

Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la Resolución extrajudicial de conflictos con la Administración Pública(*)

José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. PREAMBULO Y DEFINICION DEL OBJETO DE ESTUDIO.- II. METODO DE ANALISIS.- III. ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. Acerca de la delimitación del ámbito material de actuación del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Autonómicos. 2. La inactividad de la Administración y el Defensor del Pueblo. 3. Acerca de la determinación del ambito subjetivo de actuación del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Autonómicos. - IV. ACERCA DEL ARBITRAJE. VIABILIDAD DE LA ASUNCION DE FUNCIONES ARBITRALES POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. Algunas precisiones sobre el arbitraje.- V. EL ARBITRAJE EN LA LPAC. NORMA HABILITANTE PARA LA FUNCION ARBITRAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 1. Sobre el arbitraje en el Derecho administrativo.

I. PREAMBULO Y DEFINICION DEL OBJETO DE ESTUDIO

La Constitución española de 1978 (en lo sucesivo CE) y los distintos Estatutos de Autonomía, respectivamente desarrollados por las leyes Orgánica 3/1981 de 6 de abril, para el Defensor del Pueblo Estatal (en lo sucesivo LODP) y por la correspondiente legislación autonómica de desarrollo de cada Comunidad Autónoma, han completado el proceso de institucionalización del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas con la creación de esta Institución de salvaguardia de los derechos fundamentales.

* El presente trabajo responde, en esencia, a la conferencia pronunciada por su autor en las XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo celebradas en Sevilla los días 1, 2 y 3 de octubre de 1997 en la Sede del Parlamento de Andalucía.

En nuestra Comunidad Autónoma andaluza la ley 9/83 de 1 de diciembre desarrolla las previsiones del artículo 46 del Estatuto de Autonomía estableciendo el régimen jurídico del Defensor del Pueblo de Andalucía.

Los años transcurridos desde la publicación de estas disposiciones y la experiencia acumulada hacen necesario hoy un replanteamiento de la institución y de la misión que esta asume. El balance, tanto a nivel estatal como autonómico, del funcionamiento de la Institución del Defensor del Pueblo no puede calificarse sino como muy favorable. Sin embargo, no es menos cierto que un cierto sentimiento de frustración puede acompañar la, a veces muy ingrata, tarea del Defensor y los restantes Comisionados autonómicos que, circunscribiéndose a los estrictos límites funcionales que sus normas institucionales les marcan, no pueden solventar las múltiples cuestiones que la realidad social, cada día más compleja, plantea y que los ciudadanos, cada vez con mayor frecuencia, optan por residenciar ante esta Institución considerando su prestigio e independencia.

El objeto de este estudio es el de examinar la posibilidad de, dentro del respeto al marco constitucional y estatutario de la Institución, abrir nuevos cauces para la labor del Defensor del Pueblo, arbitrando técnicas jurídicas alternativas a las actualmente empleadas en esa tarea de defensa de los derechos fundamentales y de supervisión de la actividad administrativa que al Defensor se encomienda.

Más concretamente, interesa conocer en qué medida puede asumir el Defensor del Pueblo *una labor de resolución de controversias por cauces extrajudiciales*, siempre sin menoscabo de las funciones asignadas a los órganos jurisdiccionales y en el estricto respeto, insistimos, del marco constitucional y estatutario que preside su actividad.

Para abordar la cuestión e intentar darle respuesta se ha optado por una sistemática de trabajo que puede resumirse de la siguiente forma:

II. METODO DE ANALISIS

Debe, en primer lugar examinarse las actuales funciones del Defensor del Pueblo, tanto estatal como autonómico, para comprobar el carácter tasado o no de estas funciones y su uniformidad a nivel estatal y autonómico.

Tras el examen realizado procederíamos a estudiar si ese catálogo de funciones permite que el Defensor del Pueblo asuma otras nuevas funciones, concretamente ese servir de cauce a la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de controversias.

Esta segunda cuestión nos llevará necesariamente a la tercera. Es necesario examinar cuales son, en la actualidad, los cauces alternativos que el ordenamiento jurídico ofrece para la solución extrajudicial de los conflictos en los que es parte la Administración pública. Más específicamente será necesario examinar la llamada terminación convencional del procedimiento administrativo y el arbitraje en el Derecho administrativo.

Al hilo de este trabajo examinaremos, finalmente, si estas posibilidades de terminación convencional y de arbitraje pueden llevarse a efecto a través del Defensor del Pueblo y, en caso afirmativo, si tal objetivo precisa alguna modificación normativa.

III. ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La función constitucionalmente asignada al Defensor del pueblo se determina en los artículos 54 CE y 1º y 9º de la Ley 3/81, Ley Orgánica del Defensor de Pueblo.

Del examen conjunto de ambos preceptos se obtiene que el Defensor del Pueblo asume la defensa de los derechos reconocidos en el Título I CE mediante la supervisión de la actividad de la Administración.

Esta delimitación funcional, si bien inicialmente parece precisa, suscita cuestiones que no tienen clara respuesta en la ley. Especialmente imprecisas aparecen cuestiones tan importantes como la definición del ámbito material de actuación del Defensor del Pueblo o el ámbito subjetivo al que referir esa actividad de supervisión administrativa y defensa de los derechos fundamentales.

1. Acerca de la delimitación del ámbito material de actuación del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Autonómicos.

A. *Prioridad en la defensa de los derechos fundamentales.*

En relación a la primera de estas cuestiones, esto es la delimitación del ámbito material de actuación del Defensor del Pueblo, no precisan estos tex-

tos, al menos a nuestro juicio, si la referencia al título primero se circunscribe a alguna de sus secciones o capítulos ó al título completo. Tampoco resulta definitivamente resuelto —al menos no hay acuerdo al respecto en la doctrina— si la redacción del precepto prioriza la defensa de los derechos fundamentales o si se debe acentuar, mas bien, la labor supervisora de la actividad administrativa como función prioritaria del Defensor del pueblo.

En la evolución de la Institución del Defensor del pueblo se ha partido de insistir en la consideración del Defensor del Pueblo como supervisor de la actividad administrativa. Creemos hoy sin embargo generalizada la opinión que acentúa la idea del Defensor del Pueblo como defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Según Varela Suances las notas básicas que caracterizan la naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo son: a) Tratarse de un órgano auxiliar de las Cortes Generales. b) Ser un órgano de control bifronte, esto es control de la actividad administrativa y control semicontencioso o de impulso jurisdiccional. Y c), ser, ante todo, un órgano creado *por y para la defensa de los derechos fundamentales*.

Como Mercedes Vera explica, es el modelo portugués el que opera legalmente por vez primera la decisiva transformación de convertir al *provedor* en una institución de defensa de los derechos y libertades, en un medio no judicial de defensa de los derechos del hombre.

Esta orientación, si bien no legalmente consagrada, aparece cada vez con mayor insistencia. En el seminario de Siena en 1982, en el de Madeira de 1983 y en la mesa redonda de los ombudsmen europeos celebrada en Madrid en 1985 esta perspectiva ha sido la destacada. En la Resolución 8 del Consejo de Europa y en su Recomendación 13 se incita a los estados miembros no sólo a crear la institución sino a reforzar sus poderes en materia de defensa de los derechos humanos.

A nuestro juicio y coincidiendo en este punto con los autores citados, el Defensor es sobre todo un defensor de los derechos y libertades contenidos en el título I. Por lo tanto la supervisión de la Administración va a llevarse preferentemente a cabo en defensa de estos derechos. Es nuestra opinión también que esta defensa del título primero no se limita a ningún capítulo o sección sino que se extiende a todo el título donde se encierran también los presupuestos de la intervención en materia económica y social. Varela Suárez Carpegna es de esta misma opinión e indica que esta protección de todo el título I esta especialmente justificada si se considera la especial desprotección jurídica de los derechos de contenido económico y social frente a los demás derechos.

B. La función supervisora de la Administración no agota los medios de que dispone el Defensor del Pueblo para desempeñar su función de tutela de los derechos fundamentales.

En relación igualmente con la determinación del ámbito material de actuación del Defensor del pueblo conviene precisar que, a nuestro juicio, la supervisión de la Administración *no agota* ni mucho las posibilidades y correspondientes *facultades* del Defensor del pueblo siendo este por el contrario solo uno de los *medios* a través de los cuales puede conseguir el Defensor del Pueblo esa defensa de los derechos del Título primero.

Junto a esta función de supervisión y ya desde el primer momento constitucional, (art. 54 y 162 1 a y 1 CE) se le atribuye al Defensor del Pueblo legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. ¿Cómo conceptualizar al Defensor del Pueblo cuando interpone estos dos recursos ante el Tribunal Constitucional? Según Varela Suárez Carpegna en estos casos el Defensor del pueblo sigue llevando a cabo una actividad de control si bien un control sensiblemente distinto al que realiza cuando supervisa la actividad de la Administración pública y la de sus agentes. En primer lugar por que el canon varía: en el caso del recurso de inconstitucionalidad, de este canon se excluye, como es obvio, tanto las leyes aprobadas por las Cortes en desarrollo de los derechos fundamentales, como la jurisprudencia que a este respecto emane del Tribunal Constitucional. El canon se limita al articulado del Título primero de la Constitución. En el caso del recurso de amparo, el canon se reduce a los artículos 14 a 30 de la norma fundamental. En segundo lugar, los supuestos de hechos enjuiciados se amplían considerablemente; ya no se trata sólo de los actos y resoluciones de las Administraciones públicas y sus agentes, sino también de la actividad, normativa y no normativa, de las propias Cortes Generales, del Gobierno de la Nación, del Poder Judicial y de las Asambleas y órganos ejecutivos de las Comunidades autónomas. En tercer y último lugar, la medida obstructora consiste simplemente en apelar al Tribunal Constitucional.

Se trata, pues, de una actividad de control, en tanto que sus tres elementos lógicos, canon, juicio y medida, están de nuevo presentes. Pero de un control muy diferente al de mera supervisión puesto que estos tres elementos varían sobremanera.

El examen de la legislación autonómica enseña que no existe una lista tasada de competencias en favor del Defensor del Pueblo.

A título de ejemplo pueden citarse la exposición de Motivos de la Ley 11/88 reguladora del Síndico de Agravios valenciano donde se señala:

"... un Síndico de Agravios nombrado por las Cortes Valencianas, como Alto Comisionado de las mismas, velará por los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución Española en el ámbito competencial y territorial de la Comunidad Autónoma Valenciana. La Ley fijará su Estatuto, facultades y fijación de su mandato. "En virtud de cuanto antecede y para continuar con el desarrollo estatutario y la institucionalización del autogobierno valenciano procede regular la Institución del Síndico de Agravios, como Alto Comisionado de las Cortes Valencianas cuya misión fundamental es velar por el cumplimiento y respeto de los derechos y libertades que asisten a los valencianos en el disfrute de la democracia, siendo, a la vez, fiel garantía de la legalidad y transparencia, acorde con el estado de derecho, de que los actos y resoluciones emanados de los Organos de la Administración Pública de la Generalitat se atengan a los principios reconocidos en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía.

Queda pues garantizada, con la Institución del Síndico de Agravios y su actuación, la existencia de un control externo respecto de los actos y resoluciones de la Administración que se dicten o se promulguen por los diversos órganos que componen la Administración Pública de la Generalitat Valenciana y la voluntad de estas Cortes en que tales actuaciones administrativas no supongan en ningún caso, la infracción y simple desconocimiento de aquellos derechos y libertades y sí un avance significativo en la sensibilización de nuestra sociedad hacia aspectos tan fundamentales como la no discriminación por razones de sexo.

Supone pues la presente Ley otro fundamental paso que en el desarrollo estatutario que en esta II Legislatura está configurando la Comunidad Valenciana para contemplar su autogobierno en orden a la consecución definitiva de un ordenamiento jurídico que legitime, ampare y defienda, los derechos y libertades de los valencianos."

Esta ampliación programática de funciones no encuentra sin embargo reflejo en el articulado de la ley pero es significativa.

Otro ejemplo de esta diversidad de funciones asignadas al Defensor del Pueblo puede ser la ley de 14 de diciembre de 1989 del Parlamento de Cataluña modificativa de la ley 14/84 reguladora del Sindic de Greuges por la que se crea un específico adjunto para la defensa de los niños.

La Ley 2/94 de 9 de marzo reguladora del Procurador de Castilla y León en sus artículos 1 y 24 y ss es un nuevo ejemplo de esta heterogeneidad de funciones asignadas a los distintos comisionados autonómicos. Establecen estos preceptos:

"Artículo 1. 1. El Procurador del Común es el alto comisionado de las Cortes de Castilla y León designado por éstas para la protección y defensa de los Derechos fundamentales de los ciudadanos, la tutela del Ordenamiento Jurídico Castellano-Leonés y la defensa del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Y el Título tercero de la ley contiene los siguientes preceptos:

" De la defensa del Estatuto de Autonomía y del Ordenamiento Jurídico de Castilla y León

Artículo 24. 1. Cuando el Procurador del Común de Castilla y León considere que una Ley o disposición con fuerza de Ley contradice el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, o que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respetan el orden competencial establecido en la Constitución, el Estatuto o la Ley correspondiente, se dirigirá inmediatamente a la Junta de Castilla y León o a las Cortes, en su caso, instándoles a interponer el pertinente recurso de inconstitucionalidad o conflicto de competencia.

2. La recomendación del Procurador del Común de Castilla y León, que deberá ser motivada, se publicará en el "Boletín Oficial de Castilla y León", o en el de las "Cortes", según proceda.

3. La Junta o las Cortes de Castilla y León adoptaran la decisión que estimen pertinente, la cual deberá ser también motivada y se publicará en el mismo Boletín que la recomendación.

4. Si la Junta o las Cortes de Castilla y León no interponen recurso de inconstitucionalidad o no estuviesen legitimados para interponerlo, el Procurador del Común de Castilla y León podrá dirigirse al Defensor del Pueblo remitiéndole el expediente para su conocimiento.

Artículo 25. Si el Procurador del Común de Castilla y León considerase que la violación del Estatuto deriva de un acto de las Cortes de Castilla y León, requerirá motivadamente a éstas para que lo subsanen y, si no lo

hacen, podrá hacerlo llegar al Defensor del Pueblo, sugiriéndole la medida a adoptar.

Artículo 26. Además de lo dispuesto en el artículo 24, cuando la violación del Estatuto provenga de la actuación de una Corporación Local con sede en Castilla y León, el Procurador del Común de Castilla y León podrá dirigirse a ella sugiriéndole la medida a tomar. Le informará igualmente de que ha puesto el caso en conocimiento de las Cortes de Castilla y León.

Artículo 27. A efectos de esta Ley, integran el Ordenamiento Jurídico de Castilla y León:

- a) Las Leyes aprobadas por las Cortes de Castilla y León.
- b) Las disposiciones con fuerza de Ley aprobadas por la Junta de Castilla y León.
- c) Los Reglamentos y Disposiciones Administrativas de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Artículo 28. 1. Cuando el Procurador del Común de Castilla y León tenga conocimiento de graves y reiterados casos de aplicación deficiente o nula del Ordenamiento Jurídico de Castilla y León que, en su opinión, hayan de ser corregidos de inmediato, lo comunicará al Presidente de las Cortes. Este, después de consultar a la Junta de Portavoces, podrá trasladar la queja al superior jerárquico del funcionario responsable o al correspondiente Colegio Profesional.

2. El Procurador del Común de Castilla y León podrá dirigirse a cualquier autoridad que tenga competencias para interponer recursos y ejercitar acciones ante los Tribunales, y solicitar su actuación con la finalidad de defender el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y proceder a la mejor tutela del Ordenamiento Jurídico Castellano-Leonés.

Artículo 29. En su informe anual a las Cortes el Procurador del Común de Castilla y León hará especial referencia al estado de observancia, aplicación e interpretación del Ordenamiento Jurídico Castellano-Leonés pudiendo incluir recomendaciones que las Cortes de Castilla y León trasladarán al Organismo o Autoridad competente.

Artículo 30. Cuando el Procurador del Común de Castilla y León considere que cualquier precepto reglamentario emanado de la Junta de Castilla

y León vulnera el Estatuto de Autonomía, se dirigirá motivadamente a la Administración Regional recomendándole su modificación o derogación. La recomendación se publicará en el «Boletín Oficial de Castilla y León».

Preceptos de idéntico tenor se contienen en la Ley reguladora del Justicia de Aragón (Artcs 1º y 27 de la ley 4/85 de 27 de junio).

En suma, la heterogeneidad normativa de la que hemos dado breve muestra enseña que, a nuestro juicio, las competencias de los Defensores autonómicos no son tasadas sino que quedan al libre arbitrio y decisión de las respectivas Cámaras autonómicas en la ley reguladora de estos.

Mercedes Vera, al margen de estas referencias autonómicas considera que esto debe ser así por las siguientes razones:

1.- No pueden entenderse restrictivamente las competencias de un órgano en cuanto afectan a la defensa de los derechos y libertades.

2.- La informalidad y flexibilidad de las instituciones en cuestión no puede suspenderse precisamente en el momento decisivo de la delimitación material de su ámbito de actuación.

3.- El carácter tantas veces subrayado (y no sólo doctrinalmente sino de forma reiterada en los preámbulos y exposiciones de motivos) de magistratura de persuasión y opinión precisamente para la defensa de los derechos y libertades del título I, casa mal con una comprensión restrictiva de sus facultades.

4.- No se entiende que a un órgano puedan atribuírsele funciones sin atribuirle simultáneamente las competencias para desempeñarlas. Por exponerlo de la manera más simple: a veces la legitimación para interponer el recurso de amparo se ha entendido como el corolario único de su calidad de defensor de los derechos y libertades. Esto, sin embargo, no tiene sentido cuando: a) Los derechos y libertades que el defensor tiene que defender son todos los del título I. Es decir, su legitimidad para interponer el recurso de amparo y su calidad de defensor de los derechos no son coextensivas, y b) Los comisionados autonómicos también son defensores de los derechos y libertades y, sin embargo, no están legitimados para interponer el recurso de amparo.

En resumen, las atribuciones y, las posibilidades de actuación del Defensor y los comisionados son mucho más amplias de lo que formalmente a primera vista aparece.

En este sentido tenemos:

1.- Un Ararteko acudiendo a los medios de comunicación pública para movilizar a la opinión pública respecto a sus investigaciones y memoria anual (Artc. 11.c de la ley 3/85 de 27 de febrero del Parlamento vasco por la que se crea y regula la institución del Ararteko).

2.- Un Sindic de Greuges de Baleares proponiendo a los organismos y autoridades afectados, en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas.

3.- Y en este contexto quizá no fuera inimaginable un Defensor del pueblo asumiendo en determinados supuestos una función arbitral de resolución de conflictos al amparo de la cobertura que brinda las genéricas previsiones de una Ley de Arbitraje y las específicas previsiones de la Ley 30/ 92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

En suma, el examen del Derecho vigente enseña, repetimos, que el Defensor del Pueblo supervisa la actividad de la Administración en cuanto esa actividad pueda eventualmente lesionar derechos fundamentales pero esa labor de supervisión, no aparece (como ni siquiera ya en la Constitución aparecía) como la única posibilidad de actuación del Defensor del Pueblo.

C. No existe una reserva Constitucional para determinar los medios o técnicas a utilizar por el Defensor del Pueblo en su tarea de defensa de los derechos fundamentales.

Esta conclusión permite formular otra de especial importancia para el tema que nos ocupa. *La determinación de las funciones del Defensor del Pueblo están, por cuanto hace al Defensor del Pueblo estatal, establecidas en la CE (Artc. 54 y en la Ley Orgánica 3/81 de 6 de abril del Defensor del Pueblo (artc 9º). Las funciones y competencias de los Comisionados autonómicos se establecen, por otra parte, en sus respectivos Estatutos de Autonomía y en la correspondiente legislación autonómica de desarrollo). Así lo establece para nuestra Comunidad Autónoma andaluza a título de ejemplo el artículo primero de la Ley reguladora del Defensor del Pueblo andaluz cuando establece que:*

“El Defensor del Pueblo Andaluz es el comisionado del Parlamento, designado por éste para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el título primero de la Constitución a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración Autonómica, dando cuenta al parlamento.

Ejercerá las funciones que le encomienda el Estatuto de Autonomía y la presente Ley, y coordinará sus funciones con las del Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales, prestando su cooperación cuando le sea solicitada y recabándola de aquél a los mismos efectos.”

No existe, a nuestro juicio, una reserva constitucional que predetermine y configure esas funciones del Defensor del Pueblo. Más exactamente la CE y los estatutos de Autonomía marcan al Defensor del Pueblo y a los respectivos Comisionados Autonómicos un fin a conseguir -coadyuvar a la defensa de los derechos fundamentales en cuanto puedan ser objeto de lesión por la Administración pública, pero no establecen una limitación de medios, técnicas o competencias para conseguir este objetivo. Es la Ley Orgánica estatal y las correspondientes normas institucionales reguladoras de estos Comisionados autonómicos las que definen ese catálogo de medios, técnicas jurídicas y competencias que han de atribuirse a los mismos para el mejor cumplimiento de ese genérico objetivo.

Esta es la opinión, por otra parte del Tribunal Constitucional. Efectivamente en STC nº 157/88 recaída en el recurso de inconstitucionalidad nº 153/86 en su Fundamento jurídico cuarto se lee:

“Tiene razón el Letrado del Estado al sostener que lo que hace el art. 2.1 de la Ley 36/1985 es determinar supuestos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y las similares figuras autonómicas, y que no regula, pues no es su objeto, el ámbito competencial ni del Defensor del Pueblo ni de dichas instituciones autonómicas. Las competencias del Defensor del Pueblo derivan del propio art. 54 de la Constitución que prevé la institución, y han sido desarrolladas en la L. O. 3/1981, de 6 de abril que la regula. Las de los Comisionados parlamentarios autonómicos derivan de sus propios Estatutos de Autonomía y han sido a su vez desarrollados ya, en su mayor parte, por leyes de sus Parlamentos. Es, por tanto, al art. 35 del EAC, que prevé la figura del Sindic de Greuges, donde hay que acudir para comprobar las facultades del mismo.

Y continúa:

“Pues bien, así planteadas las cosas, es manifiesto que el inciso impugnado no choca con lo establecido en el art. 35 del Estatuto de Autonomía catalán. En este se establece que el Parlamento “podrá nombrar un Sindic de Greuges para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, a cuyos efectos podrá supervisar las ac-

tividades de la Administración de la Generalidad". Su ámbito específico de actuación queda, por tanto, meridianamente previsto en dicho precepto estatutario y nada puede observarse en el inciso impugnado que lo contradiga. El art. 2.1 de la Ley 36/1985 establece que la protección de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y «la supervisión, a estos efectos, de la actividad de la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de las Administraciones de los Entes locales, cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquélla, podrá realizarse, sin mengua de las facultades que al Defensor del Pueblo le atribuyen la Constitución y su Ley Orgánica, en régimen de cooperación entre el Defensor del Pueblo y el Comisionado parlamentario autonómico, mediante la celebración de los pertinentes acuerdos de colaboración.»

Así pues, si el Estatuto de Autonomía de Cataluña prevé como ámbito de actuación del Sindic de Greuges la supervisión de la Administración de la Generalidad y si el precepto parcialmente impugnado contempla la posibilidad de acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados parlamentarios autonómicos para la supervisión tanto de las Administraciones autonómicas como de las locales, cuando éstas actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquéllas, no se ve la menor contradicción entre ambas regulaciones. No solamente no hay restricción del ámbito de actuación previsto en el art. 35 del EAC, sino que, en realidad, *el precepto parcialmente impugnado contempla una actuación de los Comisionados parlamentarios autonómicos más amplia de lo que podría entenderse en una interpretación literal y estricta del citado precepto del Estatuto catalán*. En este sentido, puede recordarse la reciente STC 142/1988, de 12 de julio en la que se declaró que no resultaba contrario al artículo correspondiente del Estatuto de Autonomía de Aragón -que también refiere la supervisión del Justicia de Aragón a la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma-, el artículo de su Ley reguladora que extendía tal supervisión a la actividad de los Entes locales, en tanto se entendiera restringido al ejercicio por parte de éstos de competencias delegadas o transferidas por la Comunidad Autónoma, ya que en tales supuestos los Entes locales venían a actuar como Entes descentralizados de aquélla (fundamento jurídico 5.^o).

Por idénticas razones tampoco se percibe contradicción alguna entre el precepto impugnado y los arts. 8 y 9.1 del EAC. Al no regular la Ley 36/1985 competencia alguna de las figuras autonómicas análogas al Defensor del Pueblo, difícilmente podría haberse vulnerado el art. 9.1 EAC, que atribuye a la Generalidad la competencia para regular sus instituciones de autogobierno. Y tampoco puede entenderse que delimitar supuestos de cooperación entre el

Defensor del Pueblo y los Comisionados parlamentarios autonómicos pueda afectar negativamente, sino más bien al contrario, al deber de los poderes públicos de Cataluña de promover las condiciones y remover los obstáculos a la libertad e igualdad de ciudadanos y grupos sociales que contempla el art. 8 del EAC. (La cursiva es nuestra)

Permítasenos la extensa transcripción que acabamos de hacer. Hemos pretendido con ella dos cosas: en primer término avalar nuestra afirmación de que no existe una reserva constitucional para definir (de forma cerrada o abierta) las funciones del defensor del Pueblo y los demás Comisionados autonómicos; a nivel estatal opera una reserva de ley Orgánica y a nivel autonómico una simple reserva legal. El Tribunal Constitucional así lo admite expresamente consciente incluso de que esa ampliación de competencias podría comportar una interpretación extensiva del Estatuto.

Y, en segundo término anunciar, con el texto de estas Sentencias del Tribunal Constitucional una segunda cuestión delicada que mas adelante trataremos y que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía dejaron definida de manera clara al establecer las funciones del Defensor del Pueblo y los comisionados autonómicos: su ámbito subjetivo de actuación.

2. La inactividad de la Administración y el Defensor del Pueblo.

A. Introducción.

Una de las mas frecuentes infracciones del ordenamiento jurídico por parte de la Administración pública es la propia inactividad administrativa. Así se desprende no solo de un simple análisis de la realidad cotidiana sino de las propias memorias del Defensor del Pueblo. Valga por todos el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1983. En este y en sucesivos informes tanto del Defensor del Pueblo como de los Comisionados autonómicos se insiste en esta lacra recordando reiteradamente la obligación que la ley impone a la Administración de actuar en la consecución de los intereses generales.

Especialmente generalizadas son las críticas al abusivo uso de la técnica del silencio administrativo como técnica de terminación de los procedimientos. Los Informes insisten en este punto en la obligación de resolver que, en todo caso, recaer sobre la Administración y que la Administración, con mas frecuencia de lo tolerable incumple.

Como Nieto recuerda, la inactividad administrativa, lejos de ser una actividad administrativa exenta de control, debe ser sometida a un control, tanto en sede administrativa como jurisdiccional contencioso administrativa por cuanto conlleva una doble violación del ordenamiento jurídico. De una parte la posible vulneración de derechos que de la inactividad se derive. Y de otra la propia inactividad, en cuanto incumplimiento del deber de la administración de actuar supone un incumplimiento por si misma.

Las quejas presentadas al Defensor del Pueblo en este sentido son de muy diverso tipo. A título de ejemplo pueden citarse las siguientes:

- 1.- Quejas por la inejecución de sentencias
- 2.- Quejas por la inexistencia o no prestación de servicios esenciales

3.- Quejas por el deficiente funcionamiento de los servicios. En el Informe del Defensor del Pueblo de 1984 se afirma que en el bienio 1983-1984 solo una cuarta parte de las quejas recibidas concierne a violaciones, presuntas o reales de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 de la CE. y las tres cuartas partes restantes se refieren a la insatisfacción o quebranto de los derechos económico-sociales y culturales de los artículos 39 a 52 CE. Todo ello dice bien poco del cumplimiento de las exigencias del estado social de Derecho que nuestra Constitución preconiza.

4.- Quejas por imposibilidad de ejecutar las leyes por falta de ejercicio de la potestad reglamentaria para su desarrollo.

B. Facultades del defensor del Pueblo ante los supuestos de inactividad de la Administración.

Ante este catálogo de denuncias cabe preguntarse cuales son las posibles facultades y medidas a adoptar por parte del Defensor del Pueblo para atajar estas infracciones por omisión.

Siguiendo en este punto la exposición de Marcos Gómez Puente cabe decir que los poderes del Defensor ante esta inactividad son:

b.1). De investigación.

Señala en este sentido el artículo 9 de la LODP que: "1. El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier in-

investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el art. 103,1, de la Constitución y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título primero".

Y en el artículo 10 de la misma ley se indica que:

- " 1. Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna. No podrán constituir impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o Poder público.
2. Los Diputados y Senadores individualmente, las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas y, principalmente, las comisiones de relación con el Defensor del Pueblo constituidas en las Cámaras, podrán solicitar mediante escrito motivado la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias".

Y en el artículo 25.3 de la LODP se indica que: El Fiscal General del Estado *pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.*

Estos preceptos deben ser interpretados de forma no restrictiva, como señala Gómez Puente, de forma que no se excluya de esa labor de investigación ("en relación con los ciudadanos") las cuestiones estrictamente organizativas. De no hacerlo así se estaría incluyendo nuevamente lo orgánico en lo "no jurídico" olvidando las repercusiones jurídicas que se derivan del ejercicio de la potestad organizatoria y de la actividad organizativa.

Del mismo modo debe preconizarse un concepto amplio de legitimación (acción popular) frente a lo que pareciera deducirse de las exigencias formales del artículo 10.1 de la LODP ("que invoque un interés legítimo").

Finalmente y en relación con la exigencia del artículo 23 de la LODP que obliga al Ministerio Fiscal a poner en conocimiento del Defensor del Pueblo las irregularidades administrativas de las que tuviera conocimiento en el ejer-

cicio de su función hay que convenir con Gómez Puente en que una cosa es la conveniencia de respetar las competencias sobre el ejercicio de la función jurisdiccional que al Poder judicial competen y sobre las que carece de atribuciones el Defensor del Pueblo y otra muy distinta es la supervisión del aparato administrativo para el funcionamiento de la justicia. Este complejo orgánico al servicio de la justicia no es sino un sector de la Administración que desempeña una función instrumental inmediata e imprescindible para el efectivo respeto del principio de tutela judicial efectiva. Sobre esta actividad administrativa instrumental puede y debe ejercer el Defensor del Pueblo sus facultades de supervisión. Es por ello criticable un precepto del tenor del artículo 13 de la LODP que establece que "cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien de traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema.

Insistimos, si una resolución judicial vulnera un Derecho fundamental, el Defensor del Pueblo puede interponer el pertinente recurso de amparo, pero si lo que se vulnera es un derecho fundamental (el derecho a la tutela judicial efectiva) estamos ante un defectuoso funcionamiento de la Administración *para* la justicia, y entonces el Defensor puede y debe, sin necesidad de hacerlo a través del Ministerio fiscal ejercer sus facultades de supervisión de la actividad administrativa.

En todos estos casos anteriormente expuestos la inactividad de la Administración puede ser combatida por el Defensor mediante sus facultades de inspección e investigación sobre la actividad de la Administración.

Establecen así los artículos 18.2 y 24 de la LODP lo siguiente:

Artículo 18. 1. Admitida la queja el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma. En todo caso dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que por su Jefe, en el plazo máximo de quince días, se remita informe escrito. Tal plazo será ampliable cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo.

2. La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada por el

Defensor del Pueblo, como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales.

Artículo 24.1. La persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier Organismo, funcionarios, directivo o persona al servicio de la Administración pública podrá ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual.

2. El funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo mediante la negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicite, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación, incurrirá en el delito de desobediencia. El Defensor del Pueblo dará traslado de los antecedentes precisos al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas.

Quizá las posibilidades que ofrecen estos preceptos no sean suficientes. Quizá fuera deseable que el propio Defensor del Pueblo pusiera en marcha, de oficio los mecanismos para exigir las responsabilidades administrativas correspondientes en sustitución de la iniciativa de los propios particulares en los que ha cundido un cierto "victimismo" y un espíritu de fatalidad ante la inactividad y la pasividad de la Administración en la gestión de los intereses generales.

Tal posibilidad ni la consideramos viable, dada la actual estructura de las Oficinas del Defensor del Pueblo y los Comisionados autonómicos, ni la consideramos oportuna. Frente a la inactividad no debe actuar el Defensor del Pueblo mas allá de como debe hacerlo frente a toda actividad administrativa con la que se conculquen derechos fundamentales. No es la intervención del defensor lo que va a hacer cambiar esta lacra de nuestra Administración sino la suma de varios factores (entre los que sí puede y debe encontrarse la función investigadora y de denuncia del Defensor). Una toma de conciencia ciudadana de que hoy la ley (Artc. 18.g de la LBRL) reconoce a los vecinos el derecho" a exigir la prestación y en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio"; de que en algunos sectores importantes de la actividad administrativa (urbanismo, medio ambiente) se reconoce una legitimación popular; de que la ley reconoce una responsabilidad de los funcionarios por la indebida tramitación de los procedimientos (si bien es cierto que es esta una rara especie en la práctica), es, probablemente el mejor camino para combatir la inactividad de la Administración.

b.2) Publicación de los resultados de su labor investigadora,

Elemento este también disuasorio de comportamientos pasivos por parte de las autoridades administrativas (Informes ordinarios y extraordinarios).

b.3) La formulación de sugerencias, advertencias, recordatorios de deberes legales o solicitud de ejercicio de potestades administrativas recogidas, principalmente en los artículos 28 y 30 de la LODP.:

Artículo 28. 1. El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos.

2. Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

3. Si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción.

Artículo 30.1. El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en término no superior al de un mes.

2. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o éste no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

b.4) Legitimación procesal:

1.- para interponer el recurso de amparo. El Defensor según el artículo 29 de la LODP está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Coincido con Martín Rebollo, Carro Fernández Valmayor o Gómez Puente en la opinión de que esta posibilidad lleva implícita la de accionar en la vía judicial previa de preceptivo agotamiento antes de la interposición del recurso de amparo.

2.- Ejercer acciones de responsabilidad contra autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 26 de la LODP en relación con los artículos 145 y 146 de la LPAC.) Entiendo que pese a los problemas interpretativos que estos preceptos plantean, el artículo 26 de la LODP puede ser la norma de cobertura para la exigencia directa a los funcionarios por parte del Defensor del Pueblo de esta responsabilidad que debe exigirse, según lo previsto en la legislación correspondiente". La cuestión, con todo, no es clara y, personalmente, considero desaconsejable, reitero, este tipo de iniciativas por parte tanto del Defensor del Pueblo como de los Comisionados autonómicos.

b.5) Breve referencia al tratamiento en el Derecho italiano de los supuestos de inactividad administrativa.

Para terminar este punto me parece útil una referencia al Derecho comparado; especialmente al caso italiano. El Defensor Cívico tiene en Italia un origen regional. Los Estatutos de las regiones de Liguria, Toscana y Lazio contemplaron la institución del Defensor Cívico, desarrollándola mediante leyes regionales a mediados de los años 70 y posteriormente extendiéndola a la generalidad de las regiones italianas -salvo la de Abruzzo, Molise y Sicilia-.

En el clima cultural administrativo de los años 70, la figura del Defensor cívico fue inicialmente interpretada en clave participativa, situándose en los Estatutos de la regiones de la Liguria y del Lazio en el capítulo dedicado a la participación popular. Todo ello sin perjuicio de su calificación como órgano de control de la Administración u órgano de tutela del ciudadano.

Junto a ello es pacífica la consideración del Defensor cívico como "magistratura de persuasión y de mediación"; una institución dotada de notables poderes de instrucción e investigación pero desprovista de poderes coactivos en la fase decisoria.

Objeto de la intervención del defensor cívico son todos los retrasos, las omisiones, las irregularidades procedimentales, es decir los fenómenos de mala administración, especialmente los que sin violentar normas, derechos subjetivos o de intereses legítimos, lesionan intereses simples o difusos.

Se aprecia un aumento de demandas de ciudadanos pertenecientes a las capas económicamente más débiles de la sociedad. Esta institución cubre un espacio de tutela que ningún otro órgano está en situación de cubrir especialmente, repetimos, en el ámbito de los intereses difusos, los derechos sociales: derecho a la vivienda, a la salud, al medio ambiente y muy especialmente en los casos de particulares categorías de ciudadanos (minusválidos enfermos etc.).

En cuanto a las facultades del Defensor cívico frente a la inactividad administrativa, este ni puede modificar o anular un acto ya eficaz, ni tampoco puede imponer a la Administración la producción de un acto. Sin embargo, si puede, estando en tramitación un procedimiento y mediante el examen conjunto del expediente con el funcionario responsable, intentar al menos hacer valer los intereses y las razones del particular, desplegando una útil función de colaboración y de mediación entre el ciudadano y la Administración.

La intervención intraprocedimental que supone el examen conjunto tiene una relevancia notable sobre todo si se asocia a la facultad del Defensor cívico de fijar un plazo máximo para la emanación del acto y de señalar a los órganos competentes del eventual ulterior incumplimiento para activar el procedimiento disciplinario. El Defensor cívico, sin embargo, ha hecho raramente uso de este poder prefiriendo por lo general usar los instrumentos de persuasión y de colaboración. Según una tradición consolidada el Defensor cívico no dispone de poderes coercitivos y no puede sustituir a la Administración pública; actúa como una "magistratura de persuasión". Ningún ordenamiento atribuye al Defensor cívico el poder de anular actos de la Administración. Para M. SICA es inútil discutir de los poderes de Defensor cívico, proponiendo extenderlos o de atribuirle carácter coercitivo, si no se resuelve el problema de fondo, esto es la posición de la Administración pública frente a las propuestas del Defensor cívico. El problema de los remedios no puede ser afrontado aisladamente, pues está estrechamente ligado a la configuración de la relación que media entre el Defensor cívico y la Administración.

Con todo la legislación regional italiana presenta alternativas para combatir la inactividad Administrativa. Así, en el caso de silencio o inactividad, el Defensor cívico puede establecer un plazo dentro del cual la Administración esta obligada a concluir el procedimiento.

La Ley de la Campania, por ejemplo, contiene una previsión para los casos de omisión del acto debido: si el Defensor cívico afirma que el acto reclamado por el cual ha sido solicitada su intervención, se ha omitido ilegítimamente, tiene la obligación de pedir al Presidente de la Junta Regional (Consejo de Gobierno) la designación de un comisario "ad acta" para la adopción del acto omitido. Se ha señalado que esta prescripción tiene un valor más aparente que real porque el presidente de la Junta podría no dar cumplimiento a la petición del Defensor cívico sin que de esta conducta pueda derivarse ninguna consecuencia, salvo en términos de "responsabilidad política" en sus relaciones con el Consejo Regional (Parlamento)

La Ley de Lombardía asimismo establece que el Defensor cívico puede pedir al Consejo Regional que invite a los órganos competentes a la sustitución en el cumplimiento de actos singulares de los funcionarios cuya actuación haya dado lugar a la intervención del Defensor cívico. La doctrina destaca que, según el tenor literal de la ley, la posibilidad de sustitución no se restringe a los casos de silencio -como en la Ley de Cerdeña-, pero se limita a los funcionarios, lo que significaría la exclusión de los órganos políticos de su ámbito de aplicación, algo que no ocurre en otros ordenamientos -caso de Inglaterra-, lo cual debería tenerse en cuenta en caso de reforma.

En este tema, en general, de la "mala administración" la legislación regional contempla sólo algunas de las posibles medidas que el Defensor cívico puede adoptar. M.SICA sintetiza las posibles medidas a adoptar en estos casos en las siguientes:

- a) Solicitar la reapertura del procedimiento, lo que puede conducir a la anulación de la resolución o a la adopción de otra medida distinta a la adoptada.
- b) Establecimiento de formas de indemnización en favor de los sujetos dañados por estos actos o comportamientos de la Administración pública. No se trata de introducir una previsión de carácter resarcitorio, como de seguir las experiencias de otros ordenamientos en los que ha tenido una amplia aplicación la imposición del pago de una suma de dinero sobre la base de una transacción "ex gratia", a consecuencia de la cual, y a pesar del pago de la indemnización, la Administración pública "no acepta responsabilidad legal alguna".
- c) Finalmente y mediante la publicidad de la actividad del Defensor cívico, se podría pensar también en relación con las particularidades de casos sin-

gulares, en declaraciones o manifestaciones de reconocimiento de la ilegalidad.

La legislación regional prevé también algunos remedios asimilables a medidas coercitivas. Así el Defensor cívico puede iniciar o pedir la incoacción de un procedimiento disciplinario, y denunciar hechos a los tribunales y a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas. En relación con la iniciación de procedimientos disciplinarios, generalmente se prevé que el Defensor cívico pueda solicitar la apertura del procedimiento cuando el funcionario con su comportamiento obstaculice la intervención del propio Defensor cívico. Sólo algunas leyes prevén que la solicitud de apertura del expediente pueda ser formulada en el caso de que el funcionario no adopte el acto debido. En el caso de inercia de órganos políticos, sería preciso prever que el Defensor cívico pueda dirigirse a los órganos competentes para hacer valer la responsabilidad política.

En lo que concierne a la apertura del procedimiento disciplinario puede valorarse la posibilidad de atribuir directamente al Defensor cívico la competencia para promoverlo. En tal sentido se orientan la mayoría de las Leyes o proyectos de reforma. Si se atribuye simplemente el poder de proponer la apertura del procedimiento disciplinario, la autoridad competente deberá pronunciarse dentro de un plazo determinado por la Ley regional mediante un acto expreso y motivado a comunicar al Defensor cívico. M.SICA propone diferenciar dos supuestos: el Defensor cívico podría iniciar directamente el procedimiento disciplinario cuando el ilícito esté conectado a su intervención, y en los otros casos debería limitarse a proponer la apertura del procedimiento.

3. Acerca de la determinación del ámbito subjetivo de actuación del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Autonómicos.

Fijar ese ámbito subjetivo de actuación supone determinar qué concepto de Administración pública maneja la CE y los Estatutos cuando confían al Defensor del Pueblo y a los comisionados autonómicos la supervisión de la actividad de la Administración pública.

Sin pretender terciar en polémicas doctrinales hay que valorar positivamente en este punto las distintas leyes autonómicas que definen a estos efectos el concepto de Administración superando una concepción subjetiva y pura acogiendo un concepto material de Administración pública en el que se incluyen la Administración territorial autonómica respectiva, la Administración institucional, el sector empresarial público dependiente o tutelado por estas

administraciones, los servicios públicos en régimen de concesión y las materias que sean objeto de transferencia o delegación al amparo de lo que dispone el artículo 150 CE. En este sentido puede examinarse, a título de ejemplo, el artículo 15 de la ley 3/94 de 18 de julio para la modificación de la Ley 6/84 de 5 de junio del Valedor del Pueblo gallego.

Discutida y discutible es la posibilidad de someter al control del Defensor del Pueblo y Comisionados autonómicos la actividad de la Administración sujeta al derecho privado. En la Exposición de Motivos de la ley de creación del Ararteko, por ejemplo, se afirma que no toda actividad administrativa sujeta al derecho privado puede ser objeto de supervisión sino que esta debe circunscribirse a los supuestos en que esté implicado el ejercicio de potestades administrativas por vía de delegación y aquellas actividades que sean inmediatamente conexas con la prestación de servicios públicos. No es posible analizar este tema aquí mas en extenso pero nunca es ocioso recordar la, a nuestro juicio, ineludible necesidad de frenar el descontrolado proceso de huida del derecho administrativo que nuestro país vive y la ineludible necesidad de volver a un concepto material de la Administración pública que reclama gran parte de la doctrina y gran parte del acervo del Derecho comunitario europeo. Ello supone, a nuestro juicio superar inconvenientes dogmáticos y formales y someter a Derecho, por todos los medios posibles -también a través del defensor del Pueblo-, a la actividad administrativa sujeta al derecho privado. Quedarían en todo caso sujetos aquellos aspectos administrativos de la actividad administrativa sujetos al Derecho privado como pueden ser los actos preparatorios de los contratos de la Administración y en general cuantos aspectos de la actividad privada de la administración estén, por ley, sujetos al Derecho administrativo.

Implícita en cuanto antecede está nuestra opinión de que, en cualquier caso la función de supervisión o cualquiera otra función que materialmente pudiera asumir el Defensor del Pueblo y los Comisionados autonómicos debe ir referida a la Administración pública, tanto si esta se encuentra presente subjetivamente como si se trata de la Administración pública en sentido material, entendido esta en su mas amplia acepción. No procede, a nuestro juicio, ejercer estas funciones en relaciones inter privados. Las función que constitucional y estatutariamente se atribuyen al Defensor del Pueblo y a los Comisionados autonómicos es la defensa de los derechos fundamentales pero en cuanto puedan verse afectados por una actuación de la Administración pública. Este es el marco indisponible de la Institución si no quiere desvirtuarse su naturaleza. No cabe en este sentido, a modo de ejemplo, considerar dentro del catálogo de funciones a asumir por el Defensor del Pueblo labores de mediación

en conflictos sociales salvo que estos conflictos surjan como consecuencia de una actuación u omisión administrativa en el marco de su actividad gestora de los servicios públicos o en el ámbito de su labor de intervención económica.

Una cuestión delicada, formalmente no resuelta, es la sujeción, o no, a la fiscalización del Defensor del Pueblo y especialmente a la fiscalización de los Comisionados autonómicos de la actividad de los Entes locales.

Ni la Constitución ni los diferentes Estatutos de Autonomía consagran expresamente tal posibilidad. Tampoco la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo contiene previsión específica al respecto y lo mismo puede decirse de la mayor parte de las leyes autonómicas que regulan los diferentes Comisionados autonómicos, salvedad hecha de algunas como puede ser la ley de 7 de febrero de 1985 del Diputado del Común de Canarias que en sus artículos 15 y 16 amplía el ámbito subjetivo de control del Diputado del Común a la Administración local.

La cuestión ha sido, a nuestro juicio, solo tangencialmente resuelta en la ley de 6 de noviembre de 1985 reguladora de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares previstas en los correspondientes Estatutos de Autonomía. En el artículo segundo de esta disposición se establece que:

“ Artículo 2. Régimen de colaboración y coordinación de las instituciones.

1. La protección de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y la supervisión, a estos efectos, de la actividad de la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de las Administraciones de los Entes Locales, cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquélla, se podrá realizar, de oficio o a instancia de parte, por el Defensor del Pueblo y el Comisionado parlamentario autonómico en régimen de cooperación, según lo establecido en el apartado segundo de este artículo, en todo aquello que afecte a materias sobre las cuales se atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma en la Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía y sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

2. A fin de desarrollar y concretar adecuadamente la colaboración y coordinación entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados parlamentarios autonómicos, se concertarán entre ellos acuerdos sobre los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas objeto de supervisión, los

supuestos de actuación de los Comisionados parlamentarios, las facultades que puedan ejercitar, el procedimiento de comunicación entre el Defensor del Pueblo y cada uno de dichos Comisionados parlamentarios, y la duración de los propios acuerdos.”

La constitucionalidad de esta ley ha sido ratificada por STC. de 15-9-1988, núm. 157/1988. recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 153/1986.

En resumen, solo las competencias sobre Régimen local que las Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía y sólo las competencias delegadas o transferidas a los Entes locales por parte de las Comunidades autónomas son susceptibles de ser objeto de supervisión y control por parte de los Comisionados autonómicos y, a la vez, objeto de coordinación entre el Defensor del Pueblo estatal y los diferentes Comisionados autonómicos.

La praxis en este punto no es esta. Basta consultar la memoria de los diferentes Defensores autonómicos para comprobar que estos ejercitan sus facultades de supervisión y control sobre los Entes locales no solo sobre competencias transferidas o delegadas sino, también, sobre competencias propias, sobre las escasas competencias propias municipales que la ley de Bases de Régimen local reconoce a los entes locales y que pueden identificarse con los servicios municipales obligatorios.

Esta fiscalización: ¿supone una praxis “preter legem” o, por el contrario, existe para ello una cobertura legal específica?

La cuestión que abordamos creo puede resolverse por vía analógica, utilizando los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para enjuiciar una cuestión similar: las facultades de fiscalización contable por parte de los órganos autonómicos similares al Tribunal de Cuentas (en nuestra Comunidad Autónoma andaluza la Cámara de Cuentas de Andalucía) sobre los Entes locales.

La cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional en varias Sentencias. Cítese a título de ejemplo la STC 187/88 de 17 de octubre y la 18/91 de 31 de enero. En estas Sentencias el Tribunal Constitucional admitía la posibilidad de un control por parte de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña y del Consejo de Cuentas de Galicia sobre las entidades locales. Por lo que a Andalucía respecta el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno de la Nación interpuso asimismo recurso de inconstitucionalidad

contra la ley 1/88 de 17 de marzo del Parlamento de Andalucía reguladora de la Cámara de Cuentas de Andalucía. El Tribunal constitucional, por Auto de 22 de noviembre de 1988 denegó la suspensión de la disposición recurrida reiterando los fundamentos expuestos en anteriores resoluciones en el sentido de que "no puede considerarse contrario a la Constitución que una Comunidad Autónoma atribuya a un órgano de dicha Comunidad una actividad de control sobre la actividad financiera de las Corporaciones locales.." y que la "competencia de estos órganos autonómicos no excluye ni es incompatible con la que al Tribunal de Cuentas pueda corresponder..." ya que "ambos controles pueden coexistir sin superponerse". El recurso que comentamos no alcanzó, a la vista de estos antecedentes su fase de Sentencia desisténdose el Abogado del Estado, desistimiento que aceptó el Tribunal mediante Auto de 21 de marzo de 1991.

Del examen de estas Resoluciones se puede extraer una clara doctrina, al menos a nuestro juicio. La CE al instaurar la figura del Defensor del Pueblo y prever la posible instauración de similares figuras en las Comunidades Autónomas ha pretendido instaurar un control de la actividad administrativa de naturaleza constitucional, un control externo de constitucionalidad, en la medida en que es el Bloque de la Constitucionalidad la base de ese control. Una "garantía orgánica" (como la califica Javier Pérez Royo) de protección de los derechos fundamentales en la medida en que puedan estar afectados estos derechos por la actividad administrativa. De ese control no excluye la CE ninguna actividad de la Administración, ni la central, ni la institucional ni la autonómica ni la local.

Salvando las diferencias funcionales y estructurales entre un órgano como la Cámara de Cuentas de Andalucía y el Defensor del Pueblo consideramos que los razonamientos del Tribunal Constitucional en las resoluciones citadas son aplicables por analogía para resolver sobre la conformidad a Derecho de un control por parte de los Comisionados autonómicos sobre la actividad de los entes locales. A nuestro juicio ese control ni excluye ni es incompatible con cualquier otro tipo de control que ejerza, bien el Defensor del Pueblo estatal bien cualquier otro órgano autonómico de fiscalización. Todos estos controles pueden coexistir sin superponerse.

Por otra parte, siempre a nuestro modo de ver, un control como el que está llamado a ejercer el Defensor del Pueblo y los Comisionados Autonómicos en modo alguno interfiere, lesiona o menoscaba la autonomía local constitucionalmente garantizada. Ni el contenido organizativo, ni el contenido competencial, ni el contenido jurisdiccional o financiero de la autonomía lo

cal pueden resentirse por someter la actividad local a un control constitucionalizado de la actividad administrativa encaminado a la protección de los Derechos fundamentales. Partiendo, obviamente, de respetar el sistema constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma sobre el régimen local cuyo carácter bifronte ya nadie discute, la cuestión se limita a determinar cuando se esta en presencia de competencias estatales sobre Régimen local o competencias transferidas o delegadas por el Estado a los entes locales y cuando ante competencias de idéntico sentido de las Comunidades Autónomas.

La dificultad, al menos formal, surge, desde nuestro punto de vista, en relación con las competencias propias de los entes locales (que personalmente entiendo deben circunscribirse a los llamados servicios municipales mínimos). En relación con estas competencias es nuestro punto de vista que, al margen de que tampoco estamos aquí ante competencias exclusivas en el sentido propio del término, hay una habilitación genérica en la propia Constitución para someter a ese control constitucional esas competencias municipales obligatorias al encomendar al Defensor del Pueblo el control de la actividad administrativa sin hacer acepción de la competencia de cada Administración sobre cada concreto ámbito material o territorial de la actividad administrativa.

Parecería conveniente en cualquier caso que un control de estas características se hubiera previsto, cosa que no se ha hecho, en la legislación estatal básica sobre Régimen local.

Ya que esto no ha sucedido, como decimos, sí parece conveniente que esa previsión genérica - y a nuestro juicio suficiente - del Texto Constitucional se recogiera, al menos en una reforma de la Ley Autonómica reguladora del Defensor del Pueblo de Andalucía al modo, por ejemplo, en que lo ha hecho la Ley Canaria reguladora del Diputado del Común que ya hemos mencionado.

Lo contrario sería admitir que la actividad administrativa mas cercana al ciudadano, la Administración mas visceralmente cotidiana y la Administración mas liberada últimamente de un control administrativo en vía de recurso quede exenta de un control independiente de constitucionalidad para la defensa de los derechos fundamentales. Nada hay, y mucho menos la lógica, que permita una conclusión de estas características. Volveremos en cualquier caso - sentadas ya estas conclusiones - más adelante sobre esta cuestión al examinar la viabilidad de un arbitraje administrativo a través del Defensor del Pueblo y de los Diputados autonómicos.

A. Breve referencia al tratamiento en el derecho italiano de las facultades de fiscalización de los entes locales por parte del Defensor Cívico.

En el derecho italiano la doctrina estima que, desde el punto de vista de las competencias del Defensor cívico los poderes hoy atribuidos son, con pequeños retoques suficientes para desarrollar sus competencias. El principal problema estaría en el Derecho italiano en la delimitación de los entes sujetos a la labor fiscalizadora del Defensor cívico. La legislación regional ha extendido en este punto progresivamente el ámbito de actuación del Defensor incrementando y redefiniendo los sujetos enmarcados en la Administración regional -entes delegatarios, entes y empresas públicas con participación de capital regional, entes sujetos a la vigilancia y control regional, como las unidades sanitarias locales-.

Quedan, sin embargo, aún demasiados sujetos excluidos de la intervención del defensor cívico, sobre todo si se tiene presente la limitación de las competencias ejecutivas de la Administración regional, que cuenta con funciones prevalentemente normativas, de planificación y de coordinación.

A pesar de esta limitación, en la praxis, el defensor cívico suelen acoger todas las quejas de los ciudadanos incluso frente a la Administración estatal y local.

Con objeto de legitimar estas praxis, la Región de Liguria modificó en 1986 su Ley contemplando la posibilidad de suscribir convenios con los Municipios y Provincias, para extender a éstos la intervención del Defensor cívico regional.

Frente a esta tendencia la Ley estatal 142/1990, sobre el ordenamiento de las autonomías locales, establece -art. 8-, dentro del capítulo dedicado a las instituciones de participación, que "Los Estatutos locales pueden contemplar la institución del Defensor cívico, el cual "desarrolla un papel de garante de la imparcialidad y del "buon andamento" de la Administración municipal y provincial, indicando, también a iniciativa propia, los abusos, las disfunciones, las carencias y los retrasos de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. El Estatuto ordenará la elección, las prerrogativas y los medios del defensor cívico así como sus relaciones con el Consejo (asimilable al Pleno) municipal o provincial".

Como Perazelli advierte, este precepto puede causar una inoportuna y excesiva proliferación de defensores cívicos, que generan confusión en el ciuda-

dano y cargas financieras no desdeñables, además de la dificultad de diferenciar ámbitos propios para cada institución. Con ello se puede vaciar el papel del Defensor regional, dadas las limitadas competencias ejecutivas de la Administración regional. Lo cierto es que varios años después de aprobarse la Ley 142/1990 son pocas las Entidades Locales que han creado su propio Defensor cívico.

Las leyes regionales pueden conferir al Defensor cívico la facultad de intervenir en las actuaciones de los entes locales en el caso de delegación de funciones regionales -art. 118 Constitución-, lo que evitaría que el desarrollo de estas fórmulas de delegación significara una disminución de las garantías del administrado. Es evidente que cuando la ilegalidad o disfunción administrativa depende del ente delegante -falta de financiación, normativa imprecisa...- es inútil intervenir sobre el ente delegado, pues no está en posición de resolver el problema, sino que deberá intervenir a nivel regional para encontrar una solución al problema que se ha manifestado a nivel local. Por ello es conveniente que en este tipo de actuaciones sean implicados todos los interlocutores, para valorar mejor la responsabilidad de cada cual. En lo que se refiere a los remedios, el defensor cívico puede instar a la Administración regional a hacer valer las potestades que se reserva, tales como el ejercicio de los poderes de sustitución, la emisión de directrices o, en los casos más graves, la propuesta de revocación de la delegación en lo que se refiere a la concreta entidad de que se trate.

III. SOBRE LOS MEDIOS ESPECIALES DE TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA TERMINACION CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO. LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE. LA VIABILIDAD DE UNA INTERVENCION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESTOS MEDIOS DE TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO.

1. Consideraciones previas.

El progresivo intervencionismo administrativo y los nuevos postulados de participación ciudadana en la gestión pública se traducen hoy en un progresivo aumento de las formas concertadas de gestión de la actividad administrativa. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo Común prevé, generaliza y da tratamiento a un fenómeno antiguo, y del que nuestro Derecho ha conocido diversas manifestaciones, de solución pactada de discrepancias entre la Administración y los administrados o de formas concertadas de gestión de los servicios y competencias administrativas.

Por otra parte, la progresiva degradación de la Administración de Justicia en nuestro país es un hecho que no precisa ya de la estadística para ser admitido. El principio de tutela judicial efectiva y con él las propias bases del Estado de Derecho están hoy en tela de juicio en nuestro Derecho ante un sistema de Administración de Justicia cuya lentitud e ineficacia vulnera los mas elementales derechos de los ciudadanos además de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La jurisdicción contencioso administrativa en la que me honro de haber trabajado durante tres años no es una excepción a esta crítica. No es ajeno a esta situación, por lo que a esta jurisdicción contencioso-administrativa respecta, la tardanza en la puesta en marcha de las previsiones de la Ley Orgánica del poder Judicial respecto a la creación de los Juzgados unipersonales de lo Contencioso administrativo; quizá la, hoy ya resuelta supresión de la vía administrativa de recurso en las Entidades local o, quizá, la suma compleja de estos y otros muchos factores. El resultado en cualquier caso de todo este proceso es una clara desconfianza del ciudadano en su Administración de Justicia y la frecuente búsqueda de soluciones alternativas, extrajudiciales, de solución de conflictos acudiendo a medios sustitutivos del recurso administrativo o contencioso-administrativo. A esta necesidad social profundamente sentida intenta también la LPAC dar respuesta estableciendo formas sustitutivas del recurso ordinario previendo expresamente la mediación la conciliación o el arbitraje.

Conviene examinar brevemente estas técnicas y mecanismos jurídicos tanto de terminación especial del procedimiento administrativo como de formulación de vías sustitutivas de los recursos frente a la actuación administrativa y precisar, si ello es posible, el eventual papel que el Defensor del Pueblo puede llevar a cabo en ellos.

2. Breve referencia a las formas extrajudiciales de solución de conflictos con la Administración en el derecho comparado.

Para un completo examen de este tema en el Derecho comparado consideramos de especial utilidad el volumen monográfico de " Les études du Conseil d'Etat " Régler autrement les conflits: conciliation transaction, arbitrage en matière administrative". La documentation Française. París 1993.

El Derecho comparado conoce y aplica diferentes formas de solución extrajudicial de conflictos, especialmente el arbitraje, la conciliación y la mediación.

A) El arbitraje.

En la mayoría de los países no hay restricciones a la posibilidad de que la Administración pública se someta a arbitraje. Excepciones son Bélgica, que adopta una radical postura contraria en base a la preferencia de la jurisdicción ordinaria o Grecia, que exige previo informe favorable de su Consejo de Jurisconsultos y del Ministro de Finanzas así como del Ministro competente en razón de la materia dado el carácter eminentemente sectorializado con que se admite esta figura.

En relación con la materia sujeta a arbitraje, las soluciones son distintas. Con carácter general se exige la disponibilidad sobre los derechos sujetos a la decisión arbitral. En algunos países se circunscribe la posibilidad de arbitraje a los supuestos en que la administración actúa sujeta al derecho privado y desprovista de prerrogativas (caso de Italia). Semejante solución es la que arbitra el derecho portugués donde es posible el arbitraje administrativo en aquellas materias en que una ley especial lo permite (así por ejemplo sucede en el ámbito de la contratación pública y de la responsabilidad civil derivada de un acto de gestión pública). En los Países Bajos es discutida la posibilidad del arbitraje en este mismo ámbito material, si bien, de hecho, se permite (en la práctica especialmente en el campo de la obra pública).

En Francia la posibilidad de someter a arbitraje los contratos de obras y suministros está prevista desde 1906. Para los contratos de las colectividades locales celebrados con colectividades extranjeras prevé esta misma posibilidad la ley de 6 de febrero de 1992. La propuesta del Grupo de Trabajo del Consejo de Estado sobre los modos alternativos de ordenar los conflictos propuso extender esta posibilidad, en general, a los contratos públicos, a determinados establecimientos públicos (la SNCF, la Poste France Télécom tenían ya tal posibilidad) y a los contratos de derecho privado celebrados por personas públicas.

La composición de los órganos arbitrales mantiene normalmente un carácter paritario buscando el equilibrio de las partes.

Alguna excepción importante (caso de Italia) permite una composición de los órganos arbitrales preferentemente administrativa lo que hace dudar del carácter realmente arbitral de estos órganos (Órganos arbitrales para la contratación pública previstos en los Pliegos Generales de condiciones).

En cuanto al procedimiento arbitral las reglas generales aplicables son las relativas al arbitraje civil si bien con algunas excepciones, en ciertos casos. En Italia y en el ámbito contractual no se puede recurrir al arbitraje sino tras la recepción definitiva de los trabajos. Las partes por lo demás fijan libremente las reglas de procedimiento a observar y, en ausencia de estas regirán dos principios fundamentales: la libre contradicción entre partes y la colegialidad de las decisiones arbitrales. El arbitraje es un arbitraje de Derecho.

En cuanto a la jurisdicción competente para revisar un pronunciamiento arbitral en el orden administrativo las soluciones son diversas. En Italia coherente con la reducción del arbitraje al ámbito de la actividad privada de la Administración a la que hemos hecho referencia, la jurisdicción competente es la ordinaria. En Alemania y Portugal es la jurisdicción administrativa la competente cuando el litigio es de esta naturaleza. En Portugal el Supremo Tribunal Administrativo ejerce un control que no es puramente formal sino que se extiende al contenido de la Sentencia en cuanto a su "justicia, legalidad e ilicitud"

B) La conciliación y la mediación.

La mayoría de los países europeos contemplan la conciliación y la mediación con un carácter facultativo. En Italia no obstante se intenta crear una conciliación obligatoria en el ámbito de la función pública donde los conflictos son muy numerosos. Alemania por su parte intenta crear un procedimiento de conciliación para los litigios relativos a las grandes obras públicas en razón al carácter complejo y la lentitud de los procesos.

No hay procedimientos específicos de conciliación y mediación y son el campo propio de trabajo, en la mayoría de los países de nuestro entorno, del Mediador o Defensor del Pueblo.

Algunos países incluyen la mediación en el seno de la propia estructura burocrática de la Administración. Así Quebec donde desde 1989 cada Ministerio u organismo público debe crear una Oficina de reclamaciones que procurará ayudar a la resolución de los conflictos. Estas oficinas coexisten, no sin cierta desconexión con un sistema de recursos administrativos previos y voluntarios (Alemania y Bélgica). La conciliación se configura, generalmente con carácter facultativo. Excepcionalmente pueden citarse supuestos obligatorios vgr. la demanda previa de indemnización dirigida a la Administración en Bélgica.

En Estados Unidos la Administrative Dispute Resolution Act de noviembre de 1990 establece una mediación no obligatoria en la que el grado de formalismo es decidido entre las partes y el mediador que, en algunos casos puede hasta imponer su decisión convirtiéndose de hecho la mediación en un arbitraje.

C) Especial referencia al Derecho de los Estados Unidos: la A.D.R.Act.

En los Estados Unidos una ley de noviembre de 1990 la Administrative Dispute resolution Act (en lo sucesivo ADR) ha venido a autorizar explícitamente a las Agencias federales americanas a hacer uso de medios alternativos de resolución de conflictos ante la, también en aquel país, ineficacia de la justicia administrativa americana.

En Estados Unidos no existe un sistema de justicia administrativa, una dualidad de jurisdicciones, pero cada vez con mayor insistencia se advierte que la atribución a la jurisdicción común de los litigios con la Administración lleva a resultados insatisfactorios.

Ante esta situación y desde primeros de siglo el Congreso ha habilitado a las Agencias no solo a adoptar normas reguladoras de los sectores asignados a su cargo sino también la posibilidad de sustituir al juez ordinario en la resolución de los conflictos que afecten a su competencia. Ello se lleva a cabo mediante "jueces administrativos" dependientes de las propias Agencias y cuyas decisiones solo quedan sujetas a la revalidación por la propia Agencia y a la decisión del juez ordinario para evitar los posibles abusos de poder por parte de la Agencia.

Este "contencioso-administrativo interno" diferente en todo al continental está hoy aquejado, sin embargo de los mismos problemas. La proliferación de contenciosos ante las Agencias ha hecho necesaria, por exigencias de la Ley de Procedimiento administrativo americana y de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, una regulación procedimental para defender los derechos de los ciudadanos.

Ante este estado de cosas la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos formuló unas observaciones que fueron el origen de la ADR. de 1990

Hemos hecho alguna referencia a la conciliación y mediación en la ADR. Respecto a la transacción se ha convertido en una práctica habitual entre las Agencias si bien los márgenes económicos en los que se mueve esta posible

transacción son bajos precisando autorización superior del Ministro de Justicia para elevar esas cuantías. Actualmente ha experimentado un importante incremento la transacción a través de un "mini proceso explícitamente autorizado por la ADR Act. Este mini proceso es un proceso sin juez en el que las partes a través de sus abogados exponen ante los responsables ejecutivos de la Agencias y empresas en conflicto sus argumentos y posibilidades de vencer en juicio. A la vista de ello cuestiones que tardarían meses en resolverse se resuelven, a veces en tres días tras una sesión ulterior al "mini trial" en el que las partes transigen.

En relación con el tema del arbitraje hay que decir que si bien ninguna ley prohíbe a las personas públicas en Estados Unidos recurrir al arbitraje y a los diferentes modos de composición amistosa de litigios se habían suscitado por el Interventor General de los Estados Unidos algunas objeciones sobre la constitucionalidad de esta posibilidad arbitral. La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos había recomendado la aprobación de una ley que autorizara y animara a todas las Agencias a recurrir a todos los modos de solución de conflictos incluido el arbitraje.

La ADR establece un principio básico cual es que una Agencia puede utilizar un modo alternativo de ordenar los litigios para resolver cualquier litigio administrativo si las partes están de acuerdo en ello.

No hay límite a la materia objeto del litigio. Preferentemente son materias objeto de estas soluciones alternativas de conflictos las relativas a la contratación administrativa y a la responsabilidad administrativa. La ADR recomienda sin embargo a las Agencias no recurrir a estos modos de ordenación de conflictos cuando:

- 1.- Las partes deseen obtener una decisión que cree jurisprudencia.
- 2.- Cuando la jurisprudencia anterior deba ser mantenida
- 3.- El litigio verse sobre decisiones de política gubernamental importantes.

El arbitraje, que es el sistema alternativo de solución de conflictos preferente para la ADR, ha recibido, especialmente por parte del Interventor General críticas parecidas al que recibe en Derecho francés. Por ello el Congreso ha introducido en la ADR una importante derogación de los principios esenciales del arbitraje: el arbitraje americano, al que está sometido un litigio administrativo normalmente de la competencia del Juez administrativo y de la

Agencia Federal, no supone una decisión definitiva que se impone a las partes. Esa decisión puede ser, durante un plazo de treinta días, anulada por el Director de la Agencia federal que es el dueño en última instancia de las decisiones que atañen a su Agencia.

La ADR autoriza expresamente el arbitraje en el ámbito contractual público y, dentro de un cierto montante económico, en el ámbito extracontractual.

3. Acerca de la terminación Convencional de los procedimientos.

Regulada en la LPAC constituye una figura que si bien, como hemos dicho, tiene claros precedentes (vgr. en el ámbito expropiatorio o de la gestión tributaria) se generaliza por la previsión de la LPAC. Establece el artículo 88 de esta Ley que:

"1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos."

El precepto plantea varios problemas en relación con su propio significado y alcance que conviene, si bien brevemente, apuntar.

El primer problema estriba en determinar el propio carácter del precepto.

El precepto literalmente se remite, para la determinación del alcance, efectos y régimen jurídico específico de los respectivos acuerdos pactos convenios o contratos finalizadores del procedimiento a la "disposición que lo regule". Ello parece indicar que el artículo 88 no es una norma de aplicación directa que permita de forma autónoma la intervención de mecanismos de terminación convencional del procedimiento, estando en todo caso necesitada de una norma, legal o reglamentaria que precise esos importantes extremos. Esta es, por ejemplo, la autorizada opinión de González Pérez.

En mi opinión esto no tiene que ser así necesariamente y en todo caso. Por el contrario entiendo que la LPCA puede considerarse norma suficiente de cobertura para habilitar una finalización convencional de un procedimiento en cuanto opera una remisión normativa a las distintas normas reguladoras de las distintas técnicas de terminación convencional que la propia LPAC menciona. Sería en este punto perfectamente viable, a mi juicio, proceder a una terminación convencional de un procedimiento partiendo del marco fijado por la LPAC, de un lado, y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o la Ley de Arbitraje de otro.

No es menos cierto sin embargo que se echa en falta una regulación mas pormenorizada de este precepto en la LPAC. Esta necesidad se hace mas patente si se considera el carácter de Común que debe reconocérsele al precepto. La regulación de la LPAC sobre este tema es realmente parca y esta necesitada, como gran parte de la LPAC de un desarrollo mas pormenorizado y de una reforma legislativa en profundidad.

En este ánimo de profundizar en el tratamiento que de la terminación convencional ofrece la LPAC parece necesario las conclusiones de la Reunión celebrada por un grupo de especialistas de Derecho administrativo el año bajo los auspicios del propio Ministerio para las Administraciones Públicas y organizadas por la Universidad de Sevilla.

En esta reunión y frente a la escueta regulación de la actual LPAC en sede de terminación convencional, los profesores encargados de la ponencia, profesores Parejo Alfonso, López Menudo y Pérez Moreno plantearon un tex-

to que fue objeto de debate entre los asistentes. Sería premioso y considero innecesario transcribir todas y cada una de las propuestas, tanto las presentadas por los ponentes como las que en el seno del debate se plantearon por los asistentes y muy especialmente por el profesor Delgado Piqueras. Cumplo, con esta referencia genérica, con la obligada cita de estas sesiones de trabajo que sirvieron de base a la reforma de la LPAC en el siguiente sentido:

1.- En primer lugar la terminación convencional se configuraría como un acuerdo concluido por la Administración pública al amparo de la libertad de pactos y dirigido en todo caso a satisfacer el interés público cuya gestión y defensa a esta Administración pública compete.

2.- Estos acuerdos podrán celebrarse tanto con personas de derecho público como de derecho privado.

3.- Sin perjuicio de las que complementariamente puedan establecer las disposiciones aplicables por razón de la materia, la celebración de pactos o convenios se regirá por las siguientes reglas:

a) Los acuerdos deberán establecer en todo caso como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia.

b) La iniciativa corresponderá a la Administración competente para resolver el procedimiento y a cualesquiera de los interesados en éste.

c) Todos los interesados tendrán derecho a participar en la determinación del ámbito subjetivo, carácter, objeto, contenido y vigencia del pacto o convenio. A tal efecto y como mínimo, deberá someterse el texto del posible pacto o convenio a trámite de audiencia o, en su caso, de información pública.

d) Estos acuerdos pueden tener por objeto la definición, con participación de los interesados, del interés público en el asunto objeto del procedimiento de que se trate y de los términos de su realización. Pueden celebrarse con alguna de las siguientes finalidades. a) La fijación del alcance y los términos del ejercicio o cumplimiento de derechos y obligaciones. b) La precisión de las condiciones de armonización de los intereses invocados por entidades públicas o personas privadas. c) La determinación del contenido de planes y programas y de los términos del desarrollo y la ejecución de éstos. d) La concreción y aplicación de directrices, valores, límites o estándares legales o re-

glamentarios. e) Cualesquiera otras que señalen las normas de pertinente aplicación en el procedimiento administrativo que sean de aplicación.

4.- En caso de conformidad entre el instructor y todos los interesados, la propuesta de terminación convencional se elevará, con lo actuado, al órgano competente para resolver, quien lo hará con libertad de criterio.

6.- El negocio contractual se entenderá perfeccionado cuando el órgano competente exprese su conformidad con la propuesta remitida y será vinculante para las partes. Deberá formalizarse por escrito, produciendo iguales efectos que la resolución del procedimiento. Los instrumentos de terminación convencional deberán publicarse conforme a lo previsto en el art. 60 de la LPAC. El órgano competente resolverá conforme al art. 89 de la misma ley cuando no estime procedente terminar el procedimiento de manera convencional.

Estos puntos que acabo de referir encierran, a mi juicio, lo sustancial de las distintas propuestas de reforma que en torno a la terminación convencional del procedimiento se formularon en las sesiones de trabajo a las que hemos aludido, con las que personalmente coincido y que han sido parcialmente acogidas por la ley 4/99 (1).

González Pérez, por su parte comentando el artículo 88 LPAC indica que hay tres modalidades de terminación convencional en el precepto.

a) En primer término los "acuerdos, pactos convenios o contratos" pueden "tener la consideración de finalizadores del procedimiento administrativo". (Artc 88,1)

Estamos en estos casos ante una acto que termina el procedimiento al que se llega por acuerdo inter-partes. Ejemplo de estos acuerdos pueden ser los acuerdos sobre fijación de justiprecio previstos en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

b) Pueden, en segundo término los referidos acuerdos, pactos, convenios o contratos "insertarse en el procedimiento con carácter previo y vinculante a la resolución que les ponga fin". (Artc. 88,1 "in fine" LPAC.)

(1). El artículo 88 de la LPAC en la redacción dada por la Ley 4/1999, recoge en gran parte estas propuestas.

Nos encontramos entonces ante un acuerdo entre las partes que fija con carácter vinculante los criterios y datos que deben ser tenidos en cuenta por el órgano con competencia resolutoria a la hora de dictar la resolución correspondiente. González Pérez cita como ejemplo en nuestra práctica administrativa cotidiana los conciertos fiscales para la estimación objetiva de las bases.

c) Y, finalmente, los reiterados acuerdos, pactos, convenios o contratos pueden insertarse en el procedimiento con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin". Nos encontraríamos entonces ante un acuerdo entre las partes que constituiría un simple trámite, un antecedente, vinculante o no, para el acto final resolutorio. En este sentido pudiera considerarse la oferta de condiciones que el artículo 67 de la ley de Costas prevé efectúe la Administración a los peticionarios de concesiones sobre el dominio público marítimo terrestre antes de la concesión, oferta administrativa que es previa y necesaria aunque no vinculante.

A la vista de estas diferentes modalidades que presenta la terminación convencional del procedimiento procede indagar cual puede ser la intervención en ella del Defensor del Pueblo.

4. La posible intervención del Defensor del Pueblo en la terminación convencional del procedimiento.

A. Viabilidad de una mediación del Defensor del Pueblo.

A nuestro juicio la intervención del Defensor del Pueblo en la terminación convencional del procedimiento es improcedente, al menos en el supuesto de terminación convencional stricto sensu, esto es en los supuestos en que la decisión interpartes produce la resolución final y última el procedimiento. En estos casos son las partes las que deben decidir autónomamente sobre ese contenido final de la resolución. Si bien pudiera ser pensable en este punto una delegación o representación por parte de los particulares en terceras personas no nos parece que del mismo modo pueda proceder la Administración pública delegando en el Defensor del Pueblo la decisión final sobre una competencia que le compete para que el Defensor negocie con los particulares el modo de ejercicio de esa competencia y la resolución final del procedimiento. Tal "delegación" tal "encargo" no encuentra cobertura en este precepto de la LPAC.

Si es posible sin embargo, (y considero que esta puede ser la utilidad del precepto respecto a la cuestión que nos ocupa), considerar que el precepto

que comentamos de cobertura a una posible mediación del Defensor del Pueblo que integrándose en el procedimiento coadyuve a la formación de la resolución final del procedimiento que las partes van a formular de mutuo acuerdo.

Estaríamos en este caso ante una habilitación legal, de forma genérica, en el artículo 107 de la LPAC, de una función de mediación que el Defensor del Pueblo puede asumir llevando a cabo cuantas actuaciones de avenencia fueran precisas para llegar a un resultado final que las partes pactan de mutuo acuerdo.

Tal posibilidad está, al menos a nuestro juicio, solamente prevista en el artículo 23 de la ley 1/93 del Parlamento de las Islas Baleares reguladora del Síndic de Greuges. Establece este precepto que:

“ Art. 23. Actuaciones de avenencia.

1. El Síndic de Greuges puede proponer a los organismos y autoridades afectados, en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas.
2. Si en la investigación de una queja o de un expediente cree que la aplicación de las disposiciones normativas conduce a un resultado injusto o perjudicial, podrá recomendar o sugerir a la institución, al departamento o a la entidad competentes las medidas o los criterios que considera adecuados para remediarlo o las modificaciones que le parece oportuno introducir en los textos normativos.

Estas propuestas, estas fórmulas de conciliación o de acuerdo, pueden ser no solo un cauce para resolver las quejas de los administrados una vez concluso el procedimiento sino también una vía para resolver, de forma convencional, el expediente en el que surge la desavenencia entre la Administración y el particular antes de que la administración, unilateral y ejecutoriamente, resuelva.

No solo no hay objeción desde el punto de vista jurídico a esta posibilidad sino que la misma abre unas nuevas perspectivas en la labor cotidiana del Defensor del Pueblo a la vez que carga también sobre sus espaldas un nuevo trabajo, obviamente.

Decimos que no hay obstáculo, desde el punto de vista jurídico, a una solución de estas características por cuanto nos encontramos simplemente ante

una actuación del Defensor del Pueblo en la fase de instrucción del procedimiento administrativo que se limita a fijar los datos, principios y criterios a tener en cuenta al dictarse la resolución final, pero sin que pierda la Administración un margen de autonomía de la que obviamente carece cuando el acuerdo inter partes es el integrante necesario de la resolución del fondo del asunto.

Esta labor de mediación puede culminar, como hemos visto, en una propuesta de carácter vinculante.

A nuestro juicio la viabilidad de una propuesta de estas características se incrementaría con la intervención medial del Defensor del Pueblo dadas sus reconocidos prestigio e independencia. Dicho en otros términos; en estos supuestos el Defensor del Pueblo no es parte directa en el acuerdo de terminación convencional pero puede con su intervención culminar un proceso de negociación que finalice en los términos queridos por las partes. Esta posibilidad será siempre mas hacedera con su presencia que sin ella.

Esta función mediadora que el Defensor del Pueblo puede asumir, según nuestra opinión, al amparo de lo establecido en el artículo 88 de la LPAC. no es identificable con la función genérica que el Defensor del Pueblo asume como “magistratura de opinión” de la que pueden ser muestras los artículos 23.2 de la Ley del Síndic de Greuges de Baleares, el artículo 39 de la ley del Valedor del Pueblo Gallego y, en el derecho comparado la genuina labor del Mediateur frances.

La intervención del Defensor del Pueblo en este punto se mueve en el concreto procedimiento administrativo y va encaminada a lograr concretos efectos que inciden en la resolución final pudiendo hacerlo incluso, en la medida en que con su intervención coadyuva a formar la voluntad de las partes en la relación (Administración y administrado), de forma vinculante.

B. Límites a esta función mediadora: ¿necesidad de habilitación legal específica?

Esta posibilidad (caso de admitirse la interpretación del precepto que postulamos) debe enmarcarse en los límites y presupuestos legales que establece la propia LPAC.

En este sentido recordemos que la LPAC establece que:

- 1.- Los acuerdos que se adopten no deben ser contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versar sobre materias no susceptibles de transacción.

2.- Deben tener por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado las Administraciones públicas.

3.- Debe celebrarse con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que los regule.

4.- Deben establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia.

5.- Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

6.- Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

Los anteriormente mencionados requisitos no plantean, en general, especiales problemas interpretativos.

Sí pueden suscitarse dudas, sin embargo, sobre un tema ya apuntado cual es la exigencia de que estos convenios y acuerdos estén expresamente previstos en "la disposición que los regule".

Como ya expusimos, a nuestro modo de ver, la LPAC es ley habilitante suficiente para el establecimiento de estas formas convencionales de terminación del procedimiento sin que sea necesaria nueva norma, legal o reglamentaria, que expresamente las prevea y regule. Esto es especialmente claro en el supuesto que exista una ley (general o sectorial) que regule la técnica jurídica a través de la cual se canaliza esa terminación convencional (ley de Contratos de las administraciones Públicas, Ley de Arbitraje etc.).

Con todo la cuestión es dudosa y sería aconsejable, y muy probablemente necesario en tanto no se altere el texto actual de la LPAC, que mediante ley específica se reconociera al Defensor del Pueblo la posibilidad de ejercer funciones de mediación en el marco de lo establecido en la ley de Procedimiento administrativo Común, formulando en su caso, a instancia de las partes intervinientes en el procedimiento administrativo, propuestas vinculantes, con vistas a la adopción por parte de la Administración pública correspondiente de una resolución que ponga fin al procedimiento administrativo.

Esta ley debería ser, a nuestro juicio, la propia Ley Orgánica 3/81 de 6 de abril, Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo, en el caso del Estado, y la ley 9/83 de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo de Andalucía, en nuestra Comunidad Autónoma, normas estas que por el correspondiente procedimiento parlamentario deberían modificarse para, expresamente, reconocer estas facultades de mediación que hemos examinado en el Defensor del Pueblo y en los correspondientes comisionados parlamentarios.

Estas facultades deberían, obviamente, circunscribirse a los respectivos, ámbitos competenciales de cada Comunidad Autónoma. La extensión de esta habilitación puede hacerse con mayor o menor amplitud, según decida la correspondiente Cámara legislativa. Sería asimismo perfectamente viable una reforma que previera esa ampliación de facultades con carácter general en la medida en que su utilización nunca sería vinculante para la Administración. Sería abrir una posibilidad institucional a emplear o no libremente por las partes de una relación jurídico-administrativa.

El régimen jurídico específico de esas formas alternativas de terminación del procedimiento sería el resultado de la aplicación de las previsiones de la LPAC al respecto más las que expresamente, a nivel legal o reglamentario y dentro del sistema constitucional y estatutario de reparto de competencias, se dictaran determinando los pormenores que exige el propio artículo 88 de la LPAC. En tanto no se dicten estas normas - en el caso de Andalucía no se reforme la Ley 9/83 de 1 de diciembre - la norma aplicable sería la LPAC cuyas imprecisiones, unidas a la carencia de una norma que expresamente conceda al Defensor del Pueblo andaluz estas facultades de mediación hacen más complejo el ejercicio de estas funciones mediadoras por nuestro Defensor del Pueblo.

IV. ACERCA DEL ARBITRAJE. VIABILIDAD DE LA ASUNCIÓN DE FUNCIONES ARBITRALES POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. Algunas precisiones sobre el arbitraje.

A. Sobre su naturaleza jurídica.

Sin ánimo de analizar en profundidad en este estudio la institución arbitral, nos parece necesario recoger las líneas fundamentales de esta figura que actualmente regula, como es sabido, la Ley 36/88 de 5 de diciembre (en lo sucesivo LA).

Del examen del artículo primero de esta puede deducirse una triple forma de concebir el arbitraje. Para algún sector doctrinal el arbitraje es una institución esencialmente contractual; el arbitraje no es sino un contrato por el que las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto que les afecta. Para las llamadas tesis procesalistas, por el contrario, el arbitraje es, en su esencia, proceso; estamos en el arbitraje ante un procedimiento formalizado para la solución de una litis que culmina con la emisión de un resolución dirimente vinculante (laudo).

Hay, finamente un cualificado sector doctrinal (Bercovitz) para el que el arbitraje es una institución contractual en sus orígenes y procesal en sus efectos.

Convenimos por nuestra parte con Rivero Hernández en la línea de afirmar la naturaleza eminentemente privada del arbitraje. El laudo arbitral es el resultado del cumplimiento de una obligación contractual asumida por el arbitro al aceptar el cargo frente a los interesados que le eligieron. No hay en el arbitraje proceso y no hay, en consecuencia Sentencia. La función jurisdiccional, el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (Artc. 117.3 CE). Con la misma rotundidad los artículos 2º y 3º de la LOPJ.

B. Sobre su ámbito material y subjetivo.

En cuanto al ámbito de la Ley de Arbitraje y frente a la ley anterior (Ley de Arbitraje privado) el arbitraje previsto en la ley de 1988 no es un arbitraje de Derecho privado sino una institución asumible también en el ámbito del Derecho público (así se deduce del artículo 2º LA.).

Desde el punto de vista legal la única exigencia respecto a la materia sujeta a la decisión arbitral es que esta sea de la libre disposición de las partes conforme a Derecho. Debe existir, por otra parte, una cuestión de derecho litigiosa. No se puede considerar arbitraje una pericia en la que lo que se discuten y dilucidan son hechos. El arbitraje implica una declaración de derechos.

Desde el punto de vista subjetivo, las partes, según exige la ley, deben tener la capacidad y la legitimación necesarias para disponer libremente sobre las titularidades afectadas por el litigio.

C. Modalidades de arbitraje.

En cuanto a las formas que puede revestir el arbitraje cabe distinguir el arbitraje libre del formalizado y el arbitraje de Derecho del arbitraje de equidad.

El llamado arbitraje libre se contempla en el artículo 3º de la LA. En esta modalidad de arbitraje nos encontramos ante un contrato conforme al cual las partes en conflicto aceptan expresa o tácitamente la decisión previamente emitida por un tercero. Esta modalidad arbitral, cercana a la simple mediación que examinamos en el apartado anterior, es válida para las partes si en ella concurren los requisitos válidos para la validez de un contrato. Para algunos autores (Guasp) este arbitraje carece de tal carácter encerrando una figura distinta cual puede ser una transacción o un allanamiento. Convenimos con Rodrigo Bercovitz en que este arbitraje "libre" es efectivamente un arbitraje que trae su origen en un precepto de la amplitud del artículo 1255 del C.c. que contempla la libertad de pacto entre las partes de un contrato.

Este arbitraje libre es distinto del arbitraje formal, tanto por sus efectos materiales como formales. En este sentido el arbitraje libre produce los efectos propios de todo contrato: genera las obligaciones previstas entre las partes que deben responder del exacto cumplimiento de lo acordado (en este caso de la decisión arbitral) con sus bienes (artcs. 1091 y 1911 del C.c. respectivamente).

Si esta es la eficacia del arbitraje informal, la propia de los contratos distinta es la que prevé la ley para el arbitraje formal. En este tipo de arbitraje se impide el recurso a la jurisdicción y, una vez emitida y aceptada la decisión arbitral adquiere caracteres de cosa juzgada (contra el laudo no hay recursos pues la acción de anulación no es un recurso - sino una acción de nulidad - como tampoco tiene este carácter el mal llamado recurso de revisión del artículo 37 de la LA. La decisión arbitral finalmente puede ser ejecutada judicialmente. (Artcs. 11, 37 y 52 de la LA).

Esta disparidad de criterios y la inexistencia de una prohibición explícita llevan a Bercovitz a entender que no existe razón alguna para restringir en este campo el libre juego del artículo 1255 C.c.. El arbitraje informal no es contrario ni a las leyes, ni a la moral, ni al orden público.

El artículo 4º de la Ley de Arbitraje distingue, finalmente dos tipos de arbitraje: el arbitraje de derecho y el de equidad.

El arbitraje de equidad se caracteriza por juzgar en él el árbitro conforme a sus propios criterios sin efectuar valoraciones jurídicas de las pretensiones de las partes. En este arbitraje basta con que los árbitros sean personas naturales en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (Artc. 12.1 LA)

Si bien en la Ley actual -frente al artículo 27 de la Ley anterior- no se establecen diferencias en cuanto al procedimiento para resolver, pese a esta identidad, sin embargo, en el arbitraje de equidad no se precisa motivación de la resolución aunque está suele darse en la práctica.

Una virtud importante de este tipo de arbitraje es -como señala Bercovitz- que como el saber y entender de los árbitros puede referirse a cualquier campo del conocimiento, ello abre la puerta a la posibilidad de que se utilice el arbitraje para determinar cuestiones de hecho, con cualquier eficacia prevista por las partes o el ordenamiento, solucionando así conflictos o controversias, o faltas de acuerdo y no solo dirimiendo litigios en sentido estricto.

De forma contraria a lo que sucede en el arbitraje de equidad, en el arbitraje de Derecho los árbitros deben ajustarse al ordenamiento. Los árbitros deben necesariamente ser abogados en ejercicio que, además, deben llevar cinco años al menos de ejercicio si han de ser designados por el juez. (Art. 12.2 LA).

D. El arbitraje realizado por personas jurídicas.

Inmediatamente conexas con estas diferencias de carácter entre uno y otro arbitraje aparece la cuestión relativa a la posibilidad, o no, de que las personas jurídicas sean árbitros.

Al respecto deben examinarse conjuntamente los artículos 10 y 12 de la ley de Arbitraje. El artículo 10 establece que:

Artículo 10

1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Los reglamentos arbitrales de las Corporaciones de Derecho Público y de las Asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente.

3. La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje.

El artículo 12, por su parte indica que:

Artículo 12:

1. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio.

3. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2.

4. Tampoco podrán actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel.

Del examen sistemático de estos preceptos la doctrina más autorizada (Rodrigo Bercovitz, Albadalejo) entienden que, al menos de lege data, las personas jurídicas no pueden ser árbitros, reservándose en la ley tal posibilidad a las personas físicas. Las personas jurídicas, tanto si se trata de personas jurídico-privadas como si se trata de personas jurídico-públicas (especialmente las Corporaciones de derecho público), no arbitran, no pueden ser árbitros, limitándose a *preparar y administrar el arbitraje*, funciones estas en las que se incluye la propia designación de los árbitros.

Pese a esta redacción expresa nos parece necesario insistir en el dato de que la Ley de Arbitraje permite también un arbitraje "institucional" a través de

personas jurídicas, especialmente "Corporaciones de Derecho público que puedan *desempeñar funciones arbitrales*, según sus normas reguladoras" así como "Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos Estatutos se prevean funciones arbitrales." (Artc 10.1 a) y b) LA).

No es esta la autorizada opinión de autores como Albadalejo y Bercovitz que parecen considerar consustancial al arbitraje el dato de su exclusivo desempeño por personas físicas. En el caso de personas jurídicas (siempre según estos autores), el laudo arbitral no sería emitido por la propia persona jurídica sino por sus miembros, organizados de forma diversa (Juntas, Comisiones arbitrales etc).

En nuestra opinión el arbitraje institucional permite y prevé específicamente tal solución: la formulación de un laudo arbitral por una persona jurídica sea institucional asociativa o corporativa. Así lo permite (no solo no lo prohíbe) el artc. 10 de la LA. sin que quepa oponer que el artículo 12 del mismo texto lo prohíbe pues tal solución olvida otro precepto legal expreso. No podemos compartir la opinión de Lledó Yagüe en los reiteradamente citados comentarios a la LA, que considera que en los supuestos en que el arbitraje se encomienda por la legislación sectorial a Juntas, Consejos, Tribunales o Comisiones arbitrales, quien emite el laudo son los miembros (personas físicas) integrantes de estos entes y no el propio ente. Tal solución me parece inadecuada a la realidad, innecesaria y por lo que al arbitraje en Derecho administrativo respecta es una solución que no considera una realidad jurídica unánimemente admitida cual es la teoría orgánica. La Administración, dicho sea brevemente, en cuanto persona jurídica en sus diversas manifestaciones (institucional o corporativa) actúa mediante órganos que preparan sus decisiones y las ejecutan. La decisión de estos órganos sin embargo se imputa al ente y no al órgano, ni siquiera al titular de ese órgano que son la persona o personas físicas a cuyo frente están y que asumen el ejercicio de las competencias al órgano atribuidas.

Permítasenos este recordatorio esencial de la teoría del órgano y la licencia, a efectos didácticos, de tal simplificado resumen. Insistimos, cuando, por ejemplo en ejercicio de la llamada actividad arbitral de la Administración, se crean órganos arbitrales (Vgr. Consejos Andaluces de Consumo creados por el decreto 57/87 de 25 de febrero del Consejo de Gobierno de Andalucía de desarrollo de la Ley 5/85 de 8 de julio de Consumidores y Usuarios de Andalucía) son estos órganos los que *resuelven el arbitraje con carácter vinculante y ejecutivo para las partes* (Artc. 2.c del referido Decreto 57/87.) y no quienes preparan o administran el arbitraje. Todo ello sin perjuicio de las

competencias de los juzgados y tribunales. Mas aún hay autores que consideran que este tipo de arbitrajes debe llevarse a cabo por órganos colegiados, no unipersonales (Maresca Cabot) y no encuentran mayores inconvenientes en que estos órganos no sean administrativos acudiéndose al arbitraje institucional.

Con todo ello lo que venimos a afirmar es que cabe en nuestro Derecho un arbitraje a través de personas no físicas, un arbitraje institucional a través de personas jurídicas diversamente configuradas. Así lo enseña el Derecho positivo vigente y así lo permite al no expresamente prohibirlo, la Ley de Arbitraje de 1988.

La utilidad, con todo, de esta discusión por lo que al tema que nos ocupa respecta es escasa. De un lado el Defensor del Pueblo no es un abogado en ejercicio ni puede serlo dadas sus incompatibilidades. Y por otra parte, aún cuando admitiéramos la posibilidad de un arbitraje de Derecho en los conflictos con la Administración mediante el arbitraje institucional sería precisa una completa modificación de la estructura orgánica y de funcionamiento del Defensor del Pueblo que diera a su sede una estructura colegial y una especialización que creo no es actualmente predicable ni de la Oficina del Defensor del Pueblo estatal ni de los autonómicos.

Distinta es la solución predicable, a nuestro juicio, de la posibilidad de que el Defensor del Pueblo asuma funciones arbitrales y arbitre *en equidad*.

El examen de esta hipótesis que enunciamos debe venir precedida de unas consideraciones preliminares que enmarquen el juego de la institución arbitral en derecho público.

V. EL ARBITRAJE EN LA LPAC. NORMA HABILITANTE PARA LA FUNCION ARBITRAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.

1. Sobre el arbitraje en el Derecho administrativo.

A. Introducción.

La admisión del arbitraje en los litigios en los que una de las partes es la administración pública ha sido objeto de rechazo quizá desde la "regla gene-

ral" formulada en 1888 por Edouard Laferrière en la primera edición de su Tratado de la Jurisdicción administrativa: "Es un principio que el Estado no puede someter sus procesos a árbitros".

Hoy el propio Consejo de Estado francés (Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986 en el asunto EuroDisneyland) considera un "principio general del Derecho público el que " las personas morales de Derecho público no pueden substraerse a las reglas que determinan las competencias de las jurisdicciones nacionales remitiendo a la decisión de un arbitro la solución de litigios en los cuales ellas son parte y que se refieren a relaciones que afectan al orden jurídico interno". Según el Consejo de Estado francés resultaría contradictorio que el Estado organice la justicia, de una parte, y, por otra, no confíe la solución de los litigios en los que el mismo o sus prolongaciones son parte".

Charles Jarroson, se cuestiona la razón de ser de esa "regla general" y hace un resumen-catálogo de los teóricos fundamentos de tal prohibición.

En primer término se sitúan los miedos, dice Jarroson, la inquietud que suscita la posibilidad de que abierta esta puerta, las colectividades públicas huyan de la justicia administrativa. Obviamente en el razonamiento hay un punto de partida: la desconfianza en esa Justicia administrativa. Ante ello lo precedente sería restaurar la confianza en esa justicia. Prohibir el arbitraje ante esta situación es adoptar la actitud del avestruz.

Se dice -en segundo término- que por la vía del arbitraje la solución al conflicto no miraría el interés general. Tal presunción parte de un prejuicio: el arbitro no sería capaz de valorar ese interés; o, más aún, quizá se esté partiendo de la idea de una jurisdicción ordinaria cuya función no es satisfacer las exigencias de la justicia según el derecho sino favorecer los intereses del Estado.

Se argumenta asimismo - tercera objeción - que solventar las controversias en equidad conlleva un riesgo. Esta afirmación no considera que la equidad no constituye un rechazo al Derecho sino una rectificación para mejorarlo. Por otra parte no hay solución en equidad que no pase por el propio deseo y aceptación por las partes de esa equidad.

Se arguye también partiendo de determinadas reglas como la de que "la competencia debe seguir el fondo del litigio y que, en consecuencia, el derecho administrativo no podría ser aplicado más que por las jurisdicciones ad-

ministrativas. La realidad demuestra que está reglada esta plagada de excepciones. De hecho las propias jurisdicciones administrativas aplican a menudo las reglas de Derecho privado. Por otra parte, todo el derecho internacional está basado en la disociación del principio entre juez competente y ley aplicable: el juez nacional aplica un derecho extranjero y viceversa.

También se ha presentado como principio justificativo de la prohibición la separación de las autoridades administrativas y judiciales. Laferriere decía así: "¿Como admitir, en efecto, que el Estado pueda aceptar árbitros en causas donde no le es permitido aceptar jueces civiles?". La afirmación parte nuevamente de una petición de principio equívoca: el árbitro no está incardinado mas en el orden judicial que en el administrativo. El árbitro no administra justicia en nombre del Estado.

Concluye Jarroson que la auténtica razón del rechazo y la prohibición que comentamos es realmente una razón no jurídica sino política: la de reservar los contenciosos públicos a las jurisdicciones estatales evitando una competencia concurrente, es decir reservar el poder de conocer estas cuestiones a un juez estatal. La prohibición no remite, en suma, a una consideración fundada en derecho sino al ejercicio de un poder. Esta regla se hace más discutible y quebradiza cuando se la hace extensiva no ya a los litigios en los que es parte el Estado sino otras colectividades locales (extensión pacíficamente admitida) o los establecimientos públicos industriales y comerciales o a los contratos celebrados por subcontratistas de obras públicas (Arret Societé nationale de vente de surplus; Arret Area de 3 de marzo de 1989...).

El principio general más parece la consagración de una solución política previa que otra cosa. Parece en cualquier caso imprescindible, admite Jarroson, que el legislador se defina con claridad excluyendo el arbitraje de forma absoluta en el ámbito del Derecho público o bien autorizándolo en aquellos casos en que la prohibición general resulte infundada.

B. El arbitraje en la LPAC.

b.1. Admisión de la figura.

El arbitraje tiene, en Derecho administrativo, sus antecedentes mas conocidos en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria 1091/88 que establece que: "No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda pública ni someter a arbitraje las contiendas que se

susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno. En el mismo sentido la LPE y su Reglamento (artículos 40 y 83 respectivamente disponen que "para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes y derechos patrimoniales hará falta una ley que lo autorice". En el mismo sentido se pronuncia la normativa autonómica (vgr. Artículo 99 de la Ley 4/86 de 5 de Mayo del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

El artículo 107.2 de la LPAC establece en la actualidad que:

"Las Leyes podrán sustituir el recurso de alzada ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. 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".

Como puede verse nuestro Derecho no ha establecido nunca una prohibición del arbitraje ni la transacción en Derecho administrativo limitándose a establecer unos criterios estrictos para su operatividad.

En la actualidad hay, por otra parte, como hemos indicado, en nuestro Derecho un expreso reconocimiento del arbitraje en el marco del Derecho administrativo en la propia LPAC. La LA, por otra parte, no prohíbe expresamente este arbitraje con lo cual debe considerarse incluido en la susodicha LA que no es una Ley para el arbitraje privado sino una Ley general del Arbitraje.

En cualquier caso el arbitraje en Derecho administrativo y, en general las distintas formas de terminación paccionada del procedimiento están necesitadas de un tratamiento en profundidad hoy inexistente. Las escasas previsiones de la LPAC no cubren las exigencias de tratamiento que reclama esta nueva forma de resolver los asuntos públicos. La remisión de fondo a la normati-

va general en materia de contratos o en materia de arbitraje no resuelven las disfunciones, o si se quiere simplemente las especialidades de régimen, que reclama la presencia en estas relaciones de la Administración pública.

b.2. Problemática específica del arbitraje administrativo.

Partiendo en consecuencia de aceptar que actualmente caminamos por la cuerda floja de una normativa administrativa reguladora del arbitraje realmente parca y de una inexistencia de tratamiento normativo para la cuestión que a la postre nos ocupa (esto es, si el Defensor del Pueblo puede asumir estas funciones arbitrales en los conflictos entre la Administración y el ciudadano), partiendo de todos estos condicionantes vamos a intentar analizar, de la forma más concreta y práctica, la LPAC en el ánimo de obtener el mayor fruto posible de todo este escaso tratamiento para no dejar nuestro trabajo en unas simples propuestas de lege ferenda.

En esta línea conviene partir del tenor literal del artículo 107.2 de la LPAC.

b.2.1. El arbitraje: ¿mecanismo sustitutivo del recurso?

Lo primero que se observa en este precepto, y así lo considera un amplio sector doctrinal es que, en una lectura (a nuestro juicio excesivamente literal) del precepto que comentamos, el arbitraje se nos presenta como un *mecanismo sustitutivo del recurso*. Así parece efectivamente considerarse en el artículo 107 donde se habla, como hemos visto, de "sustituir el recurso de alzada por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje".

A nuestro juicio, sin embargo, el arbitraje en Derecho administrativo, el arbitraje que la LPAC regula, no necesariamente ni en todo caso debe configurarse como un procedimiento sustitutivo del recurso, concretamente del recurso de alzada. Mantener esta interpretación de la ley lleva, entre otras consecuencias, a excluir del ámbito del arbitraje toda la actividad administrativa desarrollada por las Entidades Locales cuyos actos agotan la vía administrativa (salvo los casos de descentralización institucional -vgr. gerencias de urbanismo -) no siendo, en consecuencia, susceptibles de recurso de alzada.

En cualquier caso la interpretación literal y estricta del artículo 107.2 LPAC que configura al arbitraje en Derecho administrativo como un medio

sustitutorio del recurso ordinario, nos parece que reduce innecesariamente el ámbito del arbitraje, en contra, incluso, de la propia LA.

La LA y la propia lógica de la institución circunscriben el arbitraje a los supuestos de previa existencia de una cuestión litigiosa. *Pero una cosa es la necesidad de una previa cuestión litigiosa y otra, muy distinta, que esa cuestión litigiosa haya de ser o no susceptible de ser examinada y resuelta en una primera instancia por una de las partes.*

Dicho en otros términos, a nuestro juicio el arbitraje administrativo es perfectamente posible en todas aquellas relaciones en las que hay un conflicto entre una Administración pública y un particular con independencia del régimen de recursos previsto para la resolución que la Administración pudiera adoptar en un eventual ejercicio de sus potestades de decisión unilateral y ejecutoria o de resolución de recursos en vía administrativa. La Administración puede, siempre a nuestro juicio, optar por no resolver, en el ejercicio de esas potestades, de forma unilateral ejecutiva y ejecutoria la cuestión controvertida y acudir, por el contrario, a una resolución adoptada por una vía alternativa a través de un acuerdo de sumisión a un laudo arbitral.

Las cuestiones que suscita la aplicación del arbitraje al ámbito del Derecho administrativo no se reducen, obviamente a la examinada. Hay múltiples disfunciones resultantes, repetimos, de la propia naturaleza de la actividad administrativa y, en resumen, de la peculiar posición jurídica de la Administración pública.

b.2.2. El ámbito objetivo

Queda, por ejemplo en una clara indeterminación el propio *ámbito material que puede ser objeto de arbitraje*. La actividad administrativa como es conocido es una actividad que puede ser sustancial y formalmente diversa. Cabe una actividad sustancialmente pública y formalmente pública sujeta al Derecho público ó, y ello es cada vez mas frecuente, sujeta a formas y procedimientos de gestión jurídico privados. La Administración, ello es asimismo cada vez mas frecuente, puede adoptar formas jurídico privadas, de naturaleza generalmente empresarial para el desempeño de los servicios públicos. ¿A que actividad de las mencionadas se puede sujetar a arbitraje? Es esta una cuestión no resuelta ni por la legislación ni por la doctrina y sobre la que pueden adoptarse diferentes soluciones. Es conveniente, sin embargo, hacer al menos mera cita de la posición favorable a la aplicación del arbitraje a los conflictos de Derecho privado en que intervienen empresas públicas que se contiene en la STS de 6 de marzo de 1987 (R.Arz. 1419.)

En cualquier caso lo cierto es que la LPAC, cuando aborda esta cuestión, no predetermina de forma específica un ámbito material concreto limitándose a referirse de forma genérica a " supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique".

Convenimos con Trayter en que el arbitraje no puede versar sobre actos administrativos reglados o sobre los aspectos reglados del ejercicio de las potestades discrecionales.

La experiencia del derecho comparado enseña, en nuestra opinión y sin que ello suponga definir de forma cerrada por nuestra parte un catálogo de materias susceptible de ser sometidas a arbitraje, que son materias claramente arbitrables todas las encuadrables en la genérica actividad convencional de la Administración pública (contratos, convenios urbanísticos, convenios expropiatorios, acción concertada). También la actividad interventora de la Administración en la economía así como la gestión de los grandes servicios públicos e infraestructuras en las que haya clara colisión de intereses económicos y sociales. (Concesiones, acción concertada ubicación de vertederos e instalaciones nucleares, gaseoductos, grandes instalaciones conductoras de electricidad etc.).

Los Reales Decretos 429/93 de 26 de marzo y 1398/93 de 4 de agosto, desarrollando preceptos de la Ley 30/92 regulan, respectivamente, el acuerdo indemnizatorio como forma de terminación del procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la terminación convencional del procedimiento sancionador. En ambos casos es posible la sumisión a arbitraje.

Otro campo puede ser el de la fijación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la administración pública. (Convenios colectivos en la función pública regulados en la Ley 9/87 de 12 de Mayo).

De forma mas general me atrevería a decir que, el ámbito de la actividad administrativa mas idóneo para ser objeto de arbitraje es el de la actividad administrativa discrecional. En este ámbito el laudo arbitral permite abrir la vía de la *equidad* para corregir las consecuencias injustas de la aplicación de la norma.

b.2.3. Organismo competente para decidir la sumisión a arbitraje.

Otra cuestión no resuelta asimismo en la actualidad de modo expreso es la *determinación legal del organismo competente para decidir sobre la sumisión de la controversia a arbitraje*.

Considero en este punto que sin perjuicio del actual sistema de tuteladas previsto en nuestro ordenamiento corresponde tal decisión a los supremos órganos colegiados de la Administración correspondientes (Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno y, a nivel local, los órganos plenarios de los respectivos entes locales.)

b.2.4. Carácter del órgano arbitral

En cuanto *al carácter del órgano arbitral*, la LPAC alude al referirse al órgano arbitral a "órganos colegiados o comisiones específicas no sujetos a instrucciones jerárquicas".

Reiteramos en este punto y por lo que al tema que nos ocupa respecta, que, a nuestro juicio, estos órganos o comisiones no tienen por que ser necesariamente órganos administrativos siendo perfectamente viable tanto un arbitraje institucional ante órganos de diversa naturaleza como un arbitraje unipersonal.

b.2.5. Procedimiento

Por lo que hace al *procedimiento*, hay que considerar que la LA en su exposición de Motivos y en su artículo 21 remiten en gran parte el procedimiento arbitral a la autonomía de la voluntad de las partes. La ley exige, en todo caso, el respeto a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, principios estos igualmente recogidos en la LPAC como informadores del procedimiento administrativo.

b.2.6. Impugnabilidad del laudo arbitral

Y una última cuestión en esta enunciación ejemplificativa de cuestiones es la de determinar la impugnabilidad de un laudo arbitral emitido por el defensor del Pueblo en un conflicto entre la Administración y los particulares y la jurisdicción competente para conocer de esa impugnación.

La LPAC en su artículo 109 considera que "ponen fin a la vía administrativa: b).- las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 de la Ley. Entre estos medios alternativos previstos en el artículo 107.2 está el arbitraje.

Contra los actos que ponen fin a la vía administrativa no cabe, en el sistema diseñado por la LPAC otro recurso que el extraordinario de revisión y en todo caso la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

La LJCA, en su artículo primero sujeta a su ámbito los actos de la Administración pública sujetos al derecho administrativo. El artículo 2º de la misma ley excluye, como es sabido, de la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones.

La LA encomienda a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la acción de anulación y el recurso de revisión.

¿Cual es la solución a estas discordancias que son, como hemos reiterado, el resultado de la falta de una regulación pormenorizada del arbitraje administrativo en la LPAC y la imposibilidad de aplicar sin modulaciones la LA al ámbito administrativo?

A mi juicio la solución a este tema no puede ser otra que la de someter a la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones que se deduzcan en relación con los laudos arbitrales. Considero que esto es así en la medida en que la LPAC expresamente considera que ultima la vía administrativa el laudo arbitral.

Esta es la opinión de otros autores que sin embargo reclaman la necesidad de reformar la LJCA para hacer viable la competencia de esta jurisdicción por entender que un laudo no es un acto administrativo. Personalmente considero que ha de estarse al tenor literal de la ley en este punto y a las lógicas consecuencias que se derivan de ello en los aspectos jurisdiccionales.

Con todo, vuelvo a insistir, son mayores las cuestiones sin resolver en el actual sistema de arbitraje administrativo que las que la ley permite resolver- con mayor o menor claridad-. En este punto concreto del sistema de impugnación del laudo arbitral, a título de simple ejemplo, considero que si bien la jurisdicción competente para conocer debe ser la jurisdicción contencioso administrativa, las causas de impugnación, en cuanto no expresamente previstas en la ley de lo contencioso para el caso del laudo arbitral y dada la especial naturaleza de este, no puede ser la genérica infracción del ordenamiento jurídico, sino tan solo las causas de admisión del recurso de anulación previstas en el artículo 45 de la LA interpretadas además restrictivamente para el caso del arbitraje de equidad en los términos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Véase por todas la de 20 de marzo de 1990 que reitera la doctrina de 13 de octubre de 1986 o 12 de junio de 1987).

2. El arbitraje de equidad a través del Defensor del Pueblo

Si partimos de la provisionalidad de cualquier intento de fijar el régimen jurídico del arbitraje en el Derecho administrativo habida cuenta tanto de las escasas provisiones de la LPAC como de la imposibilidad de transplantar, sin las debidas especificaciones al ámbito del Derecho administrativo, las normas y técnicas de la Ley de Arbitraje, *creemos puede afirmarse que el defensor del Pueblo puede asumir funciones de arbitraje de equidad* por las siguientes resumidas razones.

En primer lugar por cuanto la ley de Arbitraje no establece prohibición expresa alguna ni exclusión alguna en relación con el Defensor del Pueblo para llevar a cabo este arbitraje.

En segundo lugar por que si hay un órgano idóneo por su imparcialidad para cualquier arbitraje ese órgano es el Defensor del Pueblo.

En tercer lugar por cuanto, como creo que ha quedado demostrado, las funciones que el Defensor del Pueblo puede asumir para el mejor cumplimiento de las competencias que constitucional, estatutaria y legalmente le han sido asignadas no están tasadas y cerradas siendo perfectamente viable que asuma estas funciones.

En cuarto lugar por cuanto el artículo 107.2 de la LPAC expresamente permite el sometimiento a arbitraje de la Administración que es la persona cuya actividad debe controlar el Defensor del Pueblo en caso de eventual colisión de esta actividad con los derechos fundamentales.

Para ello es conveniente, a nuestro juicio, (al igual que así lo consideramos en el caso de la mediación) que se prevea tal posibilidad arbitral en una ley específica. Esta cobertura legal específica puede ser perfectamente otorgada a través de la oportuna inclusión de estas facultades arbitrales en una reforma de las leyes institucionales del Defensor del Pueblo y de los distintos comisionados autonómicos. En nuestra Comunidad esta revisión y esta ampliación de facultades se debería llevar a efecto a través de la reforma de la ley 9/83 de 1 de diciembre del defensor del Pueblo Andaluz.

Es al legislador autonómico, en consecuencia, a quien compete en esa reforma de la ley reguladora del Defensor del Pueblo andaluz, determinar la mayor ó menor amplitud de la actividad sujeta a eventual arbitraje por parte del Defensor del Pueblo, al menos en las competencias exclusivas. En los supuestos de competencias compartidas o concurrentes convendría, con carácter previo a la reforma de la ley, acordar, siguiendo en la actual línea de convenio

y colaboración entre los distintos comisionados autonómicos y el Defensor del Pueblo estatal, el ámbito material de esta función arbitral. Al afirmar cuanto antecede parece necesario recordar e insistir, en nuestra opinión en que la LPAC no precisa ley de desarrollo (otra cosa es que esta sea muy conveniente) para que puedan aplicarse los medios extrajudiciales de solución de conflictos que se prevén en sus artículos 88 y 107 si existe una ley que pueda dar cobertura a la institución concreta de solución extrajudicial (en el presente caso la LA). Recordamos también que no es esta la opinión de otros autores, entre ellos Trayter quien, partiendo de las STs TC 15/89 de 26 de enero y 62/91 de 22 de marzo considera que no solo sí es necesaria esa ley de desarrollo de la LPAC para poder sujetar una controversia a arbitraje, sino que esa ley (nunca Reglamento) debe ser una ley estatal y nunca una ley autonómica. Por cuanto ya he expuesto, no comparto tal tesis.

NOTA BIBLIOGRAFICA

AUTORES VARIOS. Diez años de la LODP. Problemas y perspectivas. Cátedra J. Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo. Universidad Carlos III. Madrid 1992.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo. (Coordinador). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Tecnos. Madrid 1991.

CONSEIL D' ETAT: Regler Autrement les conflits: conciliation transaction, arbitrage en matière administrative. Les études du Conseil d'Etat. La documentation française. París 1993.

CHAPUS RENE. Droit administratif général. Tomo 1, 7ª. Ed. Montchrestien. París 1993.

DELGADO PIQUERAS, F. La terminación convencional del Procedimiento administrativo. Aranzi 1995.

GOMEZ PUENTE, Marcos.: La inactividad de la Administración. Aranzadi. Pamplona 1997.

GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la LPAC. Cívitas. Madrid 1993.

JARROSON, Charles. Sobre la prohibición de alteración de las reglas de sometimiento jurisdiccional. L'Actualité Juridique, Droit administratif de 20 de enero de 1997.

LEGUINA VILLA Y SANCHEZ MORON. La nueva LPAC. Tecnos. Madrid 1993.

MARESCA CABOT, J.C. "El arbitraje en derecho administrativo". Tribunal Arbitral de Barcelona. Associació catalana per a l'arbitratge. Butlletí n.º. 7.

MORILLO VELARDE, J.I. El Defensor del pueblo andaluz. Rev. Autonomías n.º. 19 Barcelona; diciembre de 1994.

NIETO, A. "La inactividad de la Administración" Ponencias del seminario de Dret local. Curso 1994-95, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona 1996.

PERAZZELLI, N.: "Il ruolo del difensore cívico regionale. Problemi e prospettive", Quaderni Regionali, 1994-8, pgs. 1203-1216.

PEREZ ROYO, Javier. Manual de Derecho Constitucional. Especialmente el capítulo dedicado a la garantía constitucional de los derechos.

TRAYTER, Juan Manuel. El arbitraje en el Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo Común: nuevas perspectivas. IVAP. Oñati 1995, y El arbitraje en derecho administrativo en R.A.P n.º 143 Mayo- agosto de 1997.

VERA PADIAL, Mercedes. Notas sobre la adaptación del ombusman a los ordenamientos regionales. Rev. Autonomías n.º. 19 Barcelona diciembre de 1994.

VARELA SUANCES Y CARPEGNA, Joaquín. La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo. Revista Española de Derecho Constitucional n.º. 8 Madrid. 1983.

JURISPRUDENCIA