

MEDIOS COMPLEMENTARIOS A LA RESOLUCION JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS

Por

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES: a) *Los Procedimientos Administrativos No Contenciosos*. b) *Organización y garantías*.—III. VIAS COMPLEMENTARIAS AL RECURSO JURISDICCIONAL: a) *El recurso administrativo*. b) *Conciliación y mediación*. c) *Arbitraje*.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema clásico de las garantías del administrado frente a la Administración está en crisis. En diversos países se asiste a un replanteamiento de los postulados tradicionales y se buscan fórmulas que complementen los mecanismos garantistas ya existentes, concretamente la garantía jurisdiccional (1).

El modelo de justicia administrativa de los países continentales se basa en unos principios conocidos. La actuación de la Administración se somete al control judicial (2). La pretensión del recurrente determina el objeto del proceso, pero el juez analiza la legalidad de una actuación o inactividad de la Administración. Dicho juicio exige un parámetro normativo de referencia.

En los últimos años se ha producido una tendencia generalizada

(1) Como clara manifestación de esta situación puede citarse el informe del *Conseil d'Etat* francés titulado *Régler autrement les conflicts: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, París, 1993, y las consideraciones de D'ALBERTI en *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pág. 8. Destaca el autor citado como punto de convergencia en los distintos países examinados las alteraciones en el sistema de justicia administrativa y el papel cada vez más importante que adquieren los instrumentos de tutela no judiciales. Por último, y con un carácter general, no limitado al ámbito administrativo, debe también citarse la *Recomendación (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, «Relativa a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales».

(2) Ciertamente con diferencias entre los sistemas francés, italiano y alemán-español, por citar los más conocidos entre nosotros. Un panorama de estos diversos sistemas en la obra colectiva, dirigida por J. BARNES, *La Justicia Administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993, y también CASSESE, *Giudice amministrativo e amministrazione*, «RTPD», 1987, págs. 118 y ss.

a la ampliación de los poderes del juez. Ampliación desde la perspectiva de los requisitos para acceder a la vía judicial (del derecho subjetivo al interés legítimo y, en ocasiones, acción popular), reducción de ámbitos materiales exentos de control, y profundización de las técnicas para reducir la discrecionalidad (3).

La configuración como derecho fundamental del derecho a una tutela judicial efectiva ha reforzado la interpretación favorable a un acceso sin barreras a la protección del juez, exigiendo al mismo tiempo que la tutela judicial fuera efectiva. Derecho de acción y protección judicial sustancial configuran el contenido del nuevo derecho fundamental.

Tan importante esfuerzo, vinculado directamente a hacer realidad el postulado constitucional del Estado de Derecho, parece haber llegado a un punto en el que es difícil seguir avanzando en la misma dirección. Incluso aparecen algunas disfunciones.

El administrado comienza a experimentar una sensación de frustración cuando debe acudir a solicitar el auxilio del juez. Formalmente, el sistema es correcto. Puede impugnar la decisión administrativa ante un tribunal que resolverá su pretensión dentro de un proceso racionalmente diseñado. Pero la respuesta a su pretensión suele demorarse en exceso (4), y en ocasiones la cuantía de lo reclamado no justifica un proceso.

Por otro lado, la nueva posición de la Administración en relación con la ley y con la sociedad comporta que no todos los conflictos tengan su mejor respuesta en un proceso judicial (5). Los ámbitos de libre decisión de la Administración no podrán, en ocasiones, ser revistos por el juez, el cual deberá limitarse a anular aquella decisión no razonable o falta de toda justificación, pero difícilmente podrá sa-

(3) Como ejemplo de esta postura pueden verse los diversos trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, recogidos en el libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989.

(4) El problema de la demora en la resolución de los recursos es un problema común en los distintos ordenamientos europeos. Vid. al respecto los datos contenidos en TORNOS MAS, *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*, núm. 122 de esta REVISTA, 1989.

Los últimos datos que poseemos son los siguientes. Datos globales de las Salas de lo Contencioso-Administrativo, año 1992: asuntos ingresados, 72.041; asuntos resueltos, 60.544; asuntos pendientes a fin de año, 119.887.

(5) La Administración no es el aparato neutro que se limita a ejecutar ciegamente, como mera actividad material, la voluntad claramente expresada en una norma que sintetiza el interés general. El acto administrativo no es tan sólo el acto que limita derechos y que reclama como toda garantía su anulación. En consecuencia, la garantía judicial, limitada intrínsecamente a enjuiciar manifestaciones de voluntad o actuaciones materiales en relación a un parámetro jurídico previo, no puede dar una respuesta satisfactoria cuando el parámetro no es preciso o cuando el interés general se define en la propia actuación componiendo los diversos intereses de un Estado multipolar. Vid. al respecto PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, 1991, págs. 73 y ss. En términos más radicales, CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, págs. 312 y ss.

tisfacer la pretensión del recurrente consistente en que se le reconozca una posición jurídica individual (6). En otros supuestos, el problema consiste en definir cuál sea el interés público. No se trata de revisar un acto de imperio en relación a una norma que define el interés general, sino de conformar este interés general. La garantía de un sector de intereses consiste en poder intervenir en la definición del interés general.

En definitiva, podríamos a grandes rasgos señalar dos crisis diversas pero coincidentes en el tiempo. Una crisis de crecimiento y otra de identidad.

La crisis de crecimiento responde al incremento de funciones administrativas coincidente con la mayor conciencia ciudadana sobre el contenido de sus derechos. La propia perfección del sistema ha comportado su colapso. A ello cabe añadir la generosa interpretación de los requisitos de legitimación, la posibilidad de recurrir sin abogado ni procurador en el caso de los funcionarios, la escasa utilización de la condena en costas y la complejidad y deficiencia técnica del sistema normativo.

Ante esta situación, las respuestas tradicionales se han situado en la esfera organizativa. Más medios personales y una reordenación de las instancias jurisdiccionales, sus competencias y los recursos frente a las sentencias (7).

Hoy tales reformas parecen insuficientes y la demanda se dirige ya directamente a evitar el conflicto jurisdiccional. Surge así la expresión ADR (*Alternative Dispute Resolution*) o, en términos del *Conseil d'Etat*, se reclama la necesidad de *régler autrement les conflits*.

La crisis de identidad es más compleja. Como antes apuntamos, el juez de lo contencioso no tiene problema en enjuiciar la adecuación a derecho de un acto que ejecuta una norma previa dentro del modelo legal-racional. Pero la situación es diversa cuando la norma se limita a habilitar o imponer una conducta vinculada tan sólo en

(6) En este sentido, D'ALBERTI, *op. cit.*, pág. 143, pone de manifiesto cómo el avance general que la justicia administrativa ha conseguido en la reducción del poder administrativo ha llegado a un punto común en los ordenamientos europeos: *il controllo sulla correttezza è molto simile al giudizio francese sulla diligenza e sulla proporzionalità, a quella tedesca sull'adeguatezza, a quella inglese degli ultimi anni sulla ragionevolezza e sulla proportionality, all'anologo sindacato della corte di giustizia di Lussemburgo, e a quello americano sulla adequate consideration*. En todos los casos, el juez debe recurrir a un principio general para anular una decisión sobre cuyo preciso contenido no puede pronunciarse.

(7) Los ejemplos de las reformas del sistema contencioso-administrativo en Francia y España en los últimos años son muy claros al respecto. En España, a través de la Ley 10/1992, de 30 de abril, con la creación del recurso de casación, estando por culminar la creación de los juzgados de lo contencioso. En Francia, con la creación de nuevas instancias intermedias, añadiéndose a ello novedades parciales en materia de medidas cautelares y ejecución de sentencias.

cuanto a los objetivos finales (8). El juez podrá anular la decisión administrativa, pero la acción del recurrente tiene otro objetivo. Que el juez defina cuál es el interés y, en consecuencia, el contenido del acto (9).

En definitiva, dos crisis que responden a problemas diversos y que requieren respuestas también diversas. Respuestas matizadas, pues el administrado se enfrenta a actos y disposiciones de contenido desigual, ejerce pretensiones con diferente contenido (10) y se relaciona con una Administración que se vincula de forma diversa a la ley. Pero, en todo caso, necesidad de buscar unas vías complementarias, que no alternativas, a la judicial. No es posible dar un paso atrás en las garantías obtenidas en sede jurisdiccional, pero sí es conveniente complementar las garantías judiciales con otros mecanismos que den satisfacción a las pretensiones de los administrados y permitan, indirectamente, mejorar el funcionamiento de la propia justicia administrativa.

II. LAS GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES

En el marco de una Administración multipolar y paritaria, la garantía del administrado no depende ya en muchas ocasiones de la revisión del acto o de la exigencia de una prestación debida, sino de la definición misma del interés general. La ley no contiene este interés y, por tanto, no procede exigir al juez que adecue la decisión administrativa a la norma previa. Lo que el ordenamiento debe garantizar a los ciudadanos es que esta «Administración paritaria» (no superior en tanto no actúa en ejecución de un interés general) defina correctamente cuál sea en cada caso el interés general (11).

Como una aproximación (esta temática requiere un estudio más pausado) puede avanzarse que la respuesta del Derecho administrativo a este reto se encontrará en las normas procedimentales y orga-

(8) Recientemente, sobre este tema, vid. BETANCOUR, *Las administraciones independientes*, Madrid, 1994, págs. 226 y ss.

(9) Sobre la dificultad de ejercer el control jurisdiccional cuando la ley se limita a fijar objetivos, y la necesaria adaptación a esta nueva situación de la jurisdicción contencioso-administrativa, vid. las breves pero interesantes reflexiones de J. CHEVALLIER, *L'Etat de Droit*, París, 1992, págs. 89-91.

(10) Si bien en España existe de hecho una sola pretensión, la situación es diversa en otros ordenamientos, singularmente en el alemán. Una encendida defensa de la necesidad de ampliar los tipos de pretensión en nuestro país se encuentra en el trabajo de S. GONZÁLEZ-VARAS, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1991.

(11) Decisión no ejecutiva en el sentido de que no ejecuta una norma previa según el modelo racional-weberiano.

nizativas. La nueva decisión administrativa se va a legitimar por su proceso de elaboración o por la independencia y especialización técnica de quien la adopta.

a) *Los Procedimientos Administrativos No Contenciosos*

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un resurgir de la atención por el procedimiento administrativo, contraponiendo precisamente este procedimiento al contencioso. Se ha acuñado así la expresión Procedimiento Administrativo No Contencioso (PANC) (12).

Parece retomarse así la idea del profesor italiano BENVENUTTI de la función administrativa como proceso, idea que partía precisamente del reconocimiento del pluralismo en la actividad administrativa, lo que exigía coordinar los diversos intereses en el seno del cauce procedimental (13). La participación en el procedimiento de los diversos intereses implicados (que no opuestos) finaliza con la emanación de un acto que compensa, desde la vertiente garantista, las insuficiencias del principio de legalidad (14).

(12) Expresión ésta que aparece por primera vez en un estudio general en la obra de Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968. Recientemente ha resurgido el interés por esta fórmula jurídica, abreviada PANC. Así, J. P. COSTA, *Il procedimento amministrativo non contenzioso in Francia*, «RTPD», 1993, y en el número especial de la «Revue Européenne de Droit Public», 1993, *La procédure des actes administratives*. De singular interés es el estudio de Derecho comparado de BREWER CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, París, 1992. Este autor destaca al inicio de la obra citada cómo esta expresión, *procédure administrative non contentieuse*, no se utiliza en lengua castellana, realizando a tal efecto algunas precisiones terminológicas de interés. En nuestro sistema basta con hablar de *procedimiento* para saber que nos referimos a algo diverso del *proceso jurisdiccional*.

(13) Vid. BENVENUTTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, en «RTPD», núm. 2, 1952. Recientemente han vuelto a insistir en estas ideas O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, «RTPD», 2, 1992, y ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella L. 241/90*, en «Dir. Pro. Amm.», 4, 1992, págs. 655 y ss.

(14) La discrecionalidad administrativa encuentra en el procedimiento participado una vía eficaz de garantía (en este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, págs. 148 y ss.). Garantía que no excluye en ningún caso el recurso jurisdiccional, garantía última irrenunciable en los supuestos de lesión a derechos o intereses legítimos. Pero el procedimiento puede evitar tal lesión o, cuanto menos, dar criterios al juez para controlar la propia decisión de la Administración. En todo caso, no debe olvidarse que la participación debe ordenarse de modo correcto, tratando de evitar la presencia privilegiada de ciertos intereses privados que terminen por convertir su posición en decisión administrativa.

Dentro de un planteamiento de separación Estado/sociedad, el punto de contacto era el acto autoritario que imponía un interés diverso al del particular. Este debía acumular medios de defensa para conseguir la anulación del poder superior. Desde la perspectiva de conjunción Estado/sociedad en un mismo juego de intereses complejos, se impone la idea de relación y la necesidad de conseguir forzar el «acto adecuado» a esta pluralidad de intereses. Lo determinante no es la anulación.

Sobre este tema son de gran interés las reflexiones de BELADÍEZ, en *Validez y eficacia de*

El procedimiento administrativo adquiere de este modo una doble finalidad desde la perspectiva garantista. Por un lado, ordena la relación entre la Administración y el administrado, garantizando en todo caso el principio de contradictoriedad antes de la imposición de un acto ejecutivo. Por otro lado, el procedimiento predetermina la formación de la voluntad administrativa cuando ésta debe concretar el interés general. En este segundo caso el procedimiento adquiere un singular valor como técnica de composición de intereses y mecanismo de resolución de conflictos (15).

La nueva concepción del procedimiento no debe llevar a sobreestimar sus posibilidades y a convertir toda decisión en un complejo sistema de trámites sucesivos. Ya la doctrina ha llamado la atención sobre los peligros de un «Estado procedimental», y en ocasiones el nuevo formalismo ha dado paso a la búsqueda de soluciones alternativas a la resolución de conflictos (16).

En el marco de este intento de encontrar fórmulas procedimentales de composición de intereses (lo que, insistimos, no deja de ser un tipo de garantía frente a la actividad administrativa) se sitúa la redacción del artículo 88 de la Ley 30/1992. La difusión de las fórmu-

los actos administrativos, Madrid, 1994, págs. 118 y ss. Para esta autora, la vertiente garantista de la norma procedimental tiene diversas manifestaciones (garantía de la legalidad, de los derechos del administrado, de la participación y de otros fines públicos). En ocasiones el procedimiento impone unos trámites para definir el interés general, interés que la norma habilitante no ha concretado. En estos casos, señala BELADIEZ (pág. 122), *la omisión de este tipo de formalidades determina siempre la invalidez del acto, incluso en los casos en los que el contenido material del acto administrativo no vulnera norma jurídica alguna. Al no poder valorar el Juez si la decisión adoptada es verdaderamente la más oportuna para los intereses públicos, una importante garantía de que la Administración ha dictado el acto más acorde con el interés general lo constituye, precisamente, el respeto a las formalidades exigidas por la ley*. La anulación del acto no responde a la vulneración de un interés general contenido en la norma, sino al hecho de no haberse definido el interés general a través del cauce previsto de forma abstracta por la norma general.

(15) De acuerdo con NIGRO, «Lineamenti generali», en AMATO-BARBERA, *Manuale di Diritto pubblico*, Bologna, 1986, pág. 727, *nella visione attuale il procedimento non piu e forma dell'azione, ma sostanza, organizzazione ultima di essa*. Como ejemplo puede servir la regulación del procedimiento de la planificación y, en concreto, el plan urbanístico. La composición de los diversos intereses en juego sólo puede conseguirse a través de la ordenación legal de un cauce procedimental. El procedimiento no es el cauce para imponer la decisión administrativa con respecto a los intereses del ciudadano, sino el cauce para conformar el contenido de la decisión administrativa. La finalidad garantista no es directa, sino indirecta. En la medida que se recogen todos los intereses y se motive la resolución resultante se evitarán ulteriores recursos, y en caso de que éstos existan, el juez tendría un parámetro de referencia en el hecho de haberse respetado el cauce procedimental.

Un razonamiento similar puede realizarse en relación al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. La flexibilización de la reserva legal por la remisión al reglamento tiene su compensación en la importancia del procedimiento de elaboración de los reglamentos. La renuncia del legislador a definir el interés general sectorial exige que la norma procedimental general disponga un modelo de participación. Exigencia que, por cierto, no ha satisfecho la Ley 30/1992.

(16) En concreto, ha alertado sobre este peligro BRAIBANT. Tomo la cita del trabajo de J. P. COSTA, *Rapport de synthèse*, en «Revue Européenne de Droit Public», 1993, pág. 310.

las contractuales o módulos convencionales llega, de este modo, a la ley procedimental básica.

El recurso a la técnica contractual como mecanismo para proveerse de medios y estructuras para prestar los propios servicios da paso a las técnicas convencionales como mecanismo para definir el interés general. Se supera la visión del Estado como entidad separada de la sociedad, que se relaciona con la misma a través de actos de autoridad unilaterales, y se avanza hacia una concepción integrada del Estado y la sociedad en la que se acuerda, pacta o contrata el ejercicio mismo del poder (17).

En estos casos estamos ante una técnica de administrar necesaria ante los nuevos cometidos de la Administración (18). La integración de voluntades en el seno del procedimiento se formaliza como un acuerdo, pacto, convenio o contrato (19). El administrado o los sectores implicados obtienen así la garantía de definir el contenido del acto que les será impuesto, y la Administración busca la adhesión a su decisión.

En última instancia, se trata de evitar la futura litigiosidad, pues la decisión administrativa ha sido previamente acordada.

Tomemos un ejemplo. La regulación de las relaciones de trabajo en la función pública era, hasta hace pocos años, objeto de una resolución unilateral. Su contenido era impugnabile ante los tribunales de justicia.

En la actualidad, la Ley de Organos de Representación establece un procedimiento que trata de forzar el Pacto o Acuerdo (20). La garantía de los intereses de los funcionarios se encuentra en el proceso negociador a través de sus representantes, garantía que se complementa con la previsión del recurso a la mediación (art. 38). Sólo en el supuesto de que fracase el proceso convencional deberá acudir a

(17) Sobre esta evolución y sus problemas, vid. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, en particular págs. 238 y ss., así como NIGRO, *op. cit.*, pág. 730.

(18) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1989, págs. 645 y ss. Para MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN, «Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, I, Santander, 1993, pág. 308, *la idea de colaboración impregna cada vez más la teoría del contrato administrativo como más ajustada a la realidad de los intereses en presencia*.

(19) Acuerdo que puede tener diversas formalizaciones, tal y como recoge el artículo 88 de la Ley 30/92. Acuerdo que finalice un procedimiento, por tanto, fórmula contractual, o acuerdo que predetermine el acto final unilateral, ya sea de modo vinculante o no.

(20) Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, artículos 30 y siguientes. Cuestión diversa, y compleja, es cuál será la naturaleza del acto que formalice este acuerdo o pacto, y si estamos o no ante un verdadero modelo de negociación colectiva. Al respecto, vid. Pedro GONZÁLEZ SALINAS, *La negociación colectiva en la función pública: el carácter reglamentario de los acuerdos*, «REDA», 80, 1993.

la huelga o al recurso jurisdiccional para impugnar la resolución administrativa.

En definitiva, el recurso a un modo convencional de administrar puede concebirse también como un modo de incrementar las garantías del administrado. Cuando interesa codefinir una actuación administrativa (fijar un convenio colectivo, un acuerdo-programa, o la ejecución de un Plan urbanístico), la intervención previa en el proceso de definición del acto administrativo se puede convertir en una garantía de mayor relevancia que un posterior recurso jurisdiccional.

Por otra parte, el recurso a fórmulas convencionales tiene otra consecuencia desde la perspectiva que nos interesa. La formalización del acuerdo comportará una reducción del ámbito litigioso, pues el particular no podrá impugnar el contenido del acuerdo. La conflictividad se reducirá a la discusión sobre la interpretación o incumplimiento de lo acordado (21).

Con esta misma finalidad, reducir la litigiosidad, el legislador trata en ocasiones de «forzar» el acuerdo. La rebaja en la cuantía de la sanción aplicable puede entenderse como una coacción al ejercicio de la facultad de recurrir cuando se incrementa la sanción en caso de recurso (22).

b) Organización y garantías

Admitida la naturaleza jurídica de lo organizativo (23), termina por imponerse la constatación de la relación existente entre las funciones administrativas y la estructura organizativa. La organización pasa de este modo a vincularse directamente con la eficacia administrativa, pero también con las garantías de los administrados. Las formas de organización responden de modo creciente a preocupaciones garantistas (24).

(21) Así, por ejemplo, en el caso de las Actas de conformidad. RD 939/1986, artículos 49 y ss.

(22) Así, en el artículo 13.2 del RD 263/1985, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias: *la reclamación posterior contra la liquidación pactada restablecerá la sanción que se hubiera aplicado de no mediar conformidad de las personas.*

(23) Sobre esta vieja polémica, vid. las muy interesantes reflexiones de S. MARTÍN-RETORTILLO, en el prólogo al libro de P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Madrid, 1993.

(24) Preocupación garantista *frente a la actuación* de la Administración. Tema diverso es la relación entre organización-eficacia-derechos sociales o de prestación. En este caso, lo organizativo es garantía frente a la inactividad o ineficacia. Por último, lo organizativo puede también actuar como una técnica de garantía del principio constitucional de pluralismo.

Dos apuntes pueden ilustrar esta afirmación.

Determinados actos de fuerte componente discrecional (procesos selectivos, concesión de subvenciones) requieren una garantía procedimental, pero, de modo singular, exigen que la norma se preocupe de precisar la composición del órgano decisorio. La imparcialidad y la competencia técnica de quien debe resolver es la verdadera garantía del administrado, pues un pleito tardío que se limite a reponer las actuaciones no constituye verdadera garantía (aunque en último caso esta solución deba mantenerse). El juez podrá anular por vicios procedimentales o por la arbitrariedad de la decisión adoptada. Pero la verdadera garantía es obtener una decisión imparcial y técnicamente bien fundada.

En este sentido, recientemente se ha insistido en la importancia del principio de especialidad en la composición de los órganos administrativos (25), reconociendo la existencia de un derecho subjetivo para imponer tal principio de especialidad.

De este modo trata de introducirse en la propia organización administrativa una brecha que rompa la vinculación entre política y administración, imponiendo como criterio rector de la decisión administrativa el juicio técnico. Como ha dicho la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 26 de septiembre-15 de octubre de 1990, el principio de imparcialidad exige que «en la formación de las comisiones el carácter exclusivamente técnico del juicio deba resultar salvaguardado de todo riesgo de desviación hacia intereses de parte o en general hacia intereses distintos de los propios del concurso, cuyo objetivo no puede ser otro sino la selección de los candidatos mejores» (26).

El otro tema que procede traer a colación es el de las llamadas Administraciones independientes. De nuevo en este caso la respuesta organizativa (crear una persona jurídica «independiente», que legitima su actuación por su competencia técnica y no sujeción a directrices del Gobierno) (27) puede vincularse a una finalidad garantista.

(25) ALEGRE AVILA, «Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección», en *Libro-homenaje al profesor GONZÁLEZ PÉREZ. La protección jurídica del ciudadano*, Madrid, 1993, pág. 879.

(26) De singular interés es sobre este punto el Decreto legislativo italiano de 3 de febrero de 1993, núm. 29. Al regular el procedimiento de selección de personal, en su artículo 8.d), fija el siguiente principio: las Comisiones de selección estarán compuestas por expertos de probada competencia, escogidos entre funcionarios de las Administraciones públicas, profesores y extraños a estos cuerpos, que no ocupen un cargo de designación política y que no sean representantes sindicales o designados por las confederaciones u organizaciones sindicales.

(27) Así lo apunta SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pág. 146. Sobre el fenómeno de las Administraciones independientes, vid. en nuestra literatura BETANCOUR, *Las Administraciones*, *op. cit.*; GARCÍA LLOVET, *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*,

¿Cómo protegerse ante el mal uso que puede hacer la Administración de los datos informatizados? ¿Cómo garantizar los derechos de libertad de expresión en los medios de comunicación públicos?

Ciertamente, la vía judicial posee mecanismos para revisar la actuación ilegal y, en su caso, reconocer la indemnización. Pero ¿es éste un mecanismo que ofrezca una protección real?

El ordenamiento va introduciendo en estos casos respuestas organizativas que tratan de desplazar la presencia de la Administración de aquellos sectores en los que su actividad condiciona directamente el ejercicio de derechos fundamentales. La protección no es la posible revisión de su actuación, sino la sustitución de la Administración por una Autoridad Administrativa Independiente. La Agencia Estatal de Protección de Datos o el Consejo de Radio Televisión serían los ejemplos (28).

En otros supuestos las Autoridades Administrativas Independientes responden a otros déficits de la garantía jurisdiccional. Determinadas intervenciones en el sector económico, ya sea regulando o supervisando la actuación de entidades privadas, requieren un tipo de comportamiento no sometido a la predeterminación normativa ni a los criterios políticos del Gobierno. En estos casos la garantía jurisdiccional se ve fuertemente limitada por la enorme discrecionalidad que el propio sistema reconoce a este tipo de actuación, libre de marco normativo y con una débil directriz política.

La garantía se encontrará en el diseño de un ente independiente que se legitima por su composición (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores). El interés general no se contiene en una norma previa ni se puede componer en un cauce procedimental. El interés general es lo que resuelve un ente formado por expertos, un ente dotado de autonomía (29). A estas nuevas autoridades enco-

núm. 131 de esta REVISTA, 1993, y POMED, *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes*, núm. 132 de esta REVISTA, 1993.

(28) Así, la Agencia de Protección de Datos, creada en el artículo 38 de la LO 5/1992 como *ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en ejercicio de sus funciones*. Entre otras funciones, tiene las de *atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas*, artículos 17 y 36 de la citada Ley. El artículo 17 ha sido desarrollado por el artículo 17 del RD 1332/1994, de 20 de junio. Contra la resolución del recurso por parte del Director de la Agencia se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

(29) Independencia garantizada de modo esencial por la estabilidad en sus puestos de los miembros de los órganos de gobierno. Sobre el Banco de España, vid. por todos BÉ-TANCOUR, *op. cit.*, págs. 113 y ss., y la bibliografía que cita.

Recientemente, la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, trata de reforzar la «independencia» del ente alargando a seis años no renovables el mandato de Gobernador y Subgobernador, haciendo especialmente estrictas las causas de cese (arts. 24 y 25).

mendamos la resolución sobre temas de enorme trascendencia, renunciando a fijarles la forma y el fin de su actuación (30).

III. VÍAS COMPLEMENTARIAS AL RECURSO JURISDICCIONAL

La crisis de crecimiento a la que nos referimos en el primer apartado de este trabajo requiere otro tipo de soluciones. Planteado un conflicto que puede resolverse a través del cauce jurisdiccional, surge la pregunta de si no pueden crearse vías previas complementarias que permitan dar satisfacción a la pretensión del administrado, evitando el tener que acudir, en todo caso, ante el juez.

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la sumisión de la actuación administrativa a los tribunales (art. 160 CE) impiden crear zonas exentas a la revisión jurisdiccional, pero no se oponen a ofrecer vías complementarias a la solución de los conflictos. El administrado puede encontrar en ellas satisfacción a su pretensión (se le hará justicia, aunque no se haga jurisprudencia), y el interés general conseguirá que se reduzca el volumen de asuntos ante los Tribunales, con lo que podrá mejorarse su eficacia y la calidad de sus resoluciones.

Las vías complementarias no tratan de solucionar los problemas de la incapacidad del juez para resolver determinados conflictos. Tratan de evitar que todo conflicto deba ser resuelto por el juez (31).

Una primera duda que debe despejarse es la compatibilidad de estas vías complementarias con el marco constitucional, y más concretamente con el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

La duda ha sido despejada por la doctrina del Tribunal Constitucional, doctrina que ha sido resumida en la Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre, en los términos siguientes:

«Este tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa pre-

(30) Lo que no supone negar el posible control judicial a su actuación. Pero este control verá reducido su margen de incidencia, pues ni existe una norma que imponga un fin preciso ni se ha definido con precisión un cauce procedimental. El control deberá apoyarse en principios generales. La garantía está en el órgano, en su independencia y competencia técnica.

(31) En definitiva, las vías complementarias son una respuesta al colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa. Colapso generalizado en los países de nuestro entorno jurídico y especialmente importante en nuestro país. Vid. nota 4 de este trabajo.

via (por todas, STC 60/1989, las que en ella se citan y también, por su proximidad al presente supuesto, la STC 162/1989). De un lado, porque *en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida*, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, *porque son trámites proporcionados y justificados*, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intervenciones el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo» (32).

Dos son las notas que exige el Tribunal Constitucional para admitir la existencia de vías previas. Por un lado, que en ningún caso excluyan el reconocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida (33). Por otro, que el trámite previo sea proporcionado y justificado, es decir, no suponga una carga para el administrado sin beneficio alguno. En principio, el propio Tribunal Constitucional reconoce unas ventajas genéricas a las vías previas, ventajas para el recurrente (obtiene una respuesta rápida y adecuada a su pretensión) y para los intereses generales (el poder judicial verá aliviada su carga de trabajo). En todo caso, este balance coste/ventaja de la vía previa deberá ser realizado ante cada tipo concreto de remedio complementario teniendo en cuenta su aplicación real (34).

(32) Doctrina reiterada en las SSTC 21/86, 60/89, 217/91, 70/92, 65/93, 120/93, 122/93 y 355/93. En esta última sentencia se señala como una de las finalidades que justifican las vías complementarias lo siguiente: «*el obstáculo obedece a razonables finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionales; en efecto, al poner en conocimiento de la Administración el contenido y fundamento de la pretensión, se le da la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial*».

(33) Planteada la exigencia en estos términos se podría cuestionar el recurso a la solución arbitral, en la medida que el laudo arbitral limita las vías de acceso a la jurisdicción. La postura del Tribunal Constitucional debe matizarse en el sentido de que las vías complementarias no pueden imponer la renuncia a la vía jurisdiccional. Por tanto, lo cuestionable sería el arbitraje forzoso, en la medida que impondría un límite al acceso a la jurisdicción. Nada se opondría al arbitraje voluntario, en la medida que son las partes las que se autovinculan a una jurisdicción paccionada. Sobre este punto, en la doctrina italiana se critica el arbitraje forzoso: CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, págs. 183 y ss. Dicho autor cita la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 14 de julio de 1977, núm. 127, que declaró el arbitraje forzoso contrario a los artículos 24 y 102 de la Constitución.

(34) Esta perspectiva de la finalidad de la vía complementaria fue tenida en cuenta por la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 11 de enero de 1991, núm. 15, comentada por PEMÁN GAVÍN, en *Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial*, núm. 127 de esta REVISTA, 1992.

Admitida la constitucionalidad de las vías previas, dedicaremos nuestra atención a cuatro fórmulas posibles para evitar la resolución jurisdiccional.

a) *El recurso administrativo*

El recurso administrativo no goza en nuestro país de buena prensa; la doctrina ha venido calificándolo como una carga para el administrado sin justificación alguna, en la medida que no era el cauce adecuado para resolver sus pretensiones. En consecuencia, no superaba el requisito que antes vimos exigía el Tribunal Constitucional para admitir la imposición de vías previas al acceso a la justicia. El obstáculo no obedecía a razón alguna que lo justificara.

La conclusión final de todo este análisis era pedir la supresión de la vía previa o, en su caso, configurar la vía previa como un trámite facultativo para el administrado (35).

¿Se mantiene hoy este planteamiento? Curiosamente, creemos que algo ha variado. La supresión del recurso de reposición en la Ley 30/1992 ha suscitado un cierto redescubrimiento del recurso administrativo, y han comenzado a alzarse voces a favor de mantener la vía previa (36).

Sin entrar en el estudio concreto de la situación creada por la Ley 30/1992 (régimen transitorio, incidencia de la ley sobre los recursos en materia tributaria, resolución por silencio del recurso y necesidad o no de certificación), procede formular algunas consideraciones generales sobre los problemas del recurso administrativo y las perspectivas de futuro de esta vía previa al recurso jurisdiccional.

El principal problema que ha lastrado la aplicación práctica de los recursos administrativos ha sido su concepción como mecanismo de control interno de la Administración, en lugar de conceptuarlo como un mecanismo de garantía de los administrados frente a la actividad administrativa.

(35) Sobre este debate, vid. mi trabajo «Vía previa y garantías de los administrados», en *Estudios en homenaje al profesor GONZÁLEZ PÉREZ*, Madrid, 1993, págs. 647 y ss. Los datos sobre la eficacia real del recurso administrativo en nuestro país se ofrecieron en el *Informe realizado por la Inspección Operativa de Servicios*, informe publicado en «DA», 221, 1990.

(36) Así, en nuestro país, han llamado la atención sobre la eficacia de los *Administrative Tribunals* ingleses SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, 1991, pág. 148, y DIEZ-PICAZO, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial*, «REDC», 34, 1992, págs. 26 y 36. También en el Derecho comparado se constata un resurgir de la atención por las vías previas y, en concreto, el recurso administrativo. Como ejemplo, las referencias que se contienen en el Informe del *Conseil d'Etat* citado en nota 1.

La práctica ha demostrado que el recurso administrativo se ha concebido como una vía que permitía a la Administración autora de un acto reconsiderar su decisión antes de ser llevada ante los Tribunales (caso del recurso de reposición, que aparece así como un privilegio de parte), o como una vía que permitía un control jerárquico, de modo que el superior conocía vía recurso las decisiones del inferior y podía modificarlas (caso del recurso de alzada, que aparece como un mecanismo de tutela interadministrativa).

Cuando se cuestiona el recurso administrativo por su ineficacia (no se resuelven y los resueltos son por lo general desestimatorios) se mantiene el recurso de alzada —ahora ordinario—, pues su finalidad de garantizar el principio de jerarquía parece que debe salvarse. Carece de toda justificación el de reposición, pues era un mero privilegio que procede suprimir. En ningún caso se plantea la pregunta de si la vía previa del recurso debía cumplir un fin de garantía para el administrado y, en caso afirmativo, por qué no cumplía este fin y qué fórmulas podrían existir para corregir esta disfuncionalidad.

A mi modo de ver, ésta era la pregunta que debió formularse el legislador, en lugar de acudir al sencillo expediente de acumular datos estadísticos y suprimir aquello que según tales datos era ineficaz.

Situados en la perspectiva del administrado y sus garantías, el recurso administrativo ofrece un panorama diverso. Ciertamente, hasta la actualidad no ha sido una vía que diera satisfacción a las pretensiones del administrado, pero es posible redefinir esta institución a partir del nuevo fin que le asignamos. Veamos qué criterios deberían regir esta nueva concepción.

1. Debe llevarse a cabo un análisis diferenciado según las materias. En aquellos casos en que se produce una mayor litigiosidad de pequeña cuantía, y en aquellos en los que las cuestiones de hecho adquieren singular relevancia, la vía administrativa previa puede jugar un papel destacado.

Vía previa administrativa necesaria tanto en supuestos de recurso jerárquico como en supuestos de recursos ante el órgano que dictó el acto.

2. El carácter facultativo u obligatorio del recurso requiere tener en cuenta lo expuesto en el número anterior. En determinados supuestos puede defenderse el carácter obligatorio del recurso administrativo. La carga de recurrir ante la Administración se justificará por el interés general en descargar de muchos asuntos a los tribunales, fin que no se podría garantizar si se dejara a la libre opción del administrado el poder o no acudir directamente ante los tribunales.

Obviamente, la exigencia de recurrir obliga a convertir el recurso en un mecanismo de verdadera revisión de la decisión administrativa.

3. El órgano encargado de la resolución del recurso debería independizarse de la Administración de gestión. Si se pretende dar al recurso administrativo un nuevo sentido, dominado por el fin garantista, la revisión del actuar administrativo ya no debería estar encomendada a quien dictó el acto o su superior jerárquico.

Los órganos encargados de la resolución de los nuevos recursos administrativos (insistimos, no necesariamente este criterio debería imponerse de modo absoluto, pero sí allí donde el recurso se concibiera como una vía previa complementaria al recurso jurisdiccional) deberían estar dominados por dos principios: separación de la Administración de gestión y competencia técnica en relación a los asuntos que deben examinar.

El recurso ya no es el cauce para permitir que la Administración revise su decisión antes de ser llevada a los tribunales o para que ejerza un control jerárquico sobre la decisión del inferior. El recurso pretende ser una vía de resolución de conflictos y, como tal, la independencia de quien resuelve o formula la propuesta de resolución se convierte en una nota dominante.

La experiencia inglesa de los *Administrative Tribunals* es en este punto de enorme interés. Compuestos por personas que no forman parte de la Administración activa y seleccionados por su competencia en la materia (no son mayoritariamente juristas), han permitido dar respuesta a las pretensiones de los administrados en sus conflictos con la Administración, en un país en el que, en palabras de CASSESE, la justicia administrativa es prácticamente inexistente (37).

4. Este nuevo órgano administrativo, ¿debe resolver o proponer la resolución del conflicto? Cabe resucitar aquí, con las lógicas diferencias, la discusión sobre «justicia» retenida o delegada.

Ciertamente, la atribución al órgano independiente de una facultad resolutoria del recurso dota al nuevo sistema de mayor garantía de imparcialidad y de eficacia. No obstante, la atribución de una simple facultad de propuesta no debe rechazarse. En un primer momento puede responder a razones de prudencia, evitando que la so-

(37) Las palabras de CASSESE se encuentran en *Giudice amministrativo e amministrazione*, «RTDP», 1, 1987, pág. 122.

Sobre los *Administrative Tribunals* pueden consultarse CRAIG, *Administrative Law*, 2.ª ed., Londres, 1989; WADE, *Administrative Law*, 6.ª ed., Oxford, 1988, y también los diversos trabajos contenidos en la obra colectiva *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983.

lución más radical frene la reforma. Por otro lado, la facultad de propuesta puede terminar imponiéndose por la propia autoridad moral del órgano que la formula y por el coste político de la Administración en el caso de no seguir el criterio del órgano imparcial.

En todo caso, sea una u otra la fórmula escogida, debe llamarse la atención sobre la necesidad de dotar al órgano de resolución o propuesta de resolución de los medios materiales necesarios para llevar a cabo su cometido. Junto a ello debe existir un contacto fluido con la Administración activa cuyos actos se revisan, pues el órgano de control deberá tener acceso al expediente y poder obtener de la misma los elementos probatorios necesarios para resolver el recurso presentado. Por estas razones parece recomendable que se establezcan cauces, formalizados o no, de contacto estable entre el órgano revisor y la Administración autora de los actos revisados.

El nuevo sistema de recurso administrativo que proponemos no es, por otro lado, una novedad revolucionaria. De hecho, los tribunales económico-administrativos y los Jurados Provinciales de Expropiación responden ya, en cierto punto, a estas características. Existe un órgano separado de la Administración activa y formado por expertos en la materia que revisan la actuación de la Administración en materia tributaria y de expropiación forzosa. Si bien estamos ante órganos administrativos, en el caso del Jurado Provincial existe una presidencia neutral (un Magistrado) y representantes de la Administración y del sector privado (38). Los Tribunales económico-administrativos responden desde su creación al principio de separación entre la actividad de gestión y la de resolución, principio sancionado en la actualidad en el artículo 90 de la Ley General Tributaria y que sólo quiebra en el nivel superior (asuntos cuya resolución compete al Ministro de Hacienda). En el caso de estos «Tribunales» priva la especialización, si bien sus miembros también gozan de independencia real, por ser funcionarios no sometidos a la línea jerárquica de autoridades que han dictado los actos que revisan (39).

(38) Debe reconocerse, no obstante, que el sistema no ha dado los frutos esperados. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 3.ª ed., Madrid, 1991, pág. 289, «la profesionalidad de los representantes de la Administración suele darles una prioridad *de facto* sobre los otros dos vocales». En todo caso, es innegable que el Jurado reduce sensiblemente la litigiosidad contenciosa que, en todo caso, podrá revisar sus decisiones. En cuanto a la bondad de los Tribunales Económico-Administrativos, pese a su notable lentitud, está acreditada por las críticas que suscitó su supresión en relación a los asuntos locales (precisamente aquellos que examinaban con mayor independencia).

(39) Otro ejemplo a considerar de modo especial es el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, órgano creado en «sustitución» del desaparecido económico-administrativo local, y al que me referí en mi trabajo *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*, «DA», 220, 1989, págs. 207 y ss.

Mayor importancia tiene reconocer la existencia de alguna novedad significativa en la legislación más reciente.

Por un lado, se ha creado un recurso administrativo ante una Autoridad Administrativa Independiente. La Ley 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, estableció en su artículo 17.1 que «las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determina».

La revisión reglamentaria ha sido cubierta por el RD 1332/1994, de 20 de junio, cuyo artículo 17 regula el procedimiento de reclamación ante la Agencia de Protección de Datos, en aquellos casos en que el administrado entiende que se ha vulnerado el contenido de la Ley 5/1992 (40).

Se ha regulado un procedimiento contradictorio que resolverá una Autoridad Administrativa Independiente, cuya resolución será susceptible de recurso contencioso-administrativo. De este modo, en los supuestos en los que la Administración pública haga un mal uso de los ficheros automatizados, el particular podrá acudir a un ente independiente para que revise la actuación administrativa. La Autoridad Administrativa Independiente no actuará regulando o supervisando sectores privados, sino que ejercerá funciones propias de un Tribunal Administrativo (41).

Por otro, la Ley 30/1992, en su artículo 107.2, hace una clara lla-

(40) El artículo 17 establece lo siguiente:

«1. Las reclamaciones de los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 5/1992, se sustanciarán en la forma prevista en el presente artículo.

2. El procedimiento se iniciará a instancia del afectado o afectados, expresando con claridad el contenido de su reclamación y de los preceptos de la Ley Orgánica 5/1992 que se consideran vulnerados.

3. Recibida la reclamación en la Agencia de Protección de Datos, se dará traslado de la misma al responsable del fichero, para que, en el plazo de quince días, formule las alegaciones que estime pertinentes.

4. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior, la Agencia de Protección de Datos, previos los informes, pruebas y otros actos de instrucción pertinentes, incluida la audiencia del afectado y nuevamente del responsable del fichero, resolverá sobre la reclamación formulada, dando traslado de la misma a los interesados.

5. Contra la resolución del Director procederá recurso contencioso-administrativo.»

(41) Dentro del listado de las funciones de la Agencia de Protección de Datos, esta función se recoge en la letra *d*) del artículo 26 de la Ley Orgánica 5/1992, *atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectas*. Como función pública se ejercerá de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 34.3 LOS/1992).

mada al desarrollo de este tipo de órganos de resolución de recurso en los términos siguientes: «las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o de reclamación, incluidos los de mediación, conciliación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instituciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la ley».

Detengámonos un momento en el análisis de los problemas que suscita la lectura de este precepto.

La Ley 30/92 establece que las leyes podrán sustituir el recurso ordinario. ¿Qué valor posee la remisión legal al propio legislador? En principio, este tipo de remisiones no innovan el ordenamiento jurídico, en la medida que nada aportan al sistema jerárquico. El legislador no necesita ser autorizado por el propio legislador. El valor del artículo 107 de la Ley 30/92 se reduciría a ser una manifestación de juicio del legislador, en el sentido de sugerir la conveniencia de avanzar sectorialmente en la tendencia que apunta.

No obstante, al ser la Ley 30/1992 una ley del procedimiento administrativo común y básica en materia de régimen jurídico de las Administraciones públicas (42), puede darse algún valor añadido al contenido del artículo 107.2. Tal precepto daría cobertura al legislador autonómico para introducir en la regulación del régimen jurídico propio los nuevos medios de control a que se refiere la ley estatal.

El recurso ordinario no es una garantía protegida por el legislador básico estatal, pues el propio texto básico permite su sustitución por mecanismos alternativos.

El artículo 107.2 establece en segundo lugar que las leyes podrán sustituir el recurso ordinario. Es decir, los nuevos mecanismos de control se conciben como sustitutorios del recurso ordinario. La Ley 30/1992 no regula un nuevo sistema de garantías del administrado frente a la Administración, sistema que permitiría reaccionar frente a cualquier tipo de inactividad. La ley se limita a sugerir que allí

(42) Sobre el ámbito competencial de la Ley 30/1992 y la dificultad de separar los títulos materiales procedimiento administrativo y régimen jurídico, vid. TORNOS MAS, «Título competencial del Estado. Ambito de aplicación y entrada en vigor», en la obra colectiva *Administración pública y procedimiento administrativo*, Barcelona, 1994, págs. 35 y ss., y la bibliografía allí citada.

donde existe una vía previa (el recurso administrativo ordinario), ésta podrá ser sustituida por fórmulas alternativas de resolución de conflictos.

Este planteamiento conlleva en sí mismo la consecuencia de limitar la introducción de las vías alternativas a las esferas de la Administración general del Estado y Administraciones autonómicas. En la Administración local, donde salvo contadas excepciones no existe recurso ordinario, no podría aplicarse la previsión legal (claro que, por lo dicho antes, el legislador sectorial podría prever específicamente esta posibilidad al margen de la cobertura del artículo 107.2).

Exclusión de hecho de la esfera local que entra en contradicción con la previsión de la parte final del propio artículo 107.2. Cuando afirma que «la aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la ley», de hecho se introduce una cautela que encontraría difícil aplicación. Los actos locales no son susceptibles de recurso ordinario (43) y, por tanto, no permiten que entre en juego la previsión del artículo 107.2 de la Ley 30/1992. La ley es en sí misma contradictoria.

En tercer lugar, el artículo 107.2 impone un criterio de prudencia y sectorialización que me parece correcto. La introducción de medios alternativos para la resolución de conflictos deberá justificarse por la especificidad de la materia. No en todo caso será justificable la sustitución del recurso ordinario. La apertura hacia nuevas vías de resolución de conflictos se debe basar en la especificidad de algunas materias. Concretamente, dos pueden ser las causas que aconsejen este recurso a nuevas técnicas: el volumen de asuntos en ámbitos materiales determinados (tributación, función pública, licencias) y la complejidad técnica de otras materias (medio ambiente, expropiación).

En cuarto lugar, la Ley 30/1992 se refiere a la posibilidad de sustituir el recurso ordinario por otros *procedimientos* de resolución de conflictos, o más exactamente, dice la ley, otros procedimientos de impugnación o reclamación. El legislador está pensando en sustituir el recurso por los procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje.

(43) El supuesto de mayor importancia en el que sí cabe recurso administrativo frente a los actos locales es en el ámbito de la materia tributaria. El RD 803/1993, de 28 de mayo, así lo confirmó (Anexo 1.3). El problema estriba entonces en determinar si sería posible sustituir el recurso de reposición, que es el subsistente en materia tributaria local, por alguno de los nuevos procedimientos a que se refiere el artículo 107.2, utilizando como norma legal que habilite tal sustitución el propio artículo 107.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre estas nuevas vías de solución de conflictos, creo que también tiene cabida en este precepto la referencia a una nueva forma de regular el recurso ordinario. Cuando se dice que las nuevas vías de impugnación se sustanciarán ante «órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas» cabe entender que el legislador sectorial puede prever nuevos recursos administrativos que, tramitándose genéricamente conforme a las reglas procedimentales del recurso administrativo, se resuelven por este órgano colegiado independiente.

Surge así la vía para reformular el recurso administrativo en el sentido que nosotros defendemos. En determinados ámbitos materiales el órgano colegiado independiente resuelve o propone la resolución del recurso. Recurso administrativo que se tramita como tal recurso, con la única variante de que el órgano de decisión puede requerir la propuesta previa del órgano independiente (si no se ha optado por la «justicia delegada» en los términos expuestos).

Por último, la Ley 30/1992 impone la obligación de que no se reduzcan las garantías que reconoce la propia ley a los administrados en sus relaciones con la Administración. La legislación sectorial deberá quedar vinculada «funcionalmente» a la ley de bases del régimen jurídico en lo relativo a principios, garantías y plazos.

A la vista de todo lo expuesto es posible formular una conclusión final a este apartado. El recurso administrativo no tiene por qué seguir siendo el *privelege du préalable* o la técnica de control jerárquico. Si ha funcionado como un auténtico privilegio que permitía a la Administración poder revisar su actuación antes de ser llevada a los Tribunales y conocer en ocasiones la decisión del inferior jerárquico, el recurso administrativo puede reconvertirse en una vía previa que constituya un mecanismo eficaz de garantía del administrado a la vez que técnica que descongestione a los tribunales.

Para ello aparece como técnica de gran utilidad la reforma organizativa de los órganos encargados de la resolución de los mismos, introduciendo los principios de imparcialidad y pericia técnica. Reforma que debe ser prudente y sectorializada. Y reforma que debe contar, y ésta es la verdadera clave del éxito, con la voluntad administrativa de someterse al control de órganos independientes. La asunción del recurso como técnica de garantía del administrado, y el convencimiento de que la mejora en el respeto de la legalidad es un principio que debe regir *realmente* toda la actuación de la Administración, son los datos que darán o no sentido a todo proceso de reformas. Garantías y eficacia no son conceptos antitéticos. Antes bien, un mejor sistema de garantías impondrá una Administración

más celosa de su actuación formalizada, lo que redundará en una menor litigiosidad y en una mayor eficacia de la propia Administración y del sistema de justicia administrativa.

b) *Conciliación y mediación*

La resolución de conflictos administrativos no ha recurrido tradicionalmente a fórmulas de conciliación o mediación (44). La Administración es reacia a fórmulas convencionales para la resolución de sus conflictos, y de modo especial al recurso a la intervención de terceros que adopten en relación a la misma la posición de defensor de un interés prevalente sobre el de las partes enfrentadas. La Administración asume esta posición y su decisión sólo podrá ser revisada si no es conforme a derecho, careciendo de sentido abrir un proceso de conciliación o llamar a un tercero para que actúe como mediador.

En ocasiones se ha calificado el recurso administrativo o la vía previa como una fase de conciliación. No obstante, no se dan las notas propias de este mecanismo. En el recurso o la vía previa es la Administración, una de las partes, la que reexamina su decisión desde la perspectiva de la legalidad y oportunidad. En cierto modo, el recurso reabre el período de «discusión» entre el administrado y la Administración, pero no se introduce ningún elemento formal de naturaleza conciliadora.

Pese a este tradicional olvido de los mecanismos de conciliación y mediación, la Ley 30/1992 alude expresamente a estas técnicas en su artículo 107.2. El recurso ordinario puede ser sustituido por procedimientos de carácter conciliador o mediador. Parece oportuno dedicar alguna reflexión a estos mecanismos, reflexión que formularemos de modo conjunto en relación a ambas técnicas.

b.1) *Cuestiones generales.*

Desde un planteamiento general cabe cuestionarse, en primer lugar, si el recurso a estos mecanismos puede o no imponerse como trámite obligatorio y en qué momento procesal puede tener su mejor ubicación.

(44) Por conciliación entendemos el recurso a técnicas que permitan incentivar la comunicación entre las partes una vez formalizado el recurso para llegar a un modo pacificado de resolución del mismo. Por mediación entendemos la existencia de un mecanismo conciliador al que se añade la propuesta de una resolución concreta del conflicto por parte del mediador.

En cuanto a la primera cuestión, creo que nada se opondría a la imposición de una conciliación o mediación obligatoria, siempre que se respetasen las notas antes expuestas de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las vías previas. El trámite de conciliación o mediación no debe excluir nunca el acceso a la vía judicial, y dicho trámite no debe convertirse en una carga injustificable para el administrado.

En relación al momento procesal, la conciliación o mediación puede regularse como una fase previa al acceso a la jurisdicción o como una técnica en manos del juez para solucionar el recurso ya formalizado ante él mismo. En definitiva, la conciliación y mediación pueden ser procedimientos alternativos al recurso ordinario, debiendo acreditarse ante el tribunal de lo contencioso que se intentó sin éxito solucionar el conflicto por estas vías, o bien pueden ser técnicas reconocidas al propio tribunal, para poner fin al procedimiento. El tribunal actuaría como órgano de conciliación (45).

Una segunda cuestión es la relativa a la formalización del acuerdo que se alcance tras un procedimiento de conciliación o mediación. Formalización necesaria para acreditar que se ha cumplido un trámite obligatorio antes de acudir a la vía judicial (si se configura como vía previa obligatoria) o para acreditar la solución del conflicto por esta vía no jurisdiccional.

En el primer supuesto, acreditar el cumplimiento de una vía previa sin éxito, el administrado deberá poder acudir a la vía jurisdiccional acompañando un escrito en el que conste el inicio de un período legal de conciliación y mediación, transcurrido el cual se entendería abierta la vía jurisdiccional. Tan sólo podría oponer la Administración la existencia de una solución formalizada al conflicto alcanzada durante este período, fruto precisamente de la conciliación o mediación.

En el segundo caso debería formalizarse la solución alcanzada gracias a la conciliación o mediación. Esta formalización podría revestir alguna de las modalidades del artículo 88 de la Ley 30/1992. La vía previa (el acuerdo) podría ser un trámite previo a un acto unilateral de la Administración por el que se resuelve el conflicto, o podría

(45) En este sentido, el artículo 22 de la Ley francesa 86/14, de 6 de enero. Vid. al respecto el documento del Consejo de Estado francés *Régler autrement...*, op. cit., pág. 42. El reciente borrador de anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, junio 1994, introduce la conciliación dentro del proceso. Así, el artículo 76.1 del citado borrador establece: «En los procedimientos en primera o única instancia el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y contestación, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción o compromiso y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.»

darse fórmula convencional o transaccional al acuerdo alcanzado en la mediación o conciliación (46).

b.2) *Mediación y conciliación en materia de función pública.*

El recurso a técnicas de mediación y conciliación en el ámbito administrativo tiene un campo de estudio de singular importancia. En las relaciones de empleo público se han ido introduciendo referencias a fórmulas de mediación para la solución de conflictos individuales y colectivos. La existencia de conflictos en masa y el convencimiento de que existe un interés general en evitar, en lo posible, la solución jurisdiccional, han llevado a buscar con especial ahínco fórmulas alternativas de resolución de conflictos.

De modo particular, la introducción en las relaciones de empleo público de la negociación colectiva ha generado una nueva dinámica. En ocasiones, la mediación será precisa para lograr el acuerdo y, en otros casos, para llegar a una solución aceptada por ambas partes sobre la interpretación de este acuerdo.

La Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas (modificada en parte por la Ley 7/1990, de 19 de julio), marcó el inicio de este nuevo camino (47).

El artículo 32 de la Ley 9/1987 enumeró una larga lista de materias susceptibles de negociación entre la Administración y los representantes de los funcionarios. El acuerdo debe formalizarse en los términos del artículo 35, pudiendo establecer las partes Comisiones de Seguimiento de los Pactos o Acuerdos.

Dichas Comisiones, facultativas, son ya una vía para evitar el conflicto, en la medida que con el seguimiento de la aplicación del acuerdo o pacto permitan evitar que llegue a formalizarse un conflicto.

Pero el artículo de mayor importancia es el 38. En él se establece

(46) En relación a la transacción pueden consultarse los trabajos de CLAVERO ARÉVALO, «Consideraciones generales sobre la vía gubernativa», ahora en *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, pág. 188. Sobre la transacción en el Derecho administrativo son de singular importancia los Dictámenes del Consejo de Estado en los que se ha pronunciado sobre esta figura. Vid., entre otros, *Dictamen 46031*, del 1 de marzo de 1984. En este Dictamen se afirma: «La tradicional regulación jurídico-administrativa de la transacción no afecta a su contenido —que está regulado por el Código Civil—, sino que se circunscribe a los requisitos para su válida celebración.»

(47) Sobre este tema, vid. el trabajo de S. DEL REY GUANTER, *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*, Madrid, 1991.

que «las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos.

La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.

Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato».

La lectura de este precepto permite extraer algunas breves consideraciones.

El recurso a la mediación es voluntario («podrán nombrar»). La mediación puede utilizarse en los supuestos en los que no se llegue a un acuerdo en la negociación, o en los casos en los que se plantee un conflicto jurídico (individual o colectivo) en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. En el primer caso, falta de acuerdo, la ley permite que los órganos de gobierno de cada Administración pública «impongan» las condiciones de trabajo si no hay acuerdo formal. El legislador era consciente de que debía preverse normativamente una vía para cerrar el sistema en caso de inexistencia de acuerdo. Pero precisamente por ello la vía de la mediación adquiere singular relevancia. Antes de llegar a una solución impuesta, deben tratarse de agotar los mecanismos de una solución negociada (48).

Ciertamente, en este supuesto no estamos ante un verdadero conflicto jurídico. El conflicto es político, por falta de acuerdo entre dos sujetos sobre el mecanismo para ordenar la relación funcional. El conflicto se produce en el interior del procedimiento de elaboración de una norma, la que fijará las condiciones de trabajo de los funcionarios (49). Pero tal vez por ello la mediación cobra singular relevancia. Este conflicto no puede ser resuelto a través del recurso jurisdiccional, pues no hay parámetro de referencia. No se trata de solicitar la revisión de un acto o una norma por su disconformidad con el ordenamiento vigente, sino de crear un cauce eficaz para la elaboración de una norma que se prefiere surja de un proceso negociado.

(48) PARADA, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 6.^a ed., Madrid, 1992, pág. 493, señala al respecto la posición de desigualdad de los funcionarios en la negociación colectiva: *Falta también la obligación de buscar un acuerdo, característica de la negociación laboral, pues, ante el desacuerdo, no se establece el recurso a la conciliación o el arbitraje, sino que, directamente, la Administración puede de la forma que estime conveniente establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, si bien el mismo autor reconoce más adelante la posibilidad de nombrar un mediador.*

(49) La naturaleza jurídica de los acuerdos por los que se fijan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos requeriría un estudio detenido que no podemos abordar en este trabajo.

La mediación sí que aparece como mecanismo de resolución alternativa de conflictos jurídicos cuando se plantea un conflicto individual o colectivo en relación al cumplimiento del Acuerdo o Pacto. Las partes pueden recurrir entonces (o puede haberse pactado con carácter general en el propio Acuerdo) al mediador o mediadores para que traten de alcanzar un «nuevo acuerdo» sobre la interpretación de la norma que regula las relaciones de trabajo.

Poco dice la ley en cuanto al procedimiento a través del cual debe llevarse a cabo la mediación. Tan sólo una remisión al reglamento y la exigencia de que las propuestas del mediador y de las partes deben hacerse públicas de inmediato (50).

En definitiva, y sin perjuicio del desarrollo que las técnicas de conciliación y mediación puedan tener a partir de la Ley 30/1992, lo cierto es que en el ámbito de la función pública existe un primer banco de pruebas de indudable interés (51) sobre la efectividad de estas técnicas. Algunas primeras experiencias tratan ya de dar desarrollo al genérico marco legal (52).

c) Arbitraje

La técnica arbitral supone el recurso a un mecanismo de justicia convencional en virtud del cual las partes deciden someter la resolución de un conflicto a un tercero que resuelve con fuerza de cosa juzgada. Este tercero, en cuanto elemento ajeno al orden jurisdiccional, resuelve con *jurisdictio* (se la reconocen las partes y el ordenamiento), pero carece de *imperium* para imponer su decisión.

El arbitraje debe diferenciarse en este sentido de la transacción (las partes acuerdan de forma convencional poner fin a un litigio), de la pericia contractual (se requiere de un tercero una constatación, la fijación de unos hechos, pero no la solución a un litigio, aunque la pericia pueda ser determinante para la resolución del conflicto), o de

(50) Mecanismo de *fact-finding* que ha sido criticado entre nosotros por DEL REY GUANTER, *op. cit.*, por considerarlo obstativo de un proceso fluido de negociación.

(51) El Acuerdo Administración del Estado-Sindicatos de 16 de noviembre de 1991 para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, publicado por Resolución de 3 de enero de 1992, regula en su capítulo XV los procedimientos de resolución de conflictos, insistiendo en el recurso a la mediación en los términos del artículo 38 de la LOR.

(52) Nos referimos al CEMICAL, Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local, ente creado bajo el impulso de la Diputación Provincial de Barcelona. Entre los fines esenciales de este ente se encuentra —art. 2.b) de sus Estatutos— *la mediación y conciliación en los conflictos de intereses jurídicos que se planteen en el ámbito de actuación de los entes locales de la provincia de Barcelona*. También cabe citar el artículo 69 del DL de 3 de febrero de 1993 italiano.

la resolución de un conflicto por un órgano de composición arbitral. En los casos en los que el recurso administrativo sea resuelto por un órgano colegiado independiente y compuesto por especialistas en la materia, podría pensarse que estamos ante una solución arbitral. El conflicto se resuelve por un tercero, ajeno al órgano jurisdiccional. Sin embargo, en estos casos falta la nota de la fuerza de cosa juzgada que posee el arbitraje, elemento esencial en esta técnica de resolución de conflictos. El recurso administrativo, aun en esta nueva modalidad a la que antes nos referimos, es un mecanismo no convencional, previsto como vía previa al recurso jurisdiccional, y que no impide replantear la pretensión ante la instancia judicial.

Una vez acotado el significado de la institución arbitral debe señalarse también que nos referimos al arbitraje como medio de resolución de conflictos entre la Administración y los administrados, o entre Administraciones. El dato relevante es que planteamos someter la Administración a la decisión de un colegio arbitral, superando la reserva exclusiva de control de la Administración por los órganos jurisdiccionales.

No se trata de examinar aquí el sugestivo tema de la actuación arbitral de la Administración (53). Actividad que se ha ido desarrollando paulatinamente y que constituye un medio de solución de conflictos entre particulares, con especial relevancia en materia de consumo (54) y con un futuro de especial interés en las relaciones concesionario-usuario.

Centrado el objeto de estudio, la cuestión a resolver es si es posible el recurso a la técnica arbitral en Derecho administrativo y, en su caso, cómo debería articularse procedimentalmente el cauce arbitral.

La pregunta sobre la posibilidad de utilizar una técnica arbitral para resolver conflictos que enfrenten a la Administración con un tercero no tiene una respuesta fácil.

La respuesta tradicional a esta cuestión ha sido, por lo general, negativa. Se aduce que la Administración no puede transigir, no puede remitir a un tercero ajeno al orden jurisdiccional la resolución de un conflicto en el que es parte este ente público que ejerce potestades. La Administración no puede renunciar voluntariamente a la

(53) Tema tratado recientemente por PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I*, Parte General, 3.ª ed., 1991, págs. 500 y ss.

(54) Vid. Ramón CASAS, «Comentario al artículo 31 de la LGPCU», en la obra colectiva, coordinada por BERCOVITZ/SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 764 y ss.; y CORCES PANDO, «El sistema arbitral de consumo en España», en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, 1990, págs. 465 y ss.

definición del interés general a través de la remisión sobre el alcance de su potestad a un árbitro. Por otra parte, la posición preeminente de la Administración exigiría que sólo fuera enjuiciada por un órgano jurisdiccional (55).

El derecho positivo español no da pautas seguras. El artículo 39 de la Ley General Presupuestaria establece que no será posible el arbitraje sobre los derechos de la Hacienda Pública si no media «decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno». Prohibición general pero que debe matizarse en un doble sentido. Se refiere a una materia concreta (derechos de la Hacienda Pública) y puede superarse la prohibición con un recurso puramente formal: que lo acuerde el Consejo de Ministros y lo refrende el Consejo de Estado.

En sentido parecido, el artículo 41 de la Ley de Patrimonio del Estado establece que «para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una ley que lo autorice». De nuevo, prohibición general pero susceptible de autorización legal.

En definitiva, del derecho positivo no se desprende una oposición de fondo a la técnica arbitral. El arbitraje es posible si se cubren unas cautelas meramente formales.

Recientemente, la Ley 30/1992 vuelve a reconocer como factible el recurso a la técnica arbitral. Sobre ello volveremos más adelante.

Ante el silencio del derecho positivo surgen dos grandes cuestiones. ¿Qué materias serían susceptibles de someterse al arbitraje? ¿Qué procedimiento aplicaríamos?

En relación a la primera cuestión, creo que puede afirmarse con cierta seguridad que será posible el recurso a la técnica arbitral cuando la Administración actúe sometida al Derecho privado. La Administración actúa despojada de prerrogativas, dentro de un ordenamiento privado que admite como técnica de resolución de conflictos el mecanismo arbitral.

Más discutible es el recurso al arbitraje cuando la Administración actúa en su calidad de ente de Derecho público sometido al Derecho administrativo. Aparece entonces la prohibición genérica de someter

(55) Este es el panorama general en el Derecho comparado. Vid. al respecto el reciente trabajo de LAGASSE, *L'arbitrage en droit administratif*, en «Administration Publique», 3, 1993.

En EE.UU. se ha dictado recientemente la Ley de 1990 sobre *Resolución de los conflictos administrativos (Administrative dispute resolution Act)*. Ley que ciertamente da un trato muy importante a la técnica arbitral, pero ello es precisamente por la resistencia general que existía sobre la extensión de las técnicas arbitrales a los conflictos con la Administración. Vid. el comentario de DELGADO PIQUERAS a esta Ley en el núm. 131 de esta REVISTA, 1993.

a arbitraje materias que no sean de libre disposición de las partes (56).

Cuando la Administración ejecuta potestades y dicta actos unilaterales difícilmente podrá admitirse que, en caso de oposición de un particular, pueda remitir la propia Administración la solución del conflicto (en el que se discutirá su interpretación de lo que sea interés general) a un tercero ajeno al orden jurisdiccional. En todos estos supuestos, a mi juicio, la decisión administrativa sólo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el poder judicial.

Descartado todo este amplio campo de la actividad administrativa, creo que la técnica arbitral tiene sentido en el también amplio sector de la actividad convencional de la Administración. Cuando la Administración ha renunciado a su posición preeminente y ha fijado de modo convencional el contenido de una resolución o ha contratado la actividad de un tercero, los conflictos que surjan en la interpretación de este convenio o contrato sí que podrán resolverse mediante la técnica arbitral. El árbitro no enjuiciará en este caso la decisión unilateral de la Administración que concreta el contenido de la norma atributiva de potestad. El árbitro enjuiciará una relación jurídica en la que dos partes establecieron de mutuo acuerdo la medida de sus obligaciones o el contenido de una medida (contrato o convenio de fijación). Relación que debe ser interpretada al discrepar las partes sobre el contenido de lo acordado, sin perjuicio de su interés mutuo en mantener la relación establecida.

En estos casos no estamos ante el conflicto administrativo clásico en el que se pretende la anulación de un acto, el reconocimiento de una situación individualizada y, en su caso, de una nueva indemnización. La pretensión consistirá en obtener de un tercero la confirmación de que la interpretación que se hace del contrato o convenio es correcta, para imponer a la otra parte su sumisión a lo acordado interpretado de este preciso modo (57).

En definitiva, el campo de las resoluciones convencionales abre la posibilidad de acudir a técnicas arbitrales para solventar los problemas interpretativos. En la medida que se incremente el recurso a los módulos convencionales (art. 88 Ley 30/1992), podrá incrementarse paralelamente el recurso a la técnica arbitral. La Administración no traslada en estos casos la interpretación de una prerrogativa

(56) Esta prohibición se contiene, por ejemplo, en la Ley de Arbitraje de 1988.

(57) Puede servir también de ejemplo la materia de función pública antes examinada en relación a la mediación y conciliación. Cabría plantear el dar un salto cualitativo y resolver por órganos arbitrales los conflictos jurídicos que se plantearan en la interpretación de los Pactos o Acuerdos previstos en los artículos 32 y siguientes de la LOR. También el actual Proyecto de Ley de Contratos del Estado contiene una referencia a técnicas arbitrales (art. 60).

suya a un tercero. La Administración decide mantener una relación convencional admitiendo que su contenido sea interpretado por un tercero en caso de conflicto.

Aceptada esta hipótesis se abre el segundo interrogante: ¿qué procedimiento arbitral?

En la actualidad no existe un cauce procedimental para el arbitraje de Derecho público. La Ley de 1988, ciertamente, no se limita expresamente al arbitraje de Derecho privado, pero su contenido no podría ser aplicado de modo total al arbitraje con presencia administrativa.

La solución debería venir a través de una regulación especial en la que, a partir del modelo de la Ley de 1988, se introdujeran algunas variaciones. En dicha norma deberían tenerse en cuenta, a nuestro juicio, los siguientes principios y criterios.

El arbitraje debe ser en todo caso voluntario (58) y de derecho. El arbitraje puede ser emitido por un árbitro o colegio arbitral, siendo preferible la fórmula del colegio. Los árbitros pueden ser designados por las partes, siendo también posible el arbitraje institucional (en este caso de una institución dotada de independencia frente a la Administración que es parte en el conflicto). La ley debería precisar qué órganos son los competentes en cada Administración para acordar la sumisión o arbitraje y debería garantizar la independencia de los árbitros o colegios arbitrales frente a la Administración. Mayor importancia tiene la regulación de los efectos del laudo arbitral y, en su caso, el mecanismo para su ejecución en caso de incumplimiento por la propia Administración. Seguramente la ejecución debería reservarse a la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente debería determinarse en qué supuestos puede impugnarse el laudo y ante qué jurisdicción. Y, por último, cabría cuestionarse la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el período de resolución del arbitraje.

(58) En caso contrario podría entenderse que se niega el acceso a la justicia, lo que conllevaría problemas de constitucionalidad. Tales problemas no existen, a mi juicio, pese a que el laudo arbitral tiene motivos de impugnación tasada, si las partes aceptan someterse al arbitraje. Sobre esto, en Italia, vid. nota 33.

