

Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo

Alejandro Huergo Lora*

Acceder a la administración pública para la solución de conflictos, en la actualidad, se ha vuelto un asunto un tanto peligroso, ya que muchas veces esta solución tarda demasiado o más aún el agraviado no recupera el total de lo dañado. Es por ello que existen formas extrajudiciales de solución de conflictos, como son la transacción y el arbitraje.

En este artículo el autor se encarga de analizar ambas instituciones haciendo énfasis en su desarrollo y carencias.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las limitaciones de la justicia administrativa, permanente acicate para la resolución extrajudicial de conflictos

El tema objeto de este artículo, sobre el que he tenido ocasión de profundizar en ocasiones anteriores, siempre es presentado como una necesidad ante la escasa eficacia práctica de la justicia administrativa, pero nunca acaba de despegar ante las dificultades que existen para conciliar las ideas de negociación, acuerdo, transacción o arbitraje con un Derecho administrativo basado en la idea de que la Administración tiene, ante todo, que aplicar la Ley (o, en general, las normas jurídicas) a través de actos unilaterales^{1 2}.

Al menos en la experiencia española, la jurisdicción contencioso-administrativa es un medio muy imperfecto de resolución de los conflictos entre la Administración y los ciudadanos, sobre todo porque la obtención de una Sentencia firme puede llevar muchos años (en aquellos asuntos en los que cabe recurrir en casación ante el Tribunal Supremo). En este sentido, cabría distinguir, desde una perspectiva sociológica, entre aquellos asuntos en los que el

ciudadano intenta hacer valer una interpretación jurídica discutible (en los que el pleito es como una inversión arriesgada, que puede ser muy beneficiosa si tiene éxito), y aquellos otros en los que se acude a él porque la Administración se niega a cumplir la norma. En estos últimos, el ciudadano siente que el pleito nunca le permite recuperar el 100% de lo que es suyo y, además, se encuentra sometido a múltiples riesgos y azares que pueden hacer fracasar su pretensión. En este segundo supuesto, cuando el asunto se hace imposible de resolver por vías no contenciosas y se hace necesario llegar a un pleito, se producen automáticamente daños casi irremediables, sobre todo en el caso de inversiones que tienen que hacerse en un determinado plazo. De ahí la necesidad de obtener garantías acerca de la conformidad de la Administración con un proyecto antes de ejecutar inversiones importantes, que explica muchos fenómenos prácticos de negociación y de acuerdo más o menos informal, que tienen sentido, más que por sus efectos jurídicos estrictos, como exponente del apoyo de la Administración, que va a evitar ir al contencioso.

Aunque teóricamente la responsabilidad patrimonial de la Administración podría compensar todos esos costes, en la práctica es muy difícil que lo haga,

* Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de Oviedo.

1 Abreviaturas utilizadas en este trabajo: Ar.: repertorio de jurisprudencia Aranzadi; BVerwG: Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal de Alemania); CC: Código Civil; CE: Constitución Española; LA: Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre); CIADI: Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre); LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo que se haga referencia expresa a la derogada LEC de 1881, la cita se refiere a la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero); LGP: Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre); LJ: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio); LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio); LOTT: Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Ley 16/1987, de 30 de julio); LPAP: Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre); LPC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre); TC: Tribunal Constitucional; VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley federal alemana de Procedimiento Administrativo).

2 Vid. mis anteriores trabajos *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000; "La transacción y el arbitraje", en C. CHINCHILLA MARÍN (Coor.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 247-290, y "El arbitraje en el Derecho Administrativo", en S. BARONA VILAR (Dir.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 269-286.

entre otras cosas porque en el contencioso-administrativo, en la práctica, no hay condena en costas en primera o única instancia y tampoco necesariamente en los recursos de casación o apelación cuando es estimado el recurso. Por tanto, la Administración que obliga al ciudadano a vencerla en un pleito no recibe una “sanción” disuasoria.

Por otro lado, la justicia administrativa tiene un coste mínimo que hace que nadie (salvo los Abogados en asuntos personales) acuda a ella por cuestiones que estén por debajo de una determinada cuantía, con lo que ello supone de ineficiencia y de injusticia.

Únase a ello que esa limitada eficacia de la justicia administrativa, que supone un plus para la Administración y una dificultad para quienes se oponen a alguno de sus propósitos, ayuda también a quienes desarrollan una iniciativa (por ejemplo, un proyecto urbanístico) de la mano de la Administración, es decir, sobre la base de planes y autorizaciones aprobados por ella. Acudir al contencioso “a la contra”, es decir, en posición de codemandado, resulta mucho más cómodo que como recurrente, en la medida de que el particular se beneficia en ese caso de todas las imperfecciones de la justicia, desde la demora hasta la dificultad en el otorgamiento de medidas cautelares y en la ejecución de las Sentencias.

Esta introducción un tanto escéptica puede finalizar recordando una vieja expresión de los administrativos alemanes a propósito de los recursos administrativos (es decir, los que se presentan ante órganos administrativos y son resueltos por ellos, por oposición a los recursos jurisdiccionales), de los que suelen decir (en un equívoco ingenioso) que son *kostenlos*, *formlos* y *aussichtlos*, es decir, gratuitos, poco exigentes en cuestiones de forma y también... inútiles. Sin llegar a ese extremo, sí cabe decir que la jurisdicción contencioso-administrativa, en comparación con la civil, es poco “peligrosa” en cuestiones como la condena en costas (porque en primera o única no rige el principio del vencimiento y porque asuntos muy importantes se califican a efectos procesales y de costas como de cuantía indeterminada), es poco exigente en aspectos como la legitimación (cualquiera puede poner en jaque, en uso de la acción pública urbanística o ambiental, proyectos urbanísticos o de obras públicas de extraordinaria cuantía), pero a la vez las posibilidades de que todo ese aparato procesal tuerza los propósitos de la Administración y determine un cambio efectivo son escasas. A ello contribuye, por lo demás, el frecuente espectáculo de victorias procesales contra la Administración, conseguidas a partir de la estimación de vicios de

forma en los actos o normas objeto de impugnación, que no tienen otra consecuencia práctica que la de obligar a la Administración a efectuar algún retoque o corrección sin alterar en modo alguno el fondo del asunto.

2. Las dificultades de fondo de los medios de resolución extrajudicial de conflictos

Si todas esas dificultades no han llevado nunca a la implantación de medios de solución extrajudicial de conflictos (pese a que a menudo se proponen como uno de los remedios de aquéllas) es por razones muy variadas y no siempre confesadas. Una de ellas es que las imperfecciones de la jurisdicción suponen a menudo una ventaja para la Administración a la que ésta no tiene interés alguno en renunciar. Además, múltiples problemas de la justicia administrativa deben encontrar su solución en una reforma que mejore su funcionamiento y no en la creación de sistemas paralelos que no ofrecen las mismas garantías y que se colapsarían en seguida si se pretendiera desviar a través de ellos una porción significativa de asuntos. Problemas como la demora en la resolución de los asuntos sólo se solucionan con una mayor inversión en medios personales y materiales, con una mejor regulación del proceso y, tal vez, con una mayor predecibilidad de la jurisprudencia (que evite la proliferación de pleitos inútiles o dilatorios) y con medidas que disuadan (no sólo a los particulares, sino también a la Administración) de la iniciación de pleitos innecesarios.

Por otro lado, con la excepción de algún medio como la reforma de los recursos administrativos (que, bien gestionados, podrían ofrecer a los ciudadanos una solución rápida y poco costosa para muchos litigios cuya solución se conoce de antemano), los medios de resolución extrajudicial (en particular la transacción y el arbitraje, a los que me referiré a continuación) tienen un sesgo consensual que supone abandonar el esquema de funcionamiento de la Administración más coherente con el principio de legalidad y sólidamente anclado en el Derecho administrativo, que consiste en que la Administración aplica el Ordenamiento jurídico bajo el control de los Tribunales. En la transacción, la Administración pacta con un interesado la solución del asunto, excluyendo el control judicial (los Tribunales sólo verifican la existencia de los presupuestos de la transacción y si lo pactado resulta “manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico”), mientras que en el arbitraje la solución de la cuestión queda en manos de árbitros codesignados por la propia Administración, eludiéndose el control judicial. Ello explica las dificultades que a tales figuras pone la legislación, que van a estudiarse a continuación³.

3 Téngase en cuenta que la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, LGP) dispone que “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” (artículo 7.3). Preceptos similares se encuentra en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, artículo 31°, LPAP) y en la legislación de las Comunidades Autónomas.

II. LA TRANSACCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Características fundamentales del contrato de transacción

Según el artículo 1809º del Código Civil (CC), la transacción es un contrato por el que las partes, “dando, prometiendo o reteniendo cada una algo, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. En esta definición legal, a la que se remiten la mayoría de los trabajos doctrinales españoles, aparecen las principales notas de la transacción: carácter contractual, finalidad de evitar o poner fin a un proceso, y cesiones recíprocas de las partes como contenido del contrato y método de eliminación del pleito⁴.

El repaso de estas notas es el criterio utilizado también por el Consejo de Estado al dictaminar sobre los proyectos de transacción que se le presentan, de acuerdo con una fórmula usual que se reproduce a continuación, tomada de uno de los supuestos más recientes:

“ Son tres las circunstancias que deben concurrir para poder acudir al instituto de la transacción:

1) En primer lugar, se requiere la existencia de una relación jurídica dudosa, controvertida o, al menos, tenida como tal por las partes. Por tanto, el Código Civil español no exige la existencia formal del litigio, sino que basta la existencia de una relación jurídica dudosa, cuya incertidumbre venga a eliminar precisamente la transacción. Este concepto amplio de la transacción se diferencia del concepto estricto codificado por Napoleón (artículo 2044.1 del Code) que siempre refiere esta figura a la existencia de una figura litigiosa (“*contestation*”).

2) En segundo lugar, debe concurrir la voluntad de las partes de eliminar la controversia, estableciendo para el futuro una situación segura.

«Las imperfecciones de la jurisdicción suponen a menudo una ventaja para la Administración a la que ésta no tiene interés alguno en renunciar»

3) Finalmente, las partes deben otorgarse concesiones recíprocas, como medio para poner fin a la situación controvertida. La jurisprudencia viene interpretando este requisito de forma bastante amplia, de modo que se exige la existencia de recíprocas concesiones, pero se admite que, frente a una concesión material de una de las partes, la otra haga una concesión puramente moral o inmateria, que puede incluso consistir en el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial.

Sólo cuando concurren los citados requisitos y, además, la materia sobre la que recae el convenio es disponible para las partes es admisible la transacción. Desde esta perspectiva, la transacción puede recaer sobre cualquier cosa, derecho –real o de crédito- o relación jurídica susceptible de disposición” (Dictamen de 18 de diciembre de 2003, referencia 3239/2003).

A continuación vamos a explicar los requisitos y límites de la transacción administrativa al hilo de estas notas.

2. La controversia como primer elemento de la transacción

De la definición legal de transacción (artículo 1809º CC) se desprende que la misma debe tener por objeto una controversia o “pleito”⁵. Para que se pueda celebrar una transacción o, lo que es lo mismo, para que un contrato pueda ser calificado como transacción, es necesario que exista un conflicto

4 Sobre la transacción en Derecho español, *vid.* A. GULLÓN, *La transacción*, Madrid, 1964; F. J. PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987; A. LUNA SERRANO, “La ineficacia de la transacción”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIII (1959), núm. 83, pp. 107-150; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, “El error en la transacción”, *Anuario de Derecho Civil*, XLIV (1991), pp. 1093-1197; L. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, “La transacción”, en PEDRAZ PENALVA, Ernesto (Dir.), *Arbitraje, mediación, conciliación*, Madrid, 1995, pp. 173-192; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1982 (2º ed.), pp. 625-640; M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. II, Barcelona, 1984 (3º ed.), pp. 523-528; L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1989 (6º ed.), pp. 490-500 (esta obra sigue básicamente las tesis de A. GULLÓN); J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Madrid, 1993 (15º ed., revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA), pp. 818-840; M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, vol. 2º (arts. 1809-1821 CC y Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre Arbitrajes de Derecho Privado), por T. OGÁYAR AYLLÓN, Madrid, 1983 (2º ed.). En la doctrina más reciente se han producido varias aportaciones: E. Mº LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Laborum, Murcia, 2001; S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Civitas, Madrid, 2003.

5 Se trata de “un conflicto de pretensiones de las partes, que cada una apoya en preceptos legales, sobre una determinada situación”, en palabras de DIEZ-PICAZO L. / GULLÓN A., *Sistema, cit.*, vol. II, p. 490.

jurídico entre las partes, es decir, una oposición de pretensiones entre ellas sobre la que se pueda pronunciar un órgano judicial.

Aunque durante mucho tiempo se ha expresado esta idea diciendo que la transacción exige, como presupuesto imprescindible, la existencia de una "incertidumbre objetiva" (tesis de la *res dubia*), de modo que no basta cualquier litigio o conflicto, sino que es necesario que ambas partes se apoyen en argumentos de peso, de modo que la resolución del conflicto no parezca fácil o inequívoca, esta tesis parece actualmente arrumbada por incompatible con la propia función del contrato transaccional. Si con éste se busca, en efecto, poner fin a la discusión, pactando un arreglo a base de cesiones recíprocas en lugar de agotar aquélla ante los Tribunales en busca de que se decida finalmente quién tenía razón, no tiene sentido convertir en un requisito de la transacción el carácter objetivamente incierto del resultado de ese conflicto, pues en ese caso se reabría de nuevo la discusión, al poder pedir cualquiera de las partes que se declarase la nulidad de la transacción argumentando que en realidad la cuestión litigiosa no era incierta y que era esa parte la que tenía razón⁶. Aunque no se exige, como estamos viendo, que en la base de la cuestión litigiosa exista una incertidumbre objetiva, sí es imprescindible que haya un conflicto, una cuestión litigiosa *real*, no simulada. Si esa controversia no existe en absoluto o es ficticia, la transacción será nula. En la práctica, puede ocurrir que dos sujetos simulen un conflicto jurídico, a fin de celebrar una transacción aparente y realizar con esta cobertura

una transmisión patrimonial que no pueden llevar a cabo directamente por ir en daño de terceros (acreedores, legitimarios, etc.). En el tráfico administrativo esto ha sucedido en ocasiones en pleitos sobre la titularidad de bienes patrimoniales, en los que se buscaba justificar, apelando a un conflicto más o menos ficticio, la transmisión de los mismos a un determinado sujeto y en unas determinadas condiciones, eludiendo la aplicación del régimen ordinario de transmisión de los bienes⁷.

El Consejo de Estado exige, para informar favorablemente un proyecto de transacción, la previa existencia de una incertidumbre objetiva, lo que pudiera parecer poco ajustado al estado actual de la doctrina civil⁸. No es así y, de hecho, en otras ocasiones apunta al litigio (actual o potencial) como auténtico fundamento de la transacción o a que la incertidumbre ha de ser valorada más en términos reales (es decir, por su capacidad para dar lugar a un pleito) que por su fundamentación racional⁹. La verdadera razón es, por un lado, que el Consejo de Estado no dictamina sólo la legalidad de una transacción para la Administración, sino su conveniencia para los intereses públicos, que por supuesto no existe si la Administración cede en una cuestión litigiosa claramente inclinada a su favor. Por otro lado, la Administración, debido a su condición de ente instrumental al servicio de los intereses públicos, no dispone de autonomía privada, sino de una mera libertad de pactos (artículo 25º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP), por lo que la adecuación de su actividad a la defensa de esos

6 En este sentido, por todos, GULLÓN A., *La transacción*, cit., pp. 11 y 15. También en la doctrina más reciente: E. Mº LÓPEZ BARBA, *El contrato*, cit., p. 54; S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, cit., pp. 101 y ss.

7 Un ejemplo paradigmático se encuentra en el Dictamen de 30 de mayo de 1968 (núm. 35965). Al "analizar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que se somete a informe del Consejo de Estado", éste órgano concluye: "la cuestión ha de plantearse en otro terreno, sobre el que el Consejo de Estado ha tenido reiteradamente ocasión de pronunciarse, y es el de la conveniencia de no autorizar, por vía de transacción, enajenaciones de bienes municipales. Bien se entiende que siempre, o casi siempre, es posible encontrar alguna circunstancia que pueda dar lugar a un litigio. Ampararse en ello para justificar una enajenación, por vía de transacción, supone soslayar las garantías legales para la enajenación de bienes municipales, y entre otras, la subasta pública. Por ello, no es aconsejable como regla general, y el presente caso no es una excepción de ello".

8 Así, cuando se dice que "la doctrina científica y la Jurisprudencia subrayan que es también finalidad propia de la transacción otra que acaso convenga mejor a las circunstancias y peculiaridades del caso que se examina, a saber: *eliminar la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica preestablecida*" (Dictamen de 11 de marzo de 1976, núm. 40027). O también, en un caso en que la controversia se refería al pago de determinadas cuotas a la Seguridad Social, que "en la medida en que las cuotas debidas a la Seguridad Social sean meridianamente claras, no puede producirse una condonación por Real Decreto. Sólo la existencia de duda real acerca de tal partida podría dar lugar a que hubiera, en cuanto a ella, base transaccional suficiente" (Dictamen de 6 de octubre de 1983, núm. 45732). "No basta la mera discusión o el desacuerdo entre las partes, sino que la discrepancia ha de tener una causa fundada racionalmente en el orden legal" (Dictamen de 1 de marzo de 1984, núm. 46031). "La relación jurídica controvertida y dudosa ha de ser objetiva. Por tal, ha de entenderse, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de mayo de 1958, no la mera discusión entre las partes, sino incertidumbre objetiva sobre el contenido de la relación jurídica" (dictamen de 26 de marzo de 1998, núm. 480/98).

9 En el Dictamen de 24 de mayo de 1978 (núm. 41546) se dice que "el *timor litis* de que habla la Jurisprudencia sería en ese caso el elemento que impulsaría a ambas partes, persuadidas de la viabilidad sustancial de sus pretensiones y títulos, a aproximarse entre sí, cediendo y reteniendo", con lo que el fundamento de la transacción es la controversia litigiosa y no la incertidumbre, y en el de 9 de julio de 1992 (núm. 764/1992), de argumentación bastante confusa, se afirma que "en el ordenamiento jurídico español no es precisa la existencia formal del litigio, sino que *basta con la existencia de una relación jurídica dudosa* cuya incertidumbre venga a eliminar precisamente la transacción mediante las recíprocas concesiones que se hagan las partes; y tal cuestión dudosa ha de entenderse, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 1958, *no por el valor racional de la duda, sino por su valor real, nacido precisamente de la contradicción de juicio de las partes*, particularmente como este Alto Cuerpo mantuvo en su Dictamen número 35577, de 2 de noviembre de 1967, en cuanto que la interpretación de la voluntad contractual dé lugar a posiciones opuestas entre las partes contratantes".

intereses públicos constituye, a diferencia de lo que sucede con los contratos de los particulares, una auténtica condición de validez de todos sus actos. Por consiguiente, podrá impugnarse el acto por el que se aprueba la transacción, o el propio contrato, si es desfavorable para los intereses públicos, lo que sucederá si la controversia que la transacción se pretende superar es inexistente o de nulo riesgo para la Administración, pues en ese caso no estarán justificadas las cesiones. Eso no significa, obvio es decirlo, que deba tramitarse, como cuestión prejudicial para decidir acerca de la validez de la transacción, el pleito que las partes pretendieron cerrar, sino que se efectuará, en su caso, un breve análisis de las pretensiones de las partes para verificar su consistencia jurídica, como se hace en los dictámenes del Consejo de Estado.

La existencia de una controversia es requisito imprescindible de la transacción y, por la misma razón, la distingue de otros convenios con los que también se evitan pleitos futuros, pero en los que las partes se limitan a aplicar la Ley de mutuo acuerdo, en lugar de, como ocurre en la transacción, certificar su desacuerdo acerca de dicha aplicación y sustituirla por cesiones recíprocas¹⁰.

3. Las cesiones recíprocas

También es consustancial a la transacción que ambas partes efectúen cesiones respecto a sus posiciones iniciales para llegar a un acuerdo¹¹. De nuevo se comprueba la diferencia entre la transacción y otros acuerdos (como la genéricamente denominada terminación convencional) en los que la Administración pacta con los particulares el modo en que va a aplicar las normas a un caso concreto. En estos acuerdos, la validez del convenio depende de que su contenido se ajuste a la Ley aplicada, de la que sólo podrá apartarse en la medida en que se trate de preceptos dispositivos que puedan ser superados gracias al acuerdo con el particular. En la transacción, en cambio, las partes, constatando

su desacuerdo respecto al modo de interpretar y aplicar las normas que regulan el objeto de su controversia, sustituyen esa aplicación por un arreglo pactado entre ellas y compuesto de cesiones de ambos lados, un acuerdo, en fin, cuya fuente de legitimidad es el consentimiento de las partes y no, en modo alguno, su eventual ajuste con la que habría sido la “verdadera” solución al conflicto planteado¹².

En otras palabras, el proceso judicial es un *juicio* y la transacción es un acto de *voluntad*. El proceso establece, a partir de las pretensiones de las partes, el contenido que se ajusta realmente al ordenamiento jurídico, según el pronunciamiento del órgano competente para ello. La transacción sustituye la relación jurídica litigiosa por otro contenido jurídico no litigioso, cuya base jurídica es la voluntad de las partes, es decir, que es vinculante porque las partes lo han querido, y no porque sea la solución jurídicamente “correcta” a la discusión que anteriormente había enfrentado a las partes¹³. En consecuencia, no tiene sentido discutir la validez de la transacción afirmando que no se corresponde con la relación jurídica litigiosa o que, si se hubiese llevado ésta ante un órgano judicial, éste habría respondido de manera diferente, habría dictado una resolución de contenido distinto al acordado en la transacción. Si se pudiese utilizar este argumento para poner en cuestión la eficacia de la transacción, ésta no serviría de nada, porque no estaría en condiciones impedir que se discutiera judicialmente sobre la relación litigiosa que las partes han intentado cerrar celebrándola¹⁴.

No es necesario que las concesiones de ambas partes sean equivalentes: se reconoce a estos sujetos un amplio margen de autonomía para valorar aspectos como la mayor o menor probabilidad de que unas u otras pretensiones llegasen a ser estimadas por un Tribunal, el interés mayor o menor de cada uno en obtener una solución rápida y negociada del litigio, etc.¹⁵ Las cesiones que las partes acuerdan

10 Un ejemplo puede verse en el Dictamen de 26 de marzo de 1998, referencia 480/1998 en el que se informa desfavorablemente porque en realidad no existía controversia alguna, y lo que pretendía era una condonación parcial por motivos sociales. Lo mismo en otros Dictámenes, como por ejemplo el de 25 de noviembre de 1999, 3356/1999, por los que se fijaba de mutuo acuerdo el justiprecio de una reversión.

11 En este sentido, y en la doctrina más reciente, TAMAYO HAYA S., *El contrato de transacción*, cit., pp. 143 y ss.

12 Por eso la doctrina dice que el proceso judicial es una forma de “hallar” la verdad jurídica, mientras que la transacción sirve para “crear” esa verdad jurídica a través de la autonomía privada. En palabras de A. LUNA SERRANO, la transacción “fija posiciones, pero no porque declare absolutamente nada sobre lo preexistente sino porque solventa la controversia mediante el arreglo dispositivo” (“La ineficacia”, cit., p. 119).

13 Lo expresa con claridad el siguiente fragmento de la sentencia de 17 de febrero de 1987 del Tribunal administrativo de Baviera (BayVGH), publicada en BayVBl, 33 (1987), pp. 308-309: “De la transacción se deriva, para todas las partes, la obligación de tratar a los demás sujetos tal y como se ha pactado. Se tiene que actuar como si cada parte tuviera efectivamente derecho a aquellas prestaciones que se le han reconocido en la transacción. Ninguna de las partes puede volver a poner en duda el fundamento o la corrección jurídica de las prestaciones que se han establecido en la transacción”. En palabras de J. Die Voraussetzungen für den Abschluß verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, Diss. Tübingen, 1970, p. 194, “se pactan cesiones de ambas partes y la verdadera situación fáctica o jurídica debe dejarse a un lado”.

14 En este sentido, GULLÓN A., *La transacción*, cit., pp. 11 y 15.

15 Vid. PUIG BRUTAU J., *Fundamentos*, cit., p. 629; CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho civil*, cit., p. 824. La sentencia civil de 14 de marzo de 1955 (Ar. 765) afirma, a este respecto, que “si bien el concepto jurídico del contrato de transacción requiere según lo define el artículo 1809 del Código Civil, dada su interpretación literal, el que por las partes que en él intervienen, prometan o retengan

en la transacción para impedir o poner fin a un pleito, pueden referirse también a cuestiones no relacionadas en absoluto con el objeto de ese pleito (real o hipotético). Es decir, pueden constituirse en la transacción obligaciones o derechos que en ningún caso podrían haber sido declarados por una resolución judicial que hubiera puesto fin a ese proceso. Ahora bien: incluso cuando las partes pactan en la transacción un arreglo que se mantiene dentro del marco de la relación litigiosa (es decir, un arreglo cuyo contenido podría ser el de una sentencia que dictase un juez sobre esa relación, aplicando las normas pertinentes), no se limitan a indagar cuál sea la solución correcta en Derecho, sino que constituyen por su propia voluntad una relación jurídica que sustituya a la litigiosa.

De ahí se deriva la gran amplitud del contenido posible del contrato de transacción, su sometimiento a requisitos de forma excepcionales y su régimen de invalidez.

El ejemplo del Derecho alemán, donde sí se ha regulado dentro del género de los “contratos de Derecho público”, como ya nos consta, un “contrato administrativo de transacción”, puede ayudar a aclarar esta cuestión. El Derecho alemán ha regulado expresamente (bajo la denominación de “contratos de Derecho público”) lo que yo he denominado “contratos sobre actos y potestades administrativas”, entre los que se incluyen lo que antes he descrito como “convenios de ejecución de la Ley”, en los que la Administración y los interesados pactan el contenido de una determinada actuación futura, a partir de la común interpretación de los preceptos que deben guiar esa actuación. Está previsto expresamente (§ 54.2 de la VwVfG) que la Administración celebre contratos con los particulares en lugar de dirigirles actos unilaterales. La transacción es sólo uno de esos contratos, dotado de una regulación específica (§ 55), lo que por sí solo nos indica que

no todos los contratos sobre actos y potestades son transacciones.

¿Qué es lo que permite distinguir la transacción del resto de los contratos? Las prestaciones recíprocas de las partes (*gegenseitiges Nachgeben*), con las que se resuelve una situación de incertidumbre objetiva¹⁶. En presencia de esa situación de incertidumbre, las partes pueden no ya utilizar el contrato para ejecutar la Ley, sino zanjar la controversia mediante sacrificios recíprocos, lo que significa que se apartan del cumplimiento estricto o aplicación del Derecho aplicable, que habría sido el único referente válido si se hubiese dictado un acto unilateral o hubiesen concluido un contrato distinto de una transacción¹⁷.

No es éste el momento de exponer el régimen completo del contrato de transacción regulado por la VwVfG (que afecta a diversos epígrafes de este capítulo) ni tampoco el presupuesto de la “incertidumbre objetiva”, pero sí hay que destacar que cuando se ha celebrado un contrato de transacción válido, las partes no pueden volver a discutir la situación jurídica litigiosa que les llevó a celebrarlo, por lo que las eventuales contradicciones que puedan existir entre las normas que regulaban la situación litigiosa y la nueva configuración de sus relaciones jurídicas resultante de la transacción es irrelevante. De ahí que se haya subrayado que el contrato de transacción presenta una cierta “insensibilidad” a las vulneraciones normativas que en el mismo se puedan cometer, lo que lo distingue de los demás contratos de Derecho público, en los

«La existencia de una controversia es requisito imprescindible de la transacción»

alguna cosa, con la finalidad de evitar un pleito o poner término al que ya estuviere iniciado, su concepto gramatical envuelve horizontes más amplios, y esta interpretación es aceptada por las modernas teorías del derecho, al estimar que no constituye requisito esencial la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones, el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueven a los contratantes a la aceptación de acuerdos, sin iguales alcances y paridad de concesiones, llegándose al convenio, incluso con sacrificios, bien de orden moral o ya de tipo económico, todo con el exclusivo objeto de evitar los inconvenientes que los pleitos llevan siempre consigo”. La sentencia de 6 de noviembre de 1993 (Ar. 8618) da un paso más. Tras reproducir el pasaje que se acaba de transcribir, añade: “aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico (sentencias de 26 de junio de 1969, Artículo 3663, y 14 de marzo de 1955, Artículo 765), radicando sus medios en cierto recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, con el fin de evitar la provocación de un pleito o poner término al que habían comenzado (sentencia de 26 de abril de 1963, Artículo 2418)”.

16 Las concesiones recíprocas (*gegenseitiges Nachgeben*) son un presupuesto de la transacción, como indica el propio tenor literal del § 55 VwVfG. Por todos, *vid.* C. H. ULE/H.-W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995 (4ª ed.), § 68.22.

17 Se fija en esta radical oposición de la transacción frente a los demás contratos de Derecho público J. BLIND, en *Die Voraussetzungen*, *cit.*, pp. 193-194, cuando contraponen la primera, con su función de “resolución de conflictos” (*streitschlichtende Funktion*) y los segundos, dirigidos a la ejecución de la Ley (*Mittel zur Verwirklichung des Rechts*). En este mismo sentido, T. SCHRAMM, „Norminterpretation der Exekutive im Vergleichswege“, *MDR*, 17 (1963), pp. 888-891, p. 888, entiende que el contrato de transacción requiere un régimen jurídico diferente al de los demás “contratos de Derecho público” (es decir, lo que en España se denominan convenios entre la Administración y los particulares), debido a esa característica singular que es la promesa de prestaciones recíprocas entre las partes como medio para solucionar una controversia.

cuales la Administración está tan sometida a la Ley como cuando actúa unilateralmente¹⁸.

4. Límites al objeto y al contenido de la transacción

El último de los requisitos de validez del contrato de transacción se refiere a la disponibilidad de la materia¹⁹. A este requisito se refieren, sin mayores precisiones, distintos preceptos que regulan esta cuestión. El artículo 88.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) dice que los acuerdos de terminación convencional del procedimiento no podrán versar “sobre materias no susceptibles de transacción”, remitiéndose así a otras normas o a otras fuentes que delimiten el objeto de la transacción. Lo mismo ha hecho el legislador seis años después en el artículo 77.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ), que admite la celebración de acuerdos judiciales “cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”. El CC no contiene ningun-

na regla general aunque sí varios preceptos sobre posibles transacciones (artículos 1810^o-1814^o), de los que se desprende la exigencia general de que quienes transigen deben tener poder de disposición sobre el objeto del contrato.

El contenido de la transacción está limitado por dos conceptos equivalentes: no puede recaer sobre “materias no susceptibles de transacción” (lo que supone una tautología si se utiliza al exponer el régimen jurídico de esta figura) o, lo que es lo mismo, sólo puede referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer libremente. Esa exigencia de disponibilidad afecta a los dos elementos materiales de la transacción: la relación jurídica litigiosa (sólo se puede transigir sobre aquellas relaciones jurídicas que sean disponibles) y las cesiones acordadas por las partes para ponerle fin. En Derecho privado, ese límite se traduce, por un lado, en la calificación de todos los desplazamientos patrimoniales derivados de la transacción como actos de disposición en sentido estricto, con la consecuencia de que son necesarios determinados complementos de capacidad cuando se transija en nombre de menores, incapacitados, personas jurídicas, etc.²⁰ Por otro

18 La jurisprudencia ya había llegado a esta conclusión antes de la aprobación de la VwVfG: la sentencia del BVerwG de 14 de noviembre de 1975 [publicada en la colección *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)*, 49, pp. 359 y ss.], siguiendo a la anterior de 28 de marzo de 1962 (*BVerwGE*, 14, pp. 103 y ss.), afirma que “se ha reconocido que los contratos de transacción pueden, en determinados casos, constituir obligaciones cuyo contenido no se ajusta enteramente al marco legal”. La Exposición de Motivos del Proyecto de VwVfG de 18 de julio de 1973 (*Bundestag Drucksache 7/910*), p. 80, tras afirmar que el contrato de transacción puede llevar a la violación del principio de legalidad de la Administración, afirma que “sería excesivo declarar inadmisibles, por esa razón, los contratos de transacción. Pues cuando existe una incertidumbre sobre cuestiones de hecho o sobre el tratamiento jurídico, sería con frecuencia inadecuado querer aclararla a un coste, en medios y en tiempo, desproporcionado con el objeto sobre el que subsiste la diferencia de opiniones entre el ciudadano y la autoridad”. Para H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002 (14^o ed.), p. 388 (§14.33), “forma parte de la esencia de la transacción que su contenido, no en todos pero sí en la mayoría de los casos, no se ajusta enteramente al Derecho vigente, sino que se limita a aproximarse más o menos a él. Esta discrepancia (oculta) se acepta, pues una aclaración completa no se podría lograr, o sólo con un coste desproporcionado, por lo que solventar las diferencias de opinión mediante concesiones recíprocas resulta una solución adecuada. Por ello es especialmente importante que se cumplan los requisitos legales de la transacción”. H.-G. HENNECKE, en H. J. KNACK, *VwVfG, Köln-Berlin-Bonn-München*, 2000 (7^o ed.), p. 1041 (§55.3), dice que “el § 55 autoriza la configuración material del contrato de una manera más amplia que el § 54. De acuerdo con el § 54, los contratos de subordinación [es decir, los que se refieren a una situación sobre la que la Administración podría decidir mediante un acto unilateral] sólo pueden celebrarse si su contenido no vulnera normas jurídicas. La admisión de los contratos de transacción no tendría sentido, si la Ley no admitiera la posibilidad de que, en casos excepcionales, cupiesen desviaciones de ella. Por ello, si se cumplen los presupuestos del § 55, ante una situación cuyos elementos no están completamente aclarados, o ante una cuestión jurídica dudosa, pueden concluirse transacciones, admitidas por el § 55, en las que se crean obligaciones que no son completamente compatibles con la aplicación de las normas» (la cursiva es mía). La concurrencia del supuesto de hecho de la transacción (la incertidumbre que puede dar lugar a un litigio) produce una “insensibilidad” (*Unempfindlichkeit*) o inmunidad de lo pactado frente a su posible contradicción con las normas. Ese efecto es un auténtico “privilegio” de la transacción, que hace que el control judicial se desplace, de la verificación de la legalidad del contenido del contrato (procedimiento usual ante cualquier contrato) a la simple verificación de que se da efectivamente la causa del contrato: en palabras de H. FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1995 (4^o ed.), p. 284, “un contrato de transacción del § 55 VwVfG presupone la existencia de una incertidumbre objetiva (es decir, que sea considerada como tal por un experto) y concesiones recíprocas. Sólo en esas condiciones (...) es aceptable la “insensibilidad” de la transacción frente a las violaciones de la legalidad”. Para MEYER, en MEYER/BORGS-MACIEJEWSKI, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt z. M., 1982 (2^o ed.), p. 516 (§ 55.3), “la solución hallada por vía contractual puede oponerse a la auténtica solución jurídica. El sentido de la norma es justamente habilitar, como *lex specialis*, esa posible vulneración; la autoridad actúa conforme a Derecho a pesar de la vulneración objetiva de la legalidad”. En el mismo sentido, H.-U. ERICHSEN, “Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages”, *VerwArch*, 68 (1977), pp. 65 y ss., esp. p. 67, H. J. BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, Beck, München, 2001 (6^o ed.), pp. 1954 (§ 55.3).

19 Junto a los tres presupuestos señalados, han de concurrir los requisitos necesarios de todo contrato, y entre ellos, la legalidad del objeto, lo que proscribía que el pacto se pueda referir al ejercicio de potestades cuya disponibilidad queda al margen de la voluntad de los contratantes” (Dictamen de 18 de febrero de 1999, 252/1999).

20 El principio tradicional *transigere est alienare* es el trasfondo de las reglas especiales de los artículos 1810-1812 CC. Sobre la aplicación de esta regla, por todos, A. GULLÓN, *La transacción*, cit., pp. 85 y ss. El procedimiento necesario para obtener la autorización judicial para transigir se regula en los artículos 2025 a 2029 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, que la nueva LEC del año 2000 deja en vigor hasta la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

lado, la transacción sólo permite producir aquellos efectos jurídicos que están al alcance de los particulares. Puede extinguir derechos subjetivos de tipo patrimonial y crear obligaciones y derechos de esta clase, pero no puede producir aquellas alteraciones jurídicas (ya sean constitutivas o extintivas) que están reservadas a órganos judiciales (no cabe extinguir un matrimonio o incapacitar a un sujeto mediante transacción, por ejemplo, aunque ambas cuestiones puedan ser objeto de un proceso judicial)²¹. Relacionado con el anterior está otro límite: la transacción no puede perjudicar a terceros y, por tanto, no puede referirse a aquellas cuestiones litigiosas cuya resolución judicial habría producido efectos para una pluralidad de personas, más allá de quienes son partes de la transacción²². Así, cabe que dos herederos transijan sobre sus respectivos derechos, pero no que lo que ellos acuerden sobre, por ejemplo, la validez de un testamento, se imponga a otros sujetos afectados por ella. Por la misma razón, la transacción no puede referirse a aquellos derechos que, como (en general) los de la personalidad, no son disponibles para sus titulares.

Todos estos límites no son específicos de la transacción, sino que afectan a todos los actos de autonomía privada, que nunca pueden tener por objeto situaciones o derechos indisponibles. La calificación de un negocio como transacción supone que el mismo tiene una determinada causa que justifica los desplazamientos patrimoniales que en él se pacten, pero no implica su sometimiento a límites materiales más estrictos que los que afectan a otros contratos.

Ya he indicado que, tratándose de la Administración, no puede hablarse de “libre disposición” en el mismo sentido en que se utiliza esta expresión para referirse a los particulares. La Administración estaba obligada a perseguir los intereses públicos y, por ello, la adecuación de cada uno de sus actos a esos intereses se convierte en requisito de validez del acto, cuya no concurrencia puede ser alegada en un recurso contencioso-administrativo dirigido contra el mismo (si es un acto administrativo o un reglamento) o contra el acto separable por el que se decide celebrarlo (si es un contrato).

El requisito de la disponibilidad se traduce para la Administración, en consecuencia, en un control de que las cesiones acordadas y la propia decisión de transigir sean adecuadas para la tutela de los concretos intereses públicos presentes. De hecho, en las transacciones que tienen por objeto cuestiones puramente patrimoniales, como ocurre cabalmente con las que se refieren a bienes patrimoniales, el control sobre el contenido de la transacción es básicamente un control de la adecuación para los intereses públicos²³.

En aquellos casos en los que no están en juego cuestiones puramente patrimoniales, como la propiedad de un bien, el pago de una cantidad de dinero o la resolución o la prórroga de un contrato, sino que entran a formar parte del contenido del contrato actos o relaciones jurídicas de Derecho público, el principio de indisponibilidad (unido al de legalidad), imponen otras limitaciones.

Así, la Administración no puede comprometerse, a modo de “cesión recíproca”, a dictar un acto sin que concurren sus requisitos de fondo y de forma. El ejercicio de potestades administrativas no puede convertirse en moneda de cambio, ni siquiera para obtener una finalidad digna de tutela como es evitar un pleito o ponerle fin. La Administración incurriría en desviación de poder si dictara un acto, no con la finalidad legalmente prevista, sino para obtener la retirada de un recurso.

Por otro lado, y situándonos ahora en el plano de la cuestión litigiosa que es presupuesto de la transacción, el principio de legalidad, si bien permite que la Administración transija en asuntos en que puede ser dudosa la legalidad de su posición (pues en caso contrario la transacción administrativa sería inviable, estando obligada la Administración a apurar, judicialmente si fuera preciso, la cuestión de si ha actuado legalmente o no), no es compatible con una transacción en la que la Administración se comprometa a efectuar alguna cesión, a fin de evitar un pleito sobre un acto nulo de pleno derecho, pues la Administración está obligada a depurar los actos afectados por esta clase de vicios²⁴. En

21 Así, el artículo 751 de la LEC excluye la transacción en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Estos dos límites al contenido de la transacción, es decir, por un lado que sólo se puede transigir previo cumplimiento de los requisitos exigidos para realizar actos de enajenación (lo que afecta especialmente a las transacciones celebradas por representantes, en sentido amplio) y por otro lado que la transacción no puede afectar a objetos que no están en el comercio de los hombres, o, lo que es lo mismo, que no pueden producirse mediante la transacción efectos jurídicos que están reservados a la autoridad judicial, obedecen a principios y valores diferentes y su incumplimiento acarrea distintas sanciones. En el primer caso, la transacción que no reúna las formalidades necesarias para autorizar la enajenación de los bienes que constituyen su objeto (bienes de los menores, etc.), será simplemente anulable (y sólo a instancia del menor u otro sujeto en cuyo interés se establecen esos requisitos de forma), en el segundo la transacción será radicalmente nula por carecer de objeto lícito o, dicho de otra forma, por oponerse a normas imperativas. Vid. A. GULLÓN, *La transacción*, cit., pp. 88-90.

22 Vid. A. GULLÓN, *La transacción*, cit., pp. 142-143.

23 “La materia sobre la que recae el convenio transaccional es disponible para las partes, pues el convenio incide sobre un contrato de compraventa y sobre las respectivas prestaciones de las partes intervinientes: propiedad del inmueble y precio” (Dictamen de 29 de julio de 1999, 984/1999).

24 Sobre el carácter de orden público de los vicios de nulidad de pleno derecho y la obligación de la Administración de declarar la nulidad de los actos afectados por ellos, vid. BOCANEGRA SIERRA R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, pp. 235 y ss.; GARCÍA LUENGO J. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Civitas, Madrid, 2002, pp. 292 y ss.

«La transacción sólo permite producir aquellos efectos jurídicos que están al alcance de los particulares»

la jurisprudencia contencioso-administrativa más reciente se encuentran ya algunas Sentencias referidas al objeto de la transacción, en las que califican como indisponibles asuntos regulados por normas jurídico-públicas de carácter marcadamente imperativo²⁵.

5. Diferencias entre la transacción y los contratos sobre actos y potestades administrativas

La transacción puede confundirse, y es confundida en ocasiones, con otros convenios que celebran las Administraciones Públicas y los particulares, y en los que constituyen, modifican o extinguen alguna relación jurídica, actuando de mutuo acuerdo aun a pesar de que la Administración hubiera podido conseguir ese efecto de manera unilateral, por medio de un acto administrativo. Se trata, en definitiva, de la terminación convencional de los procedimientos como alternativa a la resolución unilateral. En todos estos casos se llega al acuerdo para, entre otras cosas, evitar un posible pleito, pero es claro que no siempre nos hallamos ante contratos de transacción, y la prueba es que en casi ningún caso el acuerdo se celebra previa autorización del Consejo de Ministros y tras haber obtenido un

Dictamen del Consejo de Estado en pleno, como exigen los artículos 31º LPAP y 7.3 LGP para las transacciones y arbitrajes²⁶.

La razón es que en estos casos, sencillamente, no se da la causa de la transacción: no existe una cuestión litigiosa en sentido estricto y las partes no están pactando cesiones recíprocas, sino que aplican las normas que rijan la relación jurídica de que se trate. Al ser esto así, es decir, como el convenio no se aparta (no puede apartarse) del cumplimiento de esas normas, ya no es necesario someterlo a una garantía procedimental tan estricta como la intervención del Consejo de Ministros y el Dictamen del Consejo de Estado, que son, como este último ha expresado varias veces, una compensación por la libertad que tienen las partes a la hora de fijar el contenido de la transacción²⁷.

Por lo que respecta al requisito de la cuestión litigiosa, éste distingue a la verdadera transacción de otros convenios o contratos que tienen una causa y unos requisitos de validez diferentes. A veces, por ejemplo, se pretende hacer pasar como transacción, con la excusa de una supuesta controversia que en realidad es meramente aparente, la enajenación de un bien público, buscándose de ese modo eludir los requisitos de esa enajenación. En otras ocasiones, la ausencia de controversia convierte el convenio proyectado en una condonación²⁸. Por la misma razón, es decir, porque aplicar la Ley de mutuo acuerdo a un caso concreto no es transacción, es por lo que se rechaza dar esta calificación a los convenios por los que se fija el precio que ha de pagar el reversionista para recuperar el bien expropiado²⁹.

25 Así, por ejemplo, el Auto de 3 de abril de 2001 (Ar. 2855), en un asunto en el que se recurría una decisión adoptada por una Junta Electoral, imponiendo el cese de un Concejal condenado a pena de inhabilitación.

26 Si atendemos únicamente a la finalidad de evitar o prevenir un pleito, típica de la transacción, resulta muy difícil distinguirla de los convenios a que me estoy refiriendo. Aunque los convenios de la Administración (o, más propiamente, contratos sobre actos y potestades administrativas) son, sin lugar a dudas, una figura de contornos difusos, que acoge acuerdos de contenidos muy diferentes entre sí, y que no persiguen una finalidad económico-social idéntica en todos los casos, sí pueden aislarse dos funciones típicas de estos convenios (sin que ello signifique que *ambas* se den en todos ellos). Por un lado, la de dotar de previsibilidad y certeza a las relaciones jurídico-administrativas, determinando en un solo acto cuál va a ser la postura de la Administración respecto al desarrollo de una actividad o proyecto privado que requiere el otorgamiento de diversas autorizaciones, medidas de fomento, etc., y, por otro, la de articular jurídicamente el compromiso asumido por un particular de realizar determinadas prestaciones en favor de los intereses públicos, a fin de obtener un acto administrativo favorable. La evitación de litigios es, en el primero de los casos, uno de los objetivos perseguidos por el acuerdo, y, siempre, un resultado de éste, ya que cuando en un convenio se haya pactado el dictado de un acto administrativo y su contenido, ese acto será, por ello mismo, un acto consentido. Podrá dar lugar a un proceso judicial el incumplimiento del acuerdo, pero no la aprobación de los actos previstos en el mismo (bien como obligación asumida por la Administración, bien como presupuesto o condición de las obligaciones del otro contratante).

27 En el Dictamen de 18 de febrero de 1999, referencia 252/1999, se recuerda lo siguiente: "En este sentido, hacía referencia el Consejo de Estado en el dict. núm. 42.868/42.314, de 23 de diciembre de 1980, a "la dimensión cuasi-procesal de la transacción", a la "inexistencia de un procedimiento formal para alcanzarla y la ausencia de un sistema de reglas de fondo que hayan de tenerse obligatoriamente presentes", en suma, a la "mayor libertad material en que se colocan las partes decididas a transigir". Como contrapeso de ésta, se añadía, se asegura que "dentro del Estado, el acuerdo haya de adoptarse en el máximo nivel administrativo, exigiéndose un Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno".

28 Dictamen de 26 de marzo de 1998, 480/1998 (regantes del Carrión): era más un convenio social que una verdadera transacción: "La pretendida relación jurídica incierta no lo es. No hay duda de que los regantes están obligados a pagar tanto el canon de regulación como la tarifa de utilización del agua, conforme a la Ley de Aguas. Tampoco existe tal incertidumbre en la carencia absoluta de fundamento aducido para el incumplimiento de la obligación de pago: la sequía y consecuente disminución de caudales no exoneran a los regantes de la obligación de pagar los citados tributos".

29 Así, en el Dictamen de 25 de noviembre de 1999, referencia 3356/1999: "De las propias estipulaciones del documento sometido a consulta se desprende con claridad, a juicio del Consejo de Estado que su finalidad es la determinación del justo precio de los bienes que han sido objeto de reversión. Por ello, de acuerdo con el artículo transcrito, le resulta de aplicación el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, y, en particular, en el artículo 24º, también citado, y concordantes del Reglamento.

El elemento fundamental para distinguir la transacción es el instrumento a través del cual las partes logran la resolución extrajudicial de la controversia, que no es otro que las concesiones o sacrificios recíprocos³⁰. Esta diferencia causal entre la transacción y los convenios sobre actos y potestades, que supone una calificación jurídica distinta, así como que estos últimos, en consecuencia, no estén sometidos a los rigores procedimentales de la primera, se manifiesta con claridad en la función que las prestaciones de las partes cumplen en uno y otro caso³¹.

Para llevar a cabo ese análisis, es preciso comparar, en ambos casos (el de la transacción y el de los convenios sobre actos y potestades), cuáles son las relaciones jurídicas existentes entre las partes antes de que se firme la transacción o el convenio, y cuál es la situación que resulta como consecuencia de la transacción o el convenio. En el momento anterior a la transacción, existe una relación jurídica litigiosa (o que amenaza convertirse en litigiosa), porque cada parte pretende derivar de ella (con apoyo en unas normas determinadas) unas pretensiones que son incompatibles con lo sostenido por la otra. La determinación del contenido exacto de esa relación jurídica (y, por tanto, del alcance de los derechos y obligaciones de cada sujeto) sólo puede resultar de la aplicación de las normas jurídicas pertinentes y, a falta de acuerdo entre las partes, será el juez el que decida la cuestión sin otro criterio (insisto nuevamente en ello) que lo que dispongan las normas aplicables. Cuando las partes concluyen un contrato de transacción, por el contrario, sustituyen la relación existente por una nueva relación jurídica que ellas mismas han determinado en el contrato y que vale en cuanto se basa en su mutuo consentimiento³². La prueba de esto último es que el único control que el juez puede llevar a cabo sobre las prestaciones pactadas en la transacción

se reduce a verificar que se da la causa del contrato (es decir, que existía un pleito o peligro de que surgiese uno), que también se dan sus presupuestos (en particular, la disponibilidad de la materia), y que se han pactado prestaciones recíprocas.

Lo que no puede hacer el juez en ningún caso es exigir que las prestaciones pactadas lleven al mismo resultado al que se habría llegado si se hubiesen formulado en vía judicial las pretensiones de las partes, entre otras cosas porque, de ser esto posible, la transacción sería inútil, ya que, a pesar de ella, el juez acabaría conociendo de la cuestión litigiosa³³. En otras palabras: no se puede exigir, como condición de validez del contrato de transacción, la conformidad entre el contenido de la relación trabada inicialmente entre las partes (litigiosa, al menos potencialmente), y la relación creada por el contrato, pues el ordenamiento jurídico dispone que la existencia, real o futura, de una litis, habilita a las partes para pactar concesiones recíprocas que puedan ponerle fin (es decir, el *timor litis* actúa como causa que justifica jurídicamente los desplazamientos patrimoniales dirigidos a excluir o eliminar el pleito). La transacción cierra toda posibilidad de nueva discusión judicial sobre la controversia planteada inicialmente y desde el momento en que las partes pueden pactar prestaciones recíprocas con objeto de lograr ese objetivo no tiene sentido plantearse si la situación final coincide con la conclusión a que habría llegado el juez si se le hubiese sometido la controversia.

La función de las prestaciones pactadas es completamente distinta en los convenios sobre actos y potestades. También en éstos tenemos dos contenidos jurídicos diferentes: lo que la Administración habría podido disponer en un acto administrativo unilateral (ello depende únicamente de las potestades de que sea titular) y, en segundo lugar, las presta-

Ello implica que no son aplicables las normas generales establecidas en el artículo 39º de la Ley General Presupuestaria para las transacciones, por constituir el procedimiento señalado el específicamente dispuesto. Ello tiene importantes consecuencias en lo que se refiere a la competencia para su tramitación y también, en la naturaleza potestativa (para la autoridad consultante), del dictamen que solicita. En suma, el acuerdo sometido a consulta más que una transacción de las contempladas en la Ley General Presupuestaria, puede tratarse como un mutuo acuerdo de los regulados en la Ley de Expropiación Forzosa”.

30 Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, cit., p. 34; T. OGÁYAR AYLLÓN en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 3, A. LUNA SERRANO, “La ineficacia”, cit., p. 115.

31 Si la causa sirve, entre otras cosas, para justificar, en el orden jurídico, los desplazamientos patrimoniales [DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (se ha manejado la reimpresión de Civitas, Madrid, 1991), p. 166], esa justificación no es idéntica cuando esos desplazamientos se producen en cumplimiento de las prestaciones pactadas en una transacción o en un convenio sobre actos y potestades.

32 Como dicen DÍEZ-PICAZO L. / GULLÓN A., *Sistema*, cit., vol. II, p. 492, “la transacción fija o aclara la situación jurídica entre las partes como lo haría una sentencia o un laudo arbitral, aunque la diferencia estaría en que así como el juez o árbitro pueden decidir sin ninguna cortapisa, aquellas se ven constreñidas a buscar una solución mediante concesiones recíprocas. Con razón dice SANTORO-PASARELLI que la sentencia o laudo hallan la certeza, mientras que la transacción la crea”. En este mismo sentido, ERFMEYER K. ha recordado en Alemania, donde el § 55 VwVG dice que mediante el contrato de transacción las partes “resuelven” o eliminan una duda o incerteza, que “este propósito está formulado equívocamente, pues la incertidumbre no se resuelve [*die Ungewißheit ist nicht zu beseitigen*]. Simplemente se regula su tratamiento, de tal forma que se la supera mediante la regulación transaccional” (*Die Beseitigung einer Ungewißheit über den Sachverhalt durch Abschluß eines Vergleichsvertrags*”, DVBl, (1998), pp. 753-758, p. 755).

33 Como dice GULLÓN, *La transacción*, cit., p. 19, “si admitimos la *res dubia*, (...) tenemos que llegar a la conclusión de que la transacción para nada vale, porque el juez tiene que examinar si las partes tenían como punto de apoyo de sus posiciones el derecho. Y estaríamos en lo que repudiaba WINDSCHEID cuando hablaba de la incertidumbre objetiva: toda transacción puede ser impugnada cuando cualquiera de los transigentes demuestre que en la litis tenía razón”.

ciones pactadas por la Administración y el particular en el acuerdo. Lo característico de los convenios, lo que los distingue radicalmente de la transacción, es que, incluso si la Administración llega a un acuerdo, debe respetar los mismos límites jurídicos a que habría estado sometido un acto unilateral³⁴. Es decir, el acuerdo no exime a las partes del cumplimiento de las normas que regulan sus relaciones jurídicas ni, por tanto, impide que se plantee judicialmente dicha conformidad³⁵. El convenio no es una forma de resolver el conflicto entre la Administración y el particular, que sea alternativa a la aplicación de las normas que lo regulan, y que, en consecuencia, pueda dar lugar a un resultado distinto de aquel al que se habría llegado aplicándolas. El convenio es sólo una técnica de aplicación de esas normas distinta (o complementaria) del acto administrativo unilateral, una técnica que intenta reducir la litigiosidad o incertidumbre que éste produce. Las prestaciones que la Administración y el particular pactan en un convenio no desplazan las normas aplicables, sino que tratan de dar previsibilidad a la aplicación de éstas o de asegurar la concurrencia de un determinado presupuesto que haga que dicha aplicación conduzca al dictado de un acto favorable al particular³⁶.

Esta conclusión se ve reforzada igualmente por un análisis de la doctrina del Consejo de Estado. En múltiples supuestos, la Administración comienza a negociar con un particular las consecuencias indemnizatorias de una determinada actuación (expropiación forzosa, rescate de una concesión), y al final no está segura de si el convenio que se propone celebrar es un simple acuerdo indemniza-

torio legalmente previsto (convenio expropiatorio, acuerdo sobre el rescate de concesiones al amparo de una regulación especial), para el que no se necesita dictamen del Consejo de Estado o bien una transacción sobre todos los aspectos litigiosos derivados de esa operación administrativa, en cuyo caso sí es necesario recabar antes el dictamen. Ante esta situación, el Consejo de Estado opta por la calificación transaccional cuando la causa del acuerdo haya sido el *timor litis* y además el contenido del convenio proyectado supere el contenido que puede tener el otro tipo de acuerdo.³⁷ Es decir, cuando las partes no se han limitado a aplicar la ley, a interpretar de mutuo acuerdo los conceptos legales que delimitan el ámbito de la indemnización que se debe conceder al particular, sino que la Administración acuerda el pago de determinadas cantidades sin otra justificación que obtener el consenso del particular y cerrar la controversia entre ellas, el convenio pasa a ser contrato de transacción y, en el plano formal, se requiere el dictamen del Consejo de Estado.

Existen otras diferencias entre la transacción y los convenios administrativos, derivadas en parte de la idea fundamental que se acaba de exponer. Mientras que la transacción sustituye o cierra un proceso judicial, pues pone fin a una controversia que había alcanzado estado judicial o que podría haber dado lugar directamente a un pleito, los convenios sustituyen o predeterminan un procedimiento administrativo, ya que los mismos regulan la actuación futura de la Administración, el dictado de actos, etc.³⁸ Por otro lado, la transacción y los convenios sobre actos y potestades se distinguen también por

34 Como ha dicho expresivamente la jurisprudencia a propósito de los convenios urbanísticos de ejecución, la Administración puede resolver mediante acuerdos con los particulares las múltiples cuestiones que se plantean al hilo de la ejecución del planeamiento urbanístico, pero eso no significa que los convenios puedan incumplir las normas que regulan esa ejecución, o que puedan tener, en consecuencia, un contenido diferente del que habrían podido tener los actos unilaterales que la Administración hubiese dictado en ausencia de convenio. En palabras de la sentencia de 8 de julio de 1989 (Ar. 5729, García Estartús), el convenio "no puede derogar, ni en beneficio de la Administración ni en favor de los particulares, las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede comprometer tampoco el ejercicio de las potestades regladas de las que la Administración dispone". Permítase la cita a mi libro *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998, capítulo IX.

35 De ahí que, como he sostenido en "Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas". Civitas, Madrid, 1998, pp. 326 y ss., el convenio esté viciado de nulidad radical si en él se prevé el dictado de actos ilegales o se vulneran de algún otro modo las normas a que habría estado sometida la Administración si hubiese actuado unilateralmente.

36 Otra cosa es que (como he explicado en *Los contratos*, cit., § VII.2), un convenio pueda incluir en algunos casos cláusulas que habrían resultado inadmisibles en un acto unilateral. Ello se debe a que el consentimiento del particular permite a las partes desplazar normas dispositivas, que tutelan exclusivamente el interés de ese particular, y que habrían vinculado a la Administración si ésta hubiese actuado unilateralmente.

37 Un ejemplo lo constituye el dictamen de 1 de julio de 1982 (núm. 44048), relativo a un convenio de extinción de una concesión de transporte ferroviario, cuya calificación era dudosa. El dictamen sostiene que se trata de una transacción, al haberse superado el contenido típico del rescate: "Desde la perspectiva de la Administración, lo primero que demuestra esta evidencia [el examen de la recíprocas prestaciones] es el haber renunciado a tramitar todos los efectos del rescate (...) a través de las fórmulas de la Ley de 21 de abril de 1949, eligiendo un sistema de cálculo indemnizatorio que rebasa los deberes compensatorios que pudiera haber asumido de optar por imponer todas las consecuencias del rescate de las concesiones ferroviarias en régimen de ejercicio imperativo de una potestad administrativa unilateral". En el dictamen de 7 de julio de 1983 (núm. 45344), la finalidad de evitar un posible pleito sirve para distinguir la transacción del simple rescate de una concesión: "parece claro que en el caso de que se trata las partes quieren extinguir una relación jurídica concesional de contenido dudoso y sustituirla por una relación cierta de crédito y deuda de dinero (...). Esto nos lleva a una conclusión capital: el instrumento utilizado para extinguir la concesión ha sido la transacción y no el rescate".

38 Así, cuando un Ayuntamiento y el propietario de unos terrenos regulan en un convenio las diversas cuestiones ligadas a su urbanización (terrenos objeto de cesión, pago en metálico del porcentaje de aprovechamiento urbanístico que corresponde a la Administración, etc.) no están zanjando una cuestión que hubiese podido ser objeto de un proceso, sino que están determinando el contenido de uno o varios procedimientos y actos administrativos que se van a tramitar y dictar, respectivamente, a partir de ese momento y con base en el convenio y en la normativa aplicable.

una razón estructural. La primera se refiere siempre a una relación jurídica ya existente entre las partes. El litigio sobre esa relación (que es la causa de la transacción) puede ser sólo potencial, pero la relación ha de estar constituida en el momento en que se transige sobre ella. En cambio, los convenios de la Administración regulan, normalmente, el ejercicio futuro de las potestades administrativas y la constitución de relaciones jurídicas como resultado de dicho ejercicio³⁹. En estos convenios no se parte de una relación jurídica previa entre las partes, sino de una potestad administrativa (frente a la que el particular se encuentra en una situación de sujeción). El ejercicio de la potestad dará lugar a la constitución de una relación jurídica con el particular. Las partes, estando de acuerdo en ese ejercicio y en el contenido de la relación jurídica que se va a constituir, llegan a un acuerdo para fijar sus relaciones sin tener que esperar al final de la tramitación del procedimiento. La transacción no se puede basar en un acuerdo sobre la situación jurídica (que es lo que sucede, como se acaba de ver, en los convenios), sino justamente en lo contrario, en una controversia que paraliza su actuación y sólo puede resolverse mediante su auto- o heterocomposición⁴⁰.

La distinción entre transacción y convenios sobre actos y potestades es la base de la sentencia de 29 de abril de 1988 (Ar. 3157). La Diputación Provincial de Huesca había impugnado un acuerdo celebrado entre la Dirección General de Obras Hidráulicas y una empresa hidroeléctrica, por el que la primera asumía la realización de las obras de recrecimiento de un canal, y la segunda se obligaba a realizar determinadas obras de adaptación y renunciaba a toda posible reclamación por daños y perjuicios. El motivo principal del recurso era el incumplimiento de las formalidades exigidas para la transacción (no había habido Real Decreto ni dictamen del Consejo de Estado). El argumento es rechazado por el Tribunal Supremo:

“no consta que existiere una incertidumbre jurídica anterior (...), sino simplemente una situación de hecho cierta y manifiesta (...) que no había originado ninguna discusión jurídica, y que la Administración se proponía resolver con el proyecto de recrecimiento

cuestionado, sin que la circunstancia de que dicha Administración asumiese el costo económico del proyecto, implicase una contraprestación o concesión recíproca (...), pues aquella atribución del costo no representaba otra cosa que la elección de una de las formas de financiación y ejecución de las obras de recrecimiento prevista por la Ley de 7 de julio de 1911 de Obras Hidráulicas (...); en resumen, ni existió una situación jurídica dudosa entre ambos ni voluntad contractual de sustituir una relación dudosa por otra cierta ni, en consecuencia, concesiones recíprocas que significasen mutuos sacrificios, requisitos cuya concurrencia hubiera sido necesaria para la existencia de la transacción”.

El Tribunal Supremo dice que el convenio impugnado no es una transacción y no necesita cumplir, por tanto, los requisitos legales de ésta, porque lo que hace dicho acuerdo no es eliminar una controversia jurídica (un litigio actual o potencial) mediante recíprocas concesiones, sino fijar consensualmente el contenido de una actuación administrativa en la que también está interesado un particular y, además, esa fijación se hace de acuerdo con la misma norma (la mencionada Ley de 1911) a la que habría tenido que ajustarse la Administración si hubiese actuado unilateralmente.

La distinción que se acaba de exponer no impide que, en la práctica, una transacción pueda contener prestaciones propias de un contrato sobre actos y potestades administrativas. Como ya se ha indicado (e insistiré sobre ello en el epígrafe dedicado al contenido del contrato), los sacrificios recíprocos que constituyen uno de los elementos causales de la transacción no tienen por qué estar limitados a la relación jurídica litigiosa, sino que pueden extenderse a otras en las llamadas transacciones complejas. Estas prestaciones externas a la relación jurídica litigiosa pueden referirse a la actividad administrativa futura y ser típicas de los contratos sobre actos y potestades. En estos casos, la calificación transaccional del conjunto del contrato conlleva la aplicación al mismo de los requisitos formales de la transacción.

39 De ahí que, en *Los contratos*, cit., § II.6, se haya incluido a estos convenios en el “supraconcepto” constituido por los contratos en los que se regula el ejercicio de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica.

40 Por todas estas razones me parece desacertada la tesis de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO M. L., “Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional”. Madrid, 1997, que construye una elaboración general sobre la terminación convencional en el ámbito tributario partiendo de que todos esos convenios, o al menos los que tienen en sentido estricto naturaleza contractual, son transacciones (como argumenta en las pp. 82-91). En la p. 85 afirma, resumiendo su argumentación: “el presente trabajo se reduce al análisis de los negocios jurídicos de fijación que dan lugar a la terminación convencional del procedimiento tributario y que comparten la misma causa: la eliminación de la controversia respecto a la fijación de la relación jurídico-material tributaria mediante contraprestaciones que hacen posible determinar en último término mediante una actividad consensuada la cuantía de la deuda tributaria ya nacida. Es claro que, a pesar del recelo de la doctrina y la jurisprudencia en utilizar esta terminología, su naturaleza jurídica es transaccional”. Como hemos visto, hay múltiples razones (incluido el ejemplo del Derecho alemán, utilizado también en esa obra) que conducen a distinguir la transacción de otros convenios. La voluntad de arreglar un conflicto de intereses no es un elemento suficientemente preciso como para deslindar la transacción de los demás contratos.

A veces se tramitan como transacciones, con el sometimiento a sus requisitos procedimentales, contratos sobre objetos litigiosos en los que, en realidad, no cabe detectar una controversia jurídica. La Administración tiene interés en mantener o adquirir la propiedad de un bien litigioso y, aceptando implícitamente las razones en las que la otra parte apoya su reivindicación, se lo compra, de tal forma que el contenido del contrato es más propio de una compraventa que de una transacción⁴¹. La transacción no sólo acorta considerablemente el camino, sino que elimina toda posibilidad de que surjan desacuerdos y litigios a lo largo del mismo. Permite solucionar desde el principio el punto clave, que es la tasación del bien. En este caso no se produce ninguna merma de garantías, ya que: a) al tratarse de la adquisición de un bien concreto, no puede darse ninguna clase de concurrencia, así que la transacción no supone favorecer a un particular en perjuicio de terceros; y, b) la principal garantía de los intereses públicos consiste en que el precio se fije a partir de una tasación aprobada por los técnicos de la Administración, como se habría tenido que hacer en el expediente de contratación, y a esa misma tasación se recurre normalmente en el expediente de transacción.

6. Naturaleza administrativa o privada del contrato

En otro lugar he tenido ocasión de sostener que la transacción, como contrato, será administrativa o privada en función de la naturaleza de su objeto⁴².⁴³ Idea que parece confirmada ahora por el artículo 110º LPAP, aplicable a las transacciones que tengan por objeto bienes y derechos patrimoniales. Este precepto viene a someter los actos y negocios jurídicos sobre esta clase de bienes al mismo régimen de los contratos de Derecho privado: la preparación y adjudicación se regirá por la LPAP y, supletoriamente, la legislación de contratos, mientras que los efectos y extinción se regirán por la LPAP y por el Derecho privado. El mismo criterio de separación se emplea para repartir la competencia judicial entre los órdenes civil y contencioso-administrativo. Todo ello es coherente con la naturaleza privada (propie-

dad privada) del vínculo que une a la Administración con sus bienes patrimoniales.

La transacción regulada en el artículo 31º LPAP no tiene por qué referirse necesariamente a bienes y derechos patrimoniales, sino que puede tener por objeto, ahora, como sabemos, otros bienes del Patrimonio del Estado. En la medida en que la transacción ponga fin a una cuestión litigiosa sometida al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos (por ejemplo, derivada de un título habilitante para el disfrute de un bien demanial), también estará sometida ella misma al conocimiento de los Tribunales de este orden jurisdiccional, pues la transacción no altera la naturaleza de esa controversia y además la consecuencia de su eventual anulación o resolución sería la reapertura de ese conflicto, precisamente en vía contencioso-administrativa.

III. EL ARBITRAJE

1. Introducción

El arbitraje tiene una evidente conexión con el Derecho público en cuanto es objeto de reconocimiento por la legislación procesal, que no sólo otorga fuerza ejecutiva al laudo, sino que considera que el compromiso arbitral impide al Estado utilizar una de sus potestades más características, como es la jurisdiccional. Otra cosa es, sin embargo, que el Estado utilice el arbitraje para sus propios litigios. Si ha costado, históricamente, que se sometiera a los Tribunales, y lo ha hecho sólo a través de múltiples cautelas y quiebros dogmáticos (entre los que se encuentra la creación de un orden específico de tribunales, el contencioso-administrativo, que en Francia no forma parte del poder judicial, para juzgar al Estado), es aún más difícil que el titular del poder judicial y autor de su regulación legislativa renuncie a él y se someta al juicio de particulares. Tal vez por ello el ámbito jurídico-público en el que más tradición tiene el arbitraje es el internacional, en el que los Estados intervienen en pie de igualdad jurídica y no en posición de supremacía jurídica frente a los ciudadanos.

41 A veces se produce la situación inversa: la Administración recurre a la transacción para conseguir la propiedad del bien litigioso, como ocurrió en el caso del edificio de Fortuny, 53, en Madrid, al que se refiere la transacción aprobada por el Real Decreto 1335/1999, de 31 de julio. En este caso, y a pesar de que había un proceso abierto (estaba pendiente de resolución un recurso de casación interpuesto contra un auto dictado en ejecución de sentencia), del preámbulo del Real Decreto autorizador parece deducirse que no había en realidad controversia jurídica entre la Administración y su oponente. La Administración parece admitir que la otra parte tiene razón al ejercer la facultad resolutoria que le otorga un contrato de compraventa, y su intención es más bien la de neutralizar el ejercicio de esa facultad comprando nuevamente el bien litigioso, de tal forma que retiene ininterrumpidamente su posesión y se fija una compensación económica que resulta de restar al valor estimado del bien la cantidad que la otra parte habría tenido que pagar para hacer efectiva la resolución del contrato. La transacción permite acortar el camino de la adquisición del bien. La alternativa teórica habría sido agotar la batalla judicial por su propiedad (ya terminada en ese caso, puesto que había sido dictada una sentencia firme), efectuar la reversión del bien a la otra parte, y proceder acto seguido a su adquisición siguiendo la Ley de Patrimonio del Estado y demás normas aplicables.

42 *Vid. La resolución extrajudicial, cit.*, pp. 66 y ss.

43 Este criterio aparece ahora confirmado, de manera algo oscura, por la Sentencia de 30 de octubre de 2001 (Ar. 493 de 2002). A propósito de un acuerdo (calificado como transacción) por el que la Administración y un particular pactaban una serie de prestaciones y zanjaban de esa forma el conflicto que había surgido con ocasión de la adjudicación de un contrato administrativo, el Tribunal rechaza la excepción de falta de jurisdicción, que se apoyaba en la supuesta naturaleza civil del contrato de transacción, argumentando que el acuerdo es de naturaleza administrativa al tener esta misma naturaleza la cuestión litigiosa resuelta.

Con todo, múltiples razones, entre las que se encuentran la gran variedad de la acción administrativa, parte de la cual no se ajusta al esquema del ejercicio de poder; la crisis de la justicia administrativa, incapaz de dar una razonable respuesta a la demanda de los ciudadanos; y, el prestigio del arbitraje han provocado que en los más diversos ámbitos se vuelva la mirada a las posibilidades del arbitraje administrativo.

Como veremos, la utilización del arbitraje en los conflictos de la Administración se enfrenta a graves objeciones de principio que cercenan en gran medida las posibilidades de recurrir a él. Los argumentos favorables al arbitraje han llevado en los últimos años a intentos frustrados de resolver la contradicción, que con frecuencia dan lugar a falsos arbitrajes, carentes de las características esenciales de esta institución. Mientras que el arbitraje en los conflictos jurídico-privados de la Administración no plantea problemas especiales, aunque de hecho se practica muy poco, su introducción en las cuestiones que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa resulta extraordinariamente compleja.

2. Objeciones de principio a la utilización del arbitraje en las cuestiones litigiosas en las que es parte una Administración Pública

No es casual que las Leyes contemplen con gran reserva (si no con prohibiciones absolutas) la posibilidad de que la Administración recurra al arbitraje, si tenemos en cuenta que el Derecho público se basa en la idea de soberanía, que no ha desaparecido pese al reconocimiento a los ciudadanos de posiciones jurídicas garantizadas frente a los poderes públicos y pese a la división horizontal del poder entre los diversos niveles de gobierno.

El arbitraje se ha visto siempre como un derecho de los ciudadanos frente al Estado, la manifestación de la libertad de éstos de someterse a jueces de su elección en lugar de a los jueces (y al Derecho) del Estado. Así se reconoce con toda claridad en la Constitución de Cádiz y, aunque después ese derecho ha desaparecido de los textos constitucionales, la misma idea sigue latiendo en cualquier regulación legal del arbitraje. Es claro, dicho esto, que el Estado no encaja en esa construcción del arbitraje, primero porque no tiene sentido que intente independizarse de sí mismo y también porque la Administración, en cuanto organización instrumental dirigida a la tutela de los intereses públicos fijados por la Ley y el Gobierno, y justificada únicamente en su satisfacción, carece de autonomía privada.

Si el arbitraje es la respuesta a los defectos del sistema judicial, algunos derivados de su mal funcionamiento (como la excesiva demora en la resolución de los asuntos) y otros consustanciales al mismo (como la falta de especialización de los Jueces y Magistrados, la publicidad –que puede ser

perjudicial para las partes- o las sucesivas instancias), no parece que tenga demasiado sentido que el Estado, que es responsable del funcionamiento, bueno o malo, del poder judicial, opte por sistemas alternativos de resolución de conflictos en lugar de poner remedio a sus problemas.

Además, el arbitraje, al igual que la transacción, se contempla con desconfianza por las Leyes en cuanto conduce a que la Administración eluda el control judicial, que es para ella un mandato constitucional (artículo 106.1 CE). Mientras que en los litigios jurídico-privados de que conocen los Tribunales civiles, la Administración se encuentra en la misma posición que los particulares, en el ámbito jurídico-público las cosas son bien diferentes. La Administración no necesita ir a los Tribunales, puesto que puede ejecutar sus propias decisiones y producir efectos sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, incluido el despojo de su posesión, utilizando el instrumento del acto administrativo. A la Administración la llevan los ciudadanos ante los Tribunales para que éstos verifiquen si ha actuado correctamente. Esa intervención judicial no sólo sirve para la tutela de las posiciones jurídicas subjetivas de quienes acuden al contencioso (que también), sino igualmente para el control de la legalidad de la actuación administrativa. Esa idea se encuentra presente en la legislación procesal administrativa y conlleva ciertas limitaciones al principio dispositivo. Aunque ese control de legalidad está condicionado a la iniciativa de los particulares, en la medida en que sólo se pone en marcha si los ciudadanos recurren, una vez que el asunto ha tomado estado judicial el recurrente ya no decide de manera completamente autónoma y en su exclusivo interés sobre su continuación, sino que el Tribunal tiene facultades de que carece en el orden civil que le permiten vetar actos de disposición que, aunque satisfactorios para las partes, pueden ser contrarios al interés público. La comparación entre los artículos 19º-21º LEC y 74º-77º de la LJ (en particular el 77.3) es elocuente. Ello explica la actitud legal contraria al arbitraje administrativo, en la medida en que el mismo impide a los Tribunales ejercer ese control de legalidad, al transferirse a terceros (elegidos, además, por la propia Administración) la función de resolver un litigio en el que es parte la Administración. En este sentido el arbitraje es aún más sospechoso que la transacción porque, si en ésta es posible un control judicial de su contenido, en el caso del arbitraje las posibilidades de impugnación son por fuerza muy limitadas y no pueden dar lugar, salvo que se quiera renunciar a la esencia de la institución, a una especie de segunda instancia sobre el laudo.

Únase a ello la desconfianza que genera el hecho de que la propia Administración se ponga de acuerdo con los particulares, cuyo interés se supone opuesto, esencialmente, al público, para sustituir a los jueces administrativos por otros de su elección.

Se dice, en este sentido, que la transacción administrativa no tiene sentido porque, o bien la Administración tiene razón, y en ese caso toda renuncia es contraria a la Ley, o bien no la tiene, y en tal supuesto debe reconocerlo en lugar de exigir al particular el cumplimiento de obligaciones que no tienen respaldo en el Ordenamiento jurídico. Es obvio que esto supone un sofisma porque los medios de resolución extrajudicial de conflictos surgen justamente ante la imposibilidad, en muchos casos, de determinar la legalidad o ilegalidad de una determinada actuación, pero sirve para transmitir la idea de que deben ser los Jueces los que se pronuncian acerca de ella.

Respecto a la aplicación del arbitraje a los litigios en que sea parte una Administración Pública, esa aplicación es inexistente en aquellos asuntos que están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, en los demás, el único requisito especial es la exigencia de una autorización otorgada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno (artículo 31º LPAP, artículo 7.3 de la LGP, ambas de 2003, y textos homólogos de la legislación autonómica). Hay que decir, de todas formas, que en la doctrina publicada del Consejo de Estado, en la que hay bastantes dictámenes sobre proyectos de transacción (lo que indica que esta figura, aunque poco habitual, está presente en el

«El arbitraje supone que la potestad de “decir el Derecho”, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes»

tráfico administrativo), no se encuentran dictámenes emitidos respecto a posibles convenios arbitrales, lo que permite afirmar que nos encontramos ante una institución no utilizada por las Administraciones.

3. Los arbitrajes impropios

Ante la tendencia habitual a la utilización impropia del término “arbitraje”, hay que recordar que uno de sus requisitos imprescindibles es su carácter voluntario. El arbitraje, que priva a las partes de un conflicto de la facultad, que es un derecho fundamental, de acudir a los Tribunales, sólo es conforme con la Constitución si se basa en un acuerdo de esas partes⁴⁴. Lo contrario, es decir, el arbitraje obligatorio, supone una vulneración del artículo 24.1 CE, como el TC ha declarado, de modo especial en su Sentencia 174/1995⁴⁵. Más aún: parece claro que, para que el arbitraje resulte

44 Defiende que la voluntariedad es un requisito esencial del arbitraje TRAYTER J. M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *cit.*, p. 79. En Francia, algunos autores han puesto en duda la esencialidad de esta nota, apelando a una noción amplia de arbitraje, es decir, a la disolución de los rasgos de esta figura: *vid.* FOUSSARD D., «L’arbitrage en droit administratif», *Rev. arb.*, 1990, pp. 3-54, pp. 6-7; RIALS S., “Arbitrage et règlement amiable», *cit.*, núm. 15. Sí mantiene el carácter esencial de que el recurso al arbitraje sea voluntario PATRIKIOS A., *L’arbitrage en matière administrative*, Paris, 1997, *cit.*, p. 12, nota 25.

45 La STC 174/1995 (que declaró inconstitucional el artículo 38.2, párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que implantaba un arbitraje obligatorio, del que sólo se podía prescindir mediante acuerdo unánime de las partes), condensa una ya larga jurisprudencia constitucional en materia de arbitraje y apoya la tesis defendida en el texto. El Abogado del Estado había defendido en el proceso la tesis de que la remisión al arbitraje no priva a las partes del derecho fundamental del artículo 24.1 CE ni lo condiciona en términos incompatibles con su contenido esencial. “Simplemente alcanza esa tutela por una vía inicial distinta a la judicial” (fundamento jurídico 1). Frente a ello, la sentencia afirma que «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24º CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial» (fundamento 3). El arbitraje supone una renuncia a la tutela judicial, a pesar de que contra el laudo cabe interponer un recurso de nulidad, pues «nos hallamos ante un juicio externo (...) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE». Sobre este importante pronunciamiento del TC acerca del arbitraje, *vid.* MERINO MERCHÁN J. F., «El “equivalente jurisdiccional” y la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el artículo 38.2, párrafo 1, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XI (1995), pp. 223-231; MATEO TEJEDOR M., *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, Madrid-Barcelons, 1998, pp. 35 y ss.; J. DE LA CUESTA SÁENZ Mº, «Contractualidad del arbitraje. (A propósito de la STC 174/95, de 23 de noviembre)», *Derecho Privado y Constitución*, 9 (1996), pp. 315-322, y Mº. J. CARAZO LIÉBANA, «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)», *Revista de Derecho Mercantil*, 222 (1996), pp. 1305-1319. MERINO MERCHÁN pretende descartar la calificación de «obligatorio» para el arbitraje previsto en el artículo 38.2 de la LOTT en la redacción declarada inconstitucional, argumentando que, dado que el convenio arbitral simplemente se presumía en los contratos de transporte salvo cláusula expresa en contrario, se trataba de un elemento natural del contrato y no de una imposición. En realidad, ambas cosas no se contradicen. La cláusula compromisoria era según ese precepto un elemento natural del negocio y a la vez parcialmente obligatorio, en la medida que vinculaba a cada contratante individual, que no podía eliminar por sí mismo la cláusula, si bien no vinculaba a los dos contratantes, que podían desplazarla de mutuo acuerdo. Que es lo que sucedía, como se ha visto, en el asunto resuelto por la STC 174/1995. El TC entendió que «la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. (...) La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, 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» (fundamento

conforme a la Constitución, es necesario que una Ley lo admita expresamente y lo regule⁴⁶.

Por lo tanto, los llamados arbitrajes obligatorios, como el anunciado en el artículo 107.2 LPC o el de la Comisión Arbitral del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, sobre el que fue llamado a pronunciarse el TC, aunque al final no llegó a dictar Sentencia por desistimiento de las partes, o no son tales arbitrajes, por no excluir totalmente el recurso a los Tribunales (caso del artículo 107.2)⁴⁷, o se enfrentan a un problema claro de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 24.1 CE⁴⁸.

Por otro lado, el arbitraje es un medio de resolución de conflictos alternativo a la intervención de los Tribunales (y más precisamente, en estos momentos, a la intervención de los Tribunales *civiles*) y, por tanto, sólo cabe hablar de arbitraje cuando ya está planteada una controversia que las partes pueden llevar ante un Tribunal, pero no cuando, por ejemplo, interviene un tercero para fijar un elemento de un negocio jurídico que las partes hayan deferido a su arbitrio (es la figura del arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, que sigue teniendo sentido jurídico pese a que la Ley vigente, como su predecesora, no la contemplan expresamente).⁴⁹

jurídico 3). El artículo 162 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Acompañamiento de la de Presupuestos Generales del Estado para 1997, da una nueva redacción al último párrafo del artículo 38.1 LOTT, que ahora dispone: «Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 6.000 euros [la cuantía ha sido actualizada en 2003] y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado». En su reciente Sentencia 352/2006, el TC ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad formulada en relación con esta nueva redacción.

- 46 El arbitraje precisa un reconocimiento estatal en todo caso, aun prescindiendo de una perspectiva tan capital como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como dice J. F. MERINO MERCHÁN, en «El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado», *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla* (3 vols.), Madrid, 1992, vol. II, p. 1075, «así como el arbitraje puede sustituir al juez del Estado en algunas contiendas civiles, no se hace, sin embargo, eficaz por sí mismo si no encuentra el apoyo de la potestad jurisdiccional del Estado». La fuerza ejecutiva del laudo no se deriva sólo de la autonomía privada, sino de una disposición legal expresa. Pero, como se indica en el texto, es necesario incorporar ese otro elemento: el convenio arbitral supone para las partes una renuncia limitada al derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que les impide deducir en vía judicial las pretensiones que puedan tener en relación con la cuestión sometida a arbitraje. Como es sabido, los derechos fundamentales no son únicamente posiciones jurídicas subjetivas establecidas en el exclusivo interés de sus titulares, sino que tienen una vertiente objetiva, constituyen parte del «orden público», lo que quiere decir que son básicamente irrenunciables, que no rige respecto a ellos, al menos no sin múltiples correcciones, el principio *volenti non fit iniuria*. En consecuencia, puede afirmarse que ha de ser el legislador el que, al regular las posibles limitaciones del derecho, establezca el ámbito en el que éste es renunciable y los requisitos de tal renuncia (como hace, por ejemplo, la LO 1/1982, de 5 de mayo, en su artículo 2º, respecto al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen). En este sentido, M. SACHS, «„Volenti non fit iniuria“. Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 76 (1985), pp. 398 y ss.; J. PIETZCKER, «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», *Der Staat*, 17 (1978), pp. 527 y ss.; H. QUARITSCH, «Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte», en SELMER/v. MÜNCH (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang MARTENS*, Berlin-New York, 1987, pp. 407 y ss.; G. STURM, «Probleme eines Verzichts auf Grundrechte», en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Tübingen, 1974, pp. 173 y ss.
- 47 En este capítulo habría que incluir igualmente el arbitraje previsto en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, cuya tramitación parlamentaria en el Senado está próxima a concluir. El artículo 45º permite a las partes (Administración y representantes de los empleados) someter a arbitraje las cuestiones que les enfrenten, pero la impugnabilidad del laudo desmiente su naturaleza arbitral: «Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente». Cualquier recurso contencioso-administrativo se basa precisamente en que el acto impugnado contradice la legalidad vigente.
- 48 A los problemas planteados por la Comisión Arbitral del Estatuto de Autonomía vasco me he referido en *La resolución extrajudicial*, cit. Recientemente, el importante trabajo de COBREROS MENDAZONA E., «La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco», *RAP*, 167 (2005), pp. 47-96.
- 49 En el tráfico privado se dan sobre todo dos supuestos de estas características. El primero de ellos es el del denominado «arbitrador», o «arbitrio de un tercero» en los negocios jurídicos. Se trata de un tercero que, por acuerdo de las partes, completa una relación jurídica fijando uno de sus elementos: el precio en la compraventa (artículo 1447º CC), o la participación de cada socio en las pérdidas y ganancias de una sociedad (artículo 1690º). En ninguno de estos casos la intervención del tercero es alternativa a la vía judicial, puesto que ni el comprador ni el vendedor pueden (en el caso del artículo 1447º CC) presentar una demanda para que se condene a la otra parte a pagar o a aceptar un precio determinado, sencillamente porque aún no ha sido fijado. La mayoría de la doctrina entiende que «lo que no sea susceptible de ser objeto de un pleito tampoco puede ser objeto de un arbitraje» (R. BERCOVITZ), recogiendo los supuestos que se acaban de indicar u otros similares que surjan de un contrato y carezcan de respaldo normativo expreso en la figura del arbitrador. El texto entrecomillado de R. BERCOVITZ procede de su comentario al artículo 1 LA en los *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, dirigidos por él, p. 25. En el mismo sentido, vid. L. DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 77 y ss.; T. OGÁYAR AYLLÓN, en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 114; L. F. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., pp. 141 y ss.; S. CASSESE, «L'arbitrato nel diritto amministrativo», cit., p. 316, así como la sentencia de 17 de julio de 1989 (Ar. 5820). Se trata de una figura bien conocida en Derecho privado, cuyo régimen es definido así por L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema*, cit., vol. II, p. 45: «la determinación del objeto del contrato dentro del género señalado por las partes, la fijación del *quantum* de la prestación o de su calidad puede quedar confiada al arbitrio de un tercero (cfr. arts. 1447 y 1690), que puede obrar según la equidad o según su leal saber y entender (...). Si el tercero no puede o no quiere decidir, el contrato será nulo plenamente o inexistente, no producirá efectos. No es posible recurrir a la autoridad judicial para que supla su actividad (artículo 1447º, p. 2º). Lo mismo ocurrirá si la decisión del tercero queda ineficaz porque se impugne». Resultan claras las diferencias con el arbitraje. En primer lugar, no se aplica la LA. Además, no se resuelve un conflicto jurídico, y por eso no se plantea la alternativa entre arbitraje de Derecho y arbitraje de equidad, sino entre la equidad y el «leal saber y entender» del arbitrador. Por último, la «impugnación» de la decisión que tome el tercero no tiene

Esta precisión conceptual es importante cuando se adapta el arbitraje al Derecho administrativo, pues en él nos encontramos varios órganos como, por ejemplo, los Jurados Provinciales (o autonómicos) de Expropiación que intervienen para completar o integrar relaciones jurídicas con la peculiaridad, que los distingue también del arbitraje en sentido propio, de que su intervención no es potestativa para las partes y de que sus resoluciones son libremente impugnables en vía judicial y totalmente revisables para los Tribunales, frente a lo que ocurre con los laudos arbitrales. Una de las consecuencias del carácter no arbitral de estos mecanismos es que los mismos pueden imponerse de modo forzoso a las partes (como ocurre con los Jurados, por lo que es necesario pasar si no se llega a un acuerdo con el expropiante o el beneficiario) y que su intervención no excluye el recurso posterior a los Tribunales.

4. La admisibilidad del arbitraje sobre cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa

En nuestro Derecho vigente no cabe someter a arbitraje cuestiones atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley que regula el arbitraje con carácter general, que en estos momentos es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), regula exclusivamente el arbitraje de Derecho privado. Esta conclusión, que en otro momento he defendido con respecto a la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, me parece perfectamente trasladable a la nueva, pese a que ni ella ni su predecesora se denominan "Ley de Arbitrajes de Derecho Privado", como hacía la antigua Ley de 1953⁵⁰. La Exposición de Motivos se refiere al arbitraje como instrumento adecuado para la solución de controversias civiles y mercantiles, y también es revelador que todos los actos de intervención judicial sobre el arbitraje se encomienden a órganos judiciales civiles⁵¹. Si la Ley estuviera pensando en

una institución arbitral aplicable por igual a cuestiones civiles y administrativas, tendría que prever la intervención de los órganos judiciales más afines por razón de la materia objeto de la controversia. Parece claro, en fin, que las tres Leyes de arbitraje que se han citado, de 1953, 1988 y 2003, no pretendían autorizar el arbitraje administrativo porque, siendo absolutamente inexistente en el momento de su elaboración, si hubiesen querido pasar a autorizarlo tendrían que haberlo dicho expresamente. En el caso de la Ley vigente, aprobada en diciembre de 2003, a lo dicho hasta ahora se une el hecho de que sigue fielmente, como reconoce la Exposición de Motivos, un texto elaborado por la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado el 21 de junio de 1985, que se titula precisamente "Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional".

Parece claro que la norma habilitante del arbitraje sobre cuestiones administrativas, que no se encuentra en la Ley de Arbitraje, tampoco puede buscarse en el artículo 31º LPAP (o en el 7.3 de la nueva LGP), puesto que la función de este precepto es limitar, con un requisito de procedimiento, el acceso al arbitraje, no abrirlo.

La razón que explica la prohibición del arbitraje administrativo se encuentra en que el mismo elimina, pura y simplemente, el control judicial sobre la actividad administrativa, al reducirlo a un recurso de anulación por causas tasadas, entre las que no se encuentra la eventual ilegalidad del laudo arbitral. El arbitraje supone que la potestad de "decir el Derecho", esto es, de controlar la legalidad de la actuación administrativa, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes, sin que reste otra posibilidad de control judicial que el que se lleva a cabo a través del recurso de anulación contra el laudo⁵². Esa posibilidad de que la Administración, que maneja

nada que ver, ni en sus causas ni en sus efectos jurídicos, con el recurso de nulidad contra el laudo, regulado en los arts. 45 y ss. de la LA. La distinción entre árbitros y arbitradores se maneja, aunque a mi juicio de forma superficial, en el reciente trabajo de M. L. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «El arbitraje en Derecho tributario», *cit.* A pesar de que la autora da cuenta de la misma, con apoyo en textos de L. DIEZ-PICAZO (p. 24), sus propias afirmaciones muestran claramente que utiliza, en apoyo de la admisibilidad de un (hoy inexistente) arbitraje de Derecho tributario, figuras e instituciones que consisten simplemente en la adhesión a un acto administrativo o en la introducción de momentos consensuales en un procedimiento. Así, cuando dice que los convenios arbitrajes son «contratos liquidatorios» (p. 22), que fijan algún elemento de la relación jurídica, eliminando la correspondiente incertidumbre, o cuando cita, a propósito de «convenios arbitrales», jurisprudencia sobre convenios expropiatorios (p. 29, nota 67), que manifiestamente no suponen un arbitraje en sentido propio.

El concepto de cuestión litigiosa también es decisivo para determinar la calificación y el régimen de la intervención de peritos cuando la Ley o el acuerdo de las partes dan a su dictamen una eficacia dirimente. *Vid.* R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios, cit.*, pp. 26-27.

50 *Vid.* La resolución extrajudicial, *cit.*, pp. 169 y ss.

51 La Exposición de Motivos comienza diciendo que "España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional", y contiene más referencias a las relaciones entre el arbitraje y el comercio internacional. Una de las más significativas se encuentra en el artículo 3.1.c), en el que, como cláusula de cierre de la enumeración de los supuestos en que un arbitraje es internacional, se dice: "Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional". El artículo 8º, que establece los órganos judiciales competentes para ejercer las funciones de apoyo y control del arbitraje, menciona al Juzgado de Primera Instancia o la Audiencia Provincial, y finalmente "el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros".

52 *Vid.* S. BARONA VILAR, en la introducción a la obra, dirigida por ella, *Comentarios de la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 59 y ss. Como dice, sobre el Derecho francés, C. JARROSSON, «el contencioso de legalidad escapa totalmente al arbitraje. Se

fondos ajenos, encomiende la resolución de sus pleitos a un órgano codesignado por ella (y que además actúa respecto a procesos concretos, frente a la objetividad y generalidad del Poder Judicial), es vista con desconfianza por el legislador en todo caso, y de ahí las cautelas de la legislación presupuestaria y de patrimonio de las Administraciones Públicas. Pero esas cautelas se transforman en exclusión pura y simple cuando lo que está en juego no son únicamente intereses particulares (el de la Administración frente al de otro sujeto, como ocurre en los pleitos de Derecho privado), sino también el interés público en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración (frente al simple interés fiscal o interés subjetivo de ésta). Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (el Derecho administrativo) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas, especialmente cuando la LA no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión⁵³.

Debe recordarse, por lo demás, que en los países de nuestro entorno el arbitraje sobre cuestiones administrativas, o bien está directamente excluido o se limita a cuestiones (básicamente patrimoniales) relativas a la ejecución de contratos o a relaciones interadministrativas (en un plano de igualdad), pero nunca extendiéndose a cuestiones como la validez o invalidez de actos administrativos o mucho menos de reglamentos⁵⁴.

Por tanto, en el tráfico jurídico de las Administraciones Públicas el campo del arbitraje está limitado hoy a las cuestiones de Derecho privado, atribuidas al conocimiento de los Tribunales civiles, sin perjuicio de que el legislador (estatal) pueda un día admitir

y regular el arbitraje sobre cuestiones administrativas, aunque tendrá que limitarlo, como es natural y siempre que se trate de un verdadero arbitraje, a cuestiones "disponibles", lo que, adaptado al ámbito de las Administraciones Públicas (que, como hemos visto, nunca tienen el mismo grado de "libre disposición" que los particulares) significa cuestiones en las que únicamente estén en juego intereses de las partes (fundamentalmente de tipo patrimonial), pero no intereses públicos o de terceros. Es concebible un arbitraje en el que se fije la indemnización a que tiene derecho la Administración o un contratista por el incumplimiento de un contrato; no lo es (al menos no sin violentar conceptos básicos muy arraigados) otro sobre la validez de una licencia urbanística.⁵⁵

5. El arbitraje en las relaciones internacionales de las Administraciones Públicas

Con independencia del recurso al arbitraje en la solución de las controversias entre Estados, con frecuencia previsto en los Tratados internacionales, el arbitraje es usual en el comercio internacional (en el que participan en no pocos casos los propios Estados, Administraciones y entidades de Derecho público), y en este ámbito no suele admitirse la invocación (tardía) de las prohibiciones impuestas por normas internas para acudir al arbitraje, o de las normas que establecen requisitos de forma especiales. Nadie obliga a la Administración a recurrir al arbitraje, pero si lo hace, por ejemplo, en violación del artículo 31º LPAP, no puede después alegar ese hecho para escapar del cumplimiento del laudo.

El artículo 2.2 de la Ley de Arbitraje, que incorpora una regla presente en la legislación modelo y en los Convenios sobre la materia, dispone: "Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral".⁵⁶ La definición legal del arbitraje

trata de una solución perfectamente justificada y unánimemente admitida. Su fundamento es fácil de determinar. El papel del juez administrativo en esta materia forma parte de la función de control que le asigna el Estado y que no se puede atribuir a los particulares» («L'arbitrage en droit public», *cit.*, p. 20; el artículo es abiertamente favorable al arbitraje, lo que da más valor al texto citado). Sobre la prohibición del arbitraje administrativo en Derecho francés, *vid.* R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006 (12ª ed.), pp. 230 y ss.; A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, 1997, pp. 60 y ss.

53 Aunque es absolutamente insólito que la Administración y los particulares pretendan someter a arbitraje una controversia sometida al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos, por lo que no se encuentran apenas ejemplos en la jurisprudencia, los que aparecen son negativos al arbitraje. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 1998 (Ar. 327) considera nula la cláusula arbitral inserta en un contrato de compraventa entre un Ayuntamiento y un empresario privado, por tratarse de un contrato administrativo. La Sentencia de 4 de septiembre de 2002 (Ar. 8646) tampoco reconoce relevancia alguna a la cláusula compromisoria incluida en un convenio urbanístico, aunque en este caso no fue necesario llegar a plantear el carácter arbitrable o no de la materia, pues la cláusula incumplía la propia Ley de Arbitraje al establecer que el número de árbitros sería par.

54 No teniendo demasiado sentido, en una obra de estas características, profundizar en cuestiones comparatistas, se reenvía al libro *La resolución extrajudicial*, *cit.*, pp. 175 y ss.

55 La LCSP respalda estas afirmaciones en su artículo 39º, según el cual "Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre la ejecución y resolución de los contratos que celebren". La formulación del precepto remite justamente a las cuestiones que estarían atribuidas, en defecto de arbitraje, a los Tribunales civiles: contratos de entes que no sean Administraciones (y que, por ello, nunca son administrativos, artículo 19.1) y cuestiones relativas a la ejecución del contrato, y no a la adjudicación, que sí se rige por el Derecho administrativo (artículo 21º).

internacional se encuentra en el artículo 3º de la Ley⁵⁷. Es usual en otros Ordenamientos recoger esta misma regla. Su razón de ser se encuentra, obviamente, en la seguridad jurídica y en la buena fe. Si un Estado o ente público acepta voluntariamente someter a arbitraje una determinada controversia, no puede posteriormente, por ejemplo si recibe un laudo desfavorable, alegar la nulidad de su consentimiento y negarse a cumplir el laudo. La posible existencia de normas imperativas de Derecho interno que prohíben recurrir al arbitraje (por ejemplo, las que atribuyen determinados asuntos a los Tribunales administrativos) no tendría, así, trascendencia en el plano internacional.

De hecho, en Francia, país cuya jurisprudencia rechaza el sometimiento a arbitraje de las controversias cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción administrativa, por considerarlo contrario al orden público, la propia jurisprudencia hace la excepción, a partir del asunto *Galakis*, del arbitraje internacio-

nal⁵⁸. Esto significa que los Estados y organismos públicos que firman un contrato en el que se incluye un convenio arbitral no pueden negarse después a formalizar ese arbitraje con el argumento de que su Ley personal (o su Derecho interno) les impiden someter esa cuestión litigiosa a arbitraje.

Con independencia de esto, en los contratos que celebren las Administraciones Públicas en el extranjero con empresas extranjeras (que no son necesariamente contratos de comercio internacional, sino que, con más frecuencia, pueden ser simplemente contratos dirigidos a satisfacer las distintas necesidades de los servicios, diplomáticos o de otro carácter, de las distintas Administraciones en territorio extranjero) parece admitirse, en la Disposición Adicional 1ª, apartado 3, de la LCSP (así como en el artículo 117.3 de la derogada LCAP), que se incluyan cláusulas de arbitraje (que son convenios arbitrales en sentido estricto) sin necesidad de autorización del Consejo de Ministros⁵⁹.

56 Sobre esta regla, vid. J. M^o. CHILLÓN MEDINA/J. F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991 (2ª ed.), pp. 637 y ss.

57 Según el apartado 1, "[e]l arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que la partes tengan sus domicilios.

Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional".

58 Sobre esta jurisprudencia, vid. M. de BOISSÉSON, Matthieu de, «Interrogations et doutes», *cit.*, p. 14, y A. MESTRE, «Les établissements publics», *cit.*, p. 10. Las sentencias más importantes son las de la Casación, sección civil 1ª, de 2 de mayo de 1966, asunto *Trésor public c. Galakis*, publicada en *Rev. arb.*, 1966, p. 99 (y que se basa en los usos del comercio internacional, como recuerda J. RIVERO, *op. cit.*, p. 272), y de 14 de abril de 1964, asunto *Onic c. Capitaine due San Carlo* (basada en que la Ley extranjera aplicable sí reconocía a las personas públicas la capacidad de celebrar compromisos, J. RIVERO, *op. loc. cit.*). Anteriormente la *Cour de París* había dictado una sentencia el 10 de abril de 1957 en la que rechazaba la excepción opuesta por el Estado en la que afirmaba que su Ley personal le impedía aceptar válidamente la cláusula compromisoria. Esta sentencia fue criticada por G. VEDEL en «Le problème de l'arbitrage», *cit.*, p. 125, por entender que la capacidad para comprometer se rige efectivamente por la ley nacional aplicable a los distintos sujetos.

Recientemente, la *Cour d'appel de París* (1ª Ch. C) se ha enfrentado, en una sentencia de 13 de junio de 1996, a un asunto (*Société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*, *Rev. arb.*, 1997, pp. 258-262) en el cual un ente público kuwaití pretendía negarse a formalizar el arbitraje al que se había comprometido en un contrato con una empresa italiana. La sentencia es muy favorable al arbitraje internacional de los entes públicos, superando las posibles prohibiciones que establezca su Derecho nacional: «(...) en matière d'arbitrage international, (...) la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international, abstraction faite de toute loi étatique fût-elle celle régissant la forme ou le fond du contrat qui la contient; (...) quel qu'en soit le fondement la prohibition par un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et n'est pas d'ordre public international lequel interdirait au contraire à un opérateur public de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national ou de la loi du contrat pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu». Como ha dicho E. GAILLARD, en un comentario publicado a continuación de esta sentencia, esta decisión da a la jurisprudencia *Galakis* un ámbito amplísimo, ya que se aplica a todo arbitraje del que conozca el foro francés, aunque en él esté implicado un Estado o ente público que no sea francés, y además se da una noción amplísima de «contrato de comercio internacional» que abre la puerta a considerar incluidos en esa noción contratos que sean administrativos por la presencia de cláusulas exorbitantes (como había pedido M. de BOISSÉSON en «Interrogations et doutes», *cit.*, pp. 15-17). Ahora se ve que la política del Consejo de Estado de anclar la prohibición del arbitraje administrativo en el orden público, más que en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que había sido criticada por algunos autores, como G. VEDEL, *op. cit.*, o D. FOUSSARD, «Le juge administratif», *cit.*, porque llevaba a extender esa prohibición a entes a los que no se les había prohibido expresamente, como los establecimientos públicos de carácter industrial y comercial antes de 1972, o a los contratos *inter privados*) permite ahora superar, para el arbitraje comercial internacional y a partir del concepto de orden público, esos preceptos prohibitivos, incluso un artículo como el 2060 del CC que ya se refiere expresamente a los establecimientos públicos de todas clases, como recuerda J. RIVERO, *op. cit.*, pp. 272-273.

59 El Consejo de Estado ha defendido en alguna ocasión que se incremente el ámbito del arbitraje en materia de contratación administrativa, en lugar de limitarlo a la contratación en el extranjero. Así, en el Dictamen de 22 de diciembre de 1998, referencia 4464/1998, sobre el Anteproyecto de Ley que daría lugar a la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LCAP, se decía lo siguiente:

"Se ha apuntado en el expediente (entre otros, por el Consejo Económico y Social y por la CEOE) la conveniencia de potenciar la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación administrativa, en tanto que mecanismo "técnico e independiente para solucionar en breve plazo los conflictos existentes entre todos los que intervienen en la contratación pública".

Otro flanco del arbitraje internacional es el relativo a las inversiones extranjeras, es decir, a la resolución de los conflictos que puedan producirse entre los inversores extranjeros y las instituciones públicas del Estado en el que se produce la inversión. Este arbitraje es un mecanismo con el que se intenta dar confianza a los inversores extranjeros, especialmente por parte de países en vías de desarrollo, puesto que el inversor puede tender a desconfiar de los Tribunales del Estado de acogida, tal vez demasiado próximos a éste, que es parte en el conflicto. Al servicio de este arbitraje se encuentra el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), con sede en Washington, y creado por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre "Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", ratificado por España el 20 de junio de 1994⁶⁰. Las controversias relativas a inversiones pueden ser sometidas a un arbitraje administrado por el CIADI, bien al amparo de un convenio arbitral concluido por un inversor y un Estado que sea parte en el Convenio de Washington, bien al amparo de un Convenio bilateral para la protección de inversiones concluido entre el Estado del que sea nacional el inversor y el Estado de acogida de la inversión⁶¹. España ha celebrado en los últimos

años decenas de Convenios internacionales de este tipo en los que se incluye un convenio arbitral por el que ambos Estados aceptan el sometimiento a arbitraje de cualesquiera cuestiones litigiosas que puedan surgir entre uno de los Estados y un nacional de la otra parte, en relación con una inversión. Esto significa que cualquier inversor que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados e invierta en el otro, puede acudir al arbitraje del CIADI, cumpliendo los requisitos previstos en el Convenio, entre los que puede encontrarse la carga de agotar previamente las vías procesales previstas en el Ordenamiento jurídico del Estado de acogida de la inversión. El ámbito de las cuestiones litigiosas relativas a inversiones es muy amplio, y puede incluir asuntos cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales contencioso-administrativos: por esta razón, el Consejo de Estado estima siempre que la ratificación de estos Convenios exige la autorización de las Cortes Generales, porque afecta al ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa regulado en el artículo 24º LOPJ⁶². Entre los laudos recientes del CIADI sólo se encuentra uno en el que sea parte el Reino de España, y en el que la cuestión planteada pudiera haber correspondido, en el Derecho español, a un problema de responsabilidad patrimonial⁶³. CA

El Consejo de Estado comparte la opinión de que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje, que en la actualidad únicamente se prevé con carácter específico en el supuesto de contratos celebrados en el extranjero (artículo 117.3 de la Ley 13/1995).

Así, en el dictamen 214/92 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" y que sería positivo introducir con carácter general esta institución en el ámbito de la contratación administrativa, en el marco de lo dispuesto por los artículos 39 de la Ley General Presupuestaria y 105.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy artículo 107.2 de dicha Ley).

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".

⁶⁰ A este arbitraje me he referido con más detalle en "La resolución extrajudicial", *cit.*, pp. 229 y ss.

⁶¹ Sobre el arbitraje del CIADI, *vid.* la reciente obra de FERNÁNDEZ MASIÁ E., "Arbitraje e inversiones extranjeras. El procedimiento arbitral en el CIADI", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. En esta obra se aborda la cuestión desde una perspectiva puramente internacional, dejando de lado sus repercusiones en el Ordenamiento español, y en particular en la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶² Como ejemplo puede citarse el siguiente texto, perteneciente al Dictamen de 10 de diciembre de 1998, ref. 4693/1998, relativo al Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica: "El Acuerdo a que se refiere el expediente requiere la previa autorización de las Cortes Generales, ya que afecta a materias sobre las que existe reserva de ley, por lo que ha de encuadrarse en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución. Así, el artículo V del Acuerdo establece el régimen de expropiación de inversiones y, por otra parte, el sometimiento a arbitraje de las controversias entre los inversores de Sudáfrica y la Administración española, que prevé el artículo XI del Acuerdo, podría reducir el ámbito de jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los Tribunales españoles del orden contencioso-administrativo" (afirmaciones idénticas se encuentran en los Dictámenes de 23 de febrero de 1998, 434/1998, sobre el Acuerdo con Marruecos; de 2 de octubre de 1997 (4854/1997), Convenio con Estonia, 27 de noviembre de 1997 (5239), Convenio con Panamá; 5 de febrero de 1998, 300/1998, Convenio con la India, etc.).

⁶³ Es un laudo de 9 de noviembre de 2000 (Caso ARB/97/7), entre Emilio Agustín Maffezini, inversor argentino, y el Reino de España. El caso se origina en una inversión del demandante en Galicia, que tuvo como socio español a una sociedad de fomento de inversiones de la Xunta de Galicia. Tras el fracaso del negocio, el inversor demanda a España ante el CIADI, alegando distintos perjuicios, desde errores en la información hasta problemas con la evaluación de impacto ambiental. El colegio arbitral establece en este laudo como principio general que su competencia sólo abarca aquellos aspectos de la actuación de la sociedad de capital público en los que guarden relación con el ejercicio de funciones públicas, no cuando actúe como mero socio comercial.