

## **LOS RECURSOS ALTERNATIVOS DEL ART. 107.2 LEY 30/92 EN EL ÁMBITO DEL ESTATUTO BÁSICO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

**Jorge Cuerda Más**

Letrado. Diputación de Valencia.

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del "Curso Monográfico de Estudios Superiores: "El Estatuto Básico del empleado público en el ámbito Local". Celebrado el 27 y 28 de octubre de 2008 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

### **ÍNDICE:**

#### **I.- INTRODUCCIÓN.**

#### **II.- RECURSOS ADMINISTRATIVOS.**

1. Elementos de control y garantía.
2. Clases.
3. Los recursos alternativos.

#### **III. LOS RECURSOS ALTERNATIVOS.**

1. Redacción originaria.
2. Art. 107.2 actual.
3. Características.
4. Especialidad de los recursos alternativos en el ámbito local.

#### **IV. LÍMITES A LAS VÍAS ALTERNATIVAS DEL ART. 107.2.**

- 1.- Interés público que debe imperar en la actividad administrativa.
- 2.- Carácter irrenunciable del ejercicio de potestades administrativas.
- 3.- Control judicial de los actos dictados en los procedimientos administrativos.

#### **V. LOS PROCEDIMIENTOS SUSTITUTIVOS DEL ART. 107.2.**

- 1.- Los otros procedimientos de impugnación y reclamación.
- 2.- La conciliación.
- 3.- La mediación.
- 4.- El arbitraje.

#### **VI. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN EL EBEP.**

- 1.- La solución extrajudicial en el EBEP.
- 2.- Límites para el establecimiento de estos sistemas de solución de conflictos desde la perspectiva administrativa.
- 3.- La competencia para la creación de estos sistemas.
- 4.- Materias objeto de impugnación.
- 5.- Sistemas de solución de conflictos.
- 6.- Impugnación de los acuerdos adoptados en estos sistemas.

#### **VII. REFLEXIÓN ACERCA DEL ART. 107.2 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.**

## VIII. BIBLIOGRAFÍA.

### IX. RECURSOS EN INTERNET.

## I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto abordar el estudio de los llamados recursos alternativos o sustitutivos de los recursos de alzada y reposición que prevé el art. 107.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su relación con el EBEP.

Esta fórmula alternativa no aparece, sin embargo, regulada por las leyes mencionadas, siendo la Ley 30/92 la que se limita a fijar el mínimo esencial que deberán respetar las leyes que los desarrollen.

Estos procedimientos nacen con una aspiración muy clara, que es la de paliar la falta de eficacia y acierto de las Administraciones cuando sus decisiones son objeto de recurso. Para ello, es necesario que los órganos a los que se sometan las distintas controversias, gocen de una efectiva independencia y, se supone, el prestigio profesional y personal de quienes los componen<sup>1</sup>, elegidos por el principio de especialidad. Sólo así puede garantizarse de algún modo que las decisiones a las que alcancen puedan contar con nuestro respeto y ofrezcan esa protección que, con carácter general, los administrados precisan ante la actuación administrativa y las prerrogativas a la cual se inviste para perseguir, al menos en apariencia, el consagrado interés general.

No obstante, a pesar del carácter con el que se diseñan son, sin embargo, poco utilizadas en la práctica y es que la admisibilidad de tales vías implica que al decidir la cuestión un órgano independiente no sometido a instrucciones jerárquicas de aquella que hubiere dictado un acto, esto es un órgano *ad extra*, la Administración pierde frente a dichos órganos una parte importante de su poder, parte de su potestad de autotutela. Sobre ello insistiremos más adelante.

Las distintas leyes que en la actualidad<sup>2</sup> se dictan omiten deliberadamente acudir a los sistemas objeto de estudio y cuando lo hacen excluyen su aplicabilidad a las Administraciones Públicas, como ocurre en el art. 40 LCSP o bien, cuando se aluden a sistemas de solución de conflictos como la mediación o el arbitraje en el EBEP (art. 45), en el caso hipotético de que se creen, ni sus decisiones son vinculantes y

---

<sup>1</sup> Art. 137.4 LBRL.

<sup>2</sup> En la práctica, merecen destacarse la conciliación laboral a través de Acuerdo Administración del Estado-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, firmado en noviembre de 1991, que previó un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos en materia de interpretación de los acuerdos y pactos negociados en el marco de la Ley 7/1990, de 19 de julio, procedimiento "*previo a cualquier otra instancia, incluso administrativa o judicial*"<sup>2</sup>, si bien hoy no tiene aplicación alguna. Pero sin duda el máximo referente a tener en cuenta como éxito de los medios alternativos cabe predicarse respecto del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona y ello pese a ser de creación anterior al propio art. 107.2 LRJPAC.

se permite sin pudor su impugnación y, sin perjuicio de su eficacia relativa, como veremos a lo largo del presente trabajo.

## **II.- RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

Los recursos administrativos se configuran como elementos de control y garantía cuyo objeto es revisar un acto administrativo, operando, siempre, ex post, sin perjuicio de otros mecanismos como son los supuestos de revisión de oficio o lesividad.

La existencia de los recursos administrativos tiene una larga tradición histórica en nuestro país y no es muy frecuente en la práctica que una Administración revoque un acto por la interposición de un recurso. Pero es que, conforme a la configuración diseñada, los recursos administrativos constituyen un privilegio de la Administración, la conocida potestad de autotutela, es decir, la posibilidad de pronunciarse sobre los actos que no agotan la vía administrativa antes de que el particular pueda instar el correspondiente recurso contencioso-administrativo y que se dibuja como una obligación para el administrado, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por devenir el acto consentido y firme, otras veces supone la mera subsanabilidad.

Sobre la constitucionalidad de esta prerrogativa administrativa ya se ha pronunciado notable doctrina y reiteradamente el Tribunal Constitucional con lo que no entraremos en esta cuestión, que por otro lado no constituye objeto de estudio del presente trabajo. No obstante, estoy de acuerdo con GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA<sup>3</sup> al poner de relieve que, siguiendo el parecer mayoritario en la doctrina, la preceptiva interposición de recursos administrativos contra los actos administrativos para poderlos recurrir en vía contencioso-administrativa constituye un privilegio de la Administración contrario al principio de igualdad de partes en el proceso y de dudosa constitucionalidad.

La LRJPAC distingue los recursos administrativos, clasificándolos en:

- 1.- Recurso de alzada, que cabe ante el superior jerárquico del órgano que los dictó contra las resoluciones y actos recurribles que no agotan la vía administrativa.
- 2.- Recurso de reposición, que cabe, con carácter potestativo, ante el mismo órgano que los dictó contra los actos que agotan la vía administrativa.
- 3.- Recurso extraordinario de revisión que cabe ante el mismo órgano que los dictó contra los actos administrativos firmes y en los casos tasados en la Ley.
- 4.- Recurso económico-administrativo, que es un recurso administrativo en materia tributaria que regulan los arts. 226 y ss. de la LGT 58/2003, 17 de diciembre.

---

<sup>3</sup> Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas. Madrid, 1995.

Pero el art. 107.2 LRJPAC permite que los dos primeros,alzada y reposición, puedan ser sustituidos por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje. Estos últimos constituyen el objeto de este trabajo.

La previsión del art. 107.2 supuso una de las novedades y aciertos más importantes de la Ley 30/1992, por lo que respecta a la revisión de los actos en vía administrativa, ya que los medios alternativos previstos pueden sustituir con ventaja a los recursos ordinarios (alzada y reposición) y desempeñar en mejores condiciones las funciones que el sistema de recursos administrativos debe cumplir. Como afirma SÁNCHEZ MORÓN, tratándose de recursos o procedimientos más informales y previsiblemente más rápidos, sencillos y menos costosos que el recurso contencioso-administrativo, pueden sumar a estas ventajas las que derivan de la independencia funcional de los órganos que los instruyan o resuelvan, que es una de las carencias más graves del sistema tradicional de los recursos administrativos y lo que, junto a otras deficiencias estructurales, provoca su relativa inutilidad actual.

La redacción originaria del art. 107.2 de la L.30/92 fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Así, los cambios aludieron a uno meramente estilístico, sin consecuencias jurídicas ni interpretativa alguna, ya que se sustituye la frase “otros procedimientos de impugnación o reclamación, *incluidos los de* conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas” por la de “otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”.

Por otro lado, la modificación incluyó la posibilidad de extender estos procedimientos de impugnación o acuerdos alternativos al recurso de reposición potestativo.

Así, el texto vigente del art. 107.2 LRJPAC establece que: *“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

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

Del precepto transcrito podemos deducir las siguientes características que distinguen a estos medios alternativos. Así:

1.- Se trata de **procesos de sustitución** y no de acumulación a los recursos ordinarios, es decir, permite que la sustitución pueda efectuarse mediante la creación de otros procedimientos de impugnación o reclamación, así como también a través de la conciliación, la mediación o el arbitraje. Pero lo que no permite el precepto es que el interesado pueda optar por una vía u otra, sino que la Ley recogerá la forma

en que el administrado deba ejercer su derecho al recurso, eligiendo bien la forma tradicional –alzada o reposición–, bien cualquiera de los medios alternativos.

No obstante, algunos autores como RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO, PILAR TESO GAMELLA y ÁNGEL AROZAMENA LASO (en su estudio: *“El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo. Revista CGP/Fundación Wellington.2004 Vol.II, pág. 40*), al tratar el procedimiento de arbitraje previsto en el art. 107.2 de la Ley 30/1992, erróneamente a mi entender por las razones antes indicadas, afirman que *“este carácter sustitutivo de los recursos administrativos que tiene el procedimiento arbitral previsto en el art. 107.2 puede ser entendido también como alternativo de los mismos. Esto es, puede configurarse de manera que el administrado voluntariamente elija entre interponer el recurso de alzada previo al contencioso administrativo o acudir a los procedimientos que se establezcan al amparo del citado art. 107.2, ya que ambos ponen fin a la vía administrativa, ex art. 109. a y b) de la LRI y PAC”*.

2.- Los procedimientos impugnatorios sustitutivos deben realizarse ante **órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas**. La colegialidad es, por tanto, una nota característica configuradora de estos procedimientos sustitutivos, a lo que debe añadirse la especialidad del órgano y su independencia. SÁNCHEZ MORÓN ha hecho hincapié en estos requisitos, señalando que estos órganos pueden estar compuestos por personal funcionario, técnico, expertos o árbitros ajenos a la Administración o tener carácter mixto. El éxito de esta nueva fórmula depende de la capacidad técnica e independencia de criterio y, como acertadamente añade SARMIENTO ACOSTA, dada la redacción del precepto parece que se piensa en materias o sectores específicos, en cuyo caso deberán ser especialistas elegidos con criterio de objetividad los que formen tales órganos.

En todo caso, la Ley 30/92 no concreta el régimen específico de los procedimientos sustitutivos, por lo que será la Ley que los establezca la que configure el procedimiento y composición de los órganos colegiados o de las comisiones específicas, en su caso o bien, se permita mediante Ley que algunos aspectos puedan configurarse libremente, como ocurre en el EBEP con los medios de solución extrajudicial de conflictos, aunque no piensa en medios alternativos a los recursos de alzada o reposición.

3.- Otra nota característica es que estos procedimientos alternativos no pueden sustituir indiscriminadamente a los recursos de alzada y de reposición, sino **en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique** –dice el art. 107.2-. Nada obsta a que el legislador hubiera incluido entre el articulado del EBEP la posibilidad de crear estos medios en el ámbito laboral público.

Respecto del ámbito concreto en que estos medios alternativos puedan resultar eficaces, deberá tenerse en cuenta, por un lado, los límites concretos a los mismos, que trataremos en el epígrafe siguiente, como son el interés público, la irrenunciabilidad del ejercicio de las potestades públicas y el control judicial de los actos administrativos. Por otro lado, los escenarios en que estos medios se configuren como exponentes de la eficacia de la actividad administrativa.

Así, sin perjuicio de analizarlos sucintamente en cada uno de los medios alternativos que propone la Ley, esos escenarios vendrán configurados por la especialidad de la materia concreta de que se trate. A diferencia de algunos autores, como RAFAEL BADELL MADRID –al hablar de los recursos contencioso-administrativos, que hacen depender el ámbito según se esté ante potestades regladas –en las que no sería posible la aplicación de medios alternativos habida cuenta de los principios de legalidad y la satisfacción del interés público encomendado a la Administración- y potestades discrecionales –en los que el autor citado ve posible la utilización estos medios alternativos- si bien concretándolo sólo cuando la Administración actúa en relaciones de derecho privado (compraventa, arrendamiento...).

Sin embargo, difiero totalmente de la opinión manifestada por el profesor BADELL, ya que la especificidad de la materia no tiene que ver con el ejercicio de potestades regladas o discrecionales que, por otro lado, con independencia de la clase de potestad, la Administración está vinculada a la satisfacción de intereses generales, ya que cuando actúa en el tráfico privado no ostenta potestad de ninguna clase, equiparándose a los particulares, salvo algunas excepciones. Por tanto, la determinación del ámbito de los medios alternativos, no se encuentra tanto en el hecho de tales o cuales potestades, sino en la especificidad de la materia. Así, algunos de los medios alternativos adecuados cuando se trate, por ejemplo de la resolución de conflictos laborales, podrían encauzarse a través de la conciliación o mediación, otros como la aplicación de tributos, nuevas tecnologías (sectores excluidos de la contratación), mercado de valores podrían encajar en sistemas arbitrales.

En resumen, deberá ser el legislador el que, a tenor de la materia y la experiencia, sopesa en cada uno de los casos la eficiencia, la imparcialidad y la objetividad del actuar administrativo en cada campo, que haga más aconsejable encomendar la resolución de conflictos a otros órganos colegiados o comisiones específicas capaces de resolver las controversias suscitadas entre una Administración y un particular de una manera rápida y justa.

4.- El establecimiento de estos procedimientos sustitutorios debe efectuarse mediante **Ley**. La alusión a la Ley es, también, determinante, ya que en virtud de la atribución de competencias que la Constitución hace a las Comunidades Autónomas y del reconocimiento implícito a las Asambleas Legislativas de legislar, podrán establecerse estos recursos no sólo a través de Leyes estatales, sino también de las Comunidades Autónomas.

No obstante y a pesar de lo dicho, LUCIANO PAREJO ALFONSO defiende la posibilidad de que no hace falta la aprobación de leyes sectoriales a que hace referencia el art. 107.2. En efecto, el autor citado afirma que *si de lo que se trata es que un órgano situado fuera de la línea jerárquica resuelva los recursos ordinarios, es posible hacerlo mediante la simple creación del órgano, cumpliendo los requisitos del art. 11 LRJPAC y delegarle la competencia para la resolución de dichos recursos. Recordemos –añade el autor- que el art. 13.1 consiente la delegación entre órganos que no sean jerárquicamente dependientes y que sólo se prohíbe delegar las competencias de resolución de recursos en los órganos administrativos que hubiesen dictado el acto recurrido, lo que no es el caso.*

Sin embargo, no estoy de acuerdo con lo que afirma PAREJO ALFONSO. En primer lugar, porque el art. 107.2 exige que una ley sea la que establezca el

mecanismo sustitutivo de los recursos ordinarios. En segundo lugar, porque olvida la potestad inherente de esa delegación como es la avocación que, de cualquier asunto, pudiera hacer el órgano delegante, según establece el art. 14.1 párr. segundo de la Ley 30/92 y, precisamente, lo que pretende el art. 107.2 es salvaguardar la independencia del órgano resolutorio. De este modo no es posible, por su propia naturaleza, que en el mecanismo sustitutivo tenga lugar la avocación.

5.- Otra característica a tener en cuenta es que el establecimiento de estos procedimientos alternativos **deben respetar, en todo caso, los principios, garantías y plazos que la Ley 30/92 reconoce a todo ciudadano e interesado** en el procedimiento administrativo. Es decir, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, *esta norma tan genérica hace alusión a los principios generales que cabe deducir del Título VI de la Ley (oficialidad, economía, celeridad, contradicción, defensa...) y, muy en particular, a los denominados por la Ley "principios generales" en materia de recursos administrativos (arts. 107 a 113). Por otra parte, impide desconocer los derechos de los ciudadanos que señala el art. 35, en cuanto sean aplicables, y el concepto de interesado que establece el Título III. En cuanto a los plazos, parece lógico entender que está pensando en los de interposición y resolución del recurso de alzada y el de reposición.*

6.- Finalmente, y no menos importante, otra característica que se deduce del art. 107.2 es que la resolución que recaiga en estos medios alternativos **agota la vía administrativa**, dejando abierta la posibilidad de acudir a los Tribunales (art. 109 b) LRJPAC).

Por otro lado, la Ley menciona expresamente el ámbito local y las posibilidades de establecer en él los procedimientos sustitutivos, declarando de manera expresa que *la aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.* Con esta referencia la Ley trata de salvaguardar la autonomía local reconocida constitucionalmente en el art. 141 CE. Sin embargo, la existencia de órganos independientes, aunque sean externos a la Administración local, no son incompatibles con su autonomía como ha reconocido reiteradamente el TC (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, 27/1987, de 27 de febrero, 213/1988, de 11 de noviembre...). Lo que quiere decir el texto legal, según SÁNCHEZ MORÓN, es que aunque los órganos colegiados correspondientes tramiten los procedimientos impugnatorios en cuestión y formulen las propuestas de resolución, compete a los órganos superiores electivos adoptar la decisión que proceda, así ocurre, con el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona.

Sin embargo, la Ley de modernización de la Administración Local supuso la posible creación de un órgano específico en materia tributaria, cuyas decisiones son susceptibles de recurso económico-administrativo o potestativo de reposición, sin intervención alguna de cargos electos, lo que aproxima de alguna manera al espíritu que defendemos en este trabajo.

## **LÍMITES A LAS VÍAS ALTERNATIVAS DEL ART.107.2**

La ley no señala las limitaciones que deben observarse para el establecimiento de medios sustitutivos de los recursos que, en algunos casos como la conciliación, la mediación o el arbitraje, pueden conculcar los fines intrínsecos del acto administrativo, pudiendo entrar en colisión con los principios tradicionales de legalidad de la actuación administrativa o el ejercicio de potestades a la consecución de los intereses generales.

La aplicación de los mecanismos alternativos, y por tanto su regulación – especialmente la conciliación, mediación y arbitraje, pudiendo extenderse, también, a aquellos procedimientos de impugnación o reclamación cuando por sus características se asimilen a procedimientos próximos al derecho privado, como la transacción<sup>4</sup>– pueden tener como límites, además de las señaladas anteriormente al hablar de las características, los siguientes:

**1.- El interés público que debe imperar en la actividad administrativa.** En efecto, esta limitación encuentra su fundamento en el mandato constitucional contenido en el art. 103.1 CE al declarar que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales.

El interés general o público se contrapone genéricamente al interés particular o privado, pudiendo definirse, siguiendo a ESCOLA, como el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecte, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.

La Administración no ostenta las potestades que la Ley le atribuye para sí misma, para obtener un provecho propio, sino en favor de la colectividad, es decir, a favor de lo que se denomina el interés general o público. Por ello, ese interés general o público no puede ser desconocido por las partes al tratar de resolver las controversias suscitadas entre una Administración y un administrado. De ahí que en todas las materias en que predomine un interés público como concepto superior, no será posible establecer mecanismos alternativos sustitutivos de los recursos de alzada o reposición.

No obstante, este límite puede fácilmente salvarse, pues, habida cuenta que el art. 107.2 encomienda la resolución de estos conflictos a órganos colegiados o comisiones específicas no dependientes jerárquicamente, no por ello dejan de ser órganos administrativos, cuyas resoluciones también gozan de presunción de legalidad y, al configurarse como los órganos resolutivos, su decisión debe incardinarse a la satisfacción del interés general, amén de que es una Ley la que establece su imposición como procedimiento sustitutivo y, por tanto, cuenta con el respaldo de nuestros legisladores con la proporción parlamentaria correspondiente de las Cortes, representativas de la voluntad del pueblo español.

---

<sup>4</sup> El art. 1809 CC señala que *“La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado”*.

## **2.- El carácter irrenunciable del ejercicio de las potestades administrativas.**

En efecto, alguno de los mecanismos alternativos, como la conciliación o la mediación, no pueden suponer, en ningún caso, dejación de las potestades que la Ley reconoce a las AAPP, pues, en principio, son irrenunciables e indisponibles, debiendo ser aplicadas por la Administración en la forma y oportunidad que el ordenamiento prevé, sin que quepa la aplicación de las mismas al libre arbitrio de la Administración titular, omitiéndola o modificándola.

No obstante, siguiendo en este sentido a FRAGA PITTALUGA, el hecho de que la Administración concorra con el particular en celebrar acuerdos concertados – conciliados o mediados- que pongan fin a las controversias, en modo alguno puede interpretarse como una renuncia de la Administración al ejercicio de las potestades que legalmente le fueron otorgadas. Antes bien, se trata del ejercicio de un poder que la Ley reconoce a la Administración (con la intervención de órganos colegiados o comisiones específicas, ya que si no se estaría ante terminaciones convencionales del art. 88 LRJPAC) para que, haciendo uso de los métodos previstos en la ley reguladora, se sustituya la decisión unilateral de aquélla por un negocio jurídico (conciliación o mediación) cuando el interés público así lo exija.

**3.- La reserva al poder judicial del control de los actos dictados en los procedimientos alternativos.** Tal vez este límite sea absolutamente infranqueable, por cuanto la configuración que la Ley 30/92 hace de los medios sustitutivos del recurso de alzada o reposición, en ningún caso permiten la exclusión de conocer por parte de los Tribunales (art. 106.1 CE y art. 6 LOPJ) las resoluciones que en dicho procedimiento recaigan habida cuenta del carácter revisor de la jurisdicción... Esta es una de las más duras críticas que merecen las vías alternativas, ya que no dirimen, de una vez por todas, la controversia sino que no paralizarían un eventual litigio pese a la solución a que se hubiere llegado en vía administrativa.

Por otro lado, en este punto debemos hacer alusión, dado su interés, a la impugnación de un acto decisorio recaído en estas vías alternativas. Así, si fuera el particular quien estuviera en desacuerdo con el acto dictado bastaría acudir a las reglas generales de impugnabilidad, quedando abierta la vía contencioso-administrativa, ya que las resoluciones en vías alternativas suponen la finalización del procedimiento administrativo quedando expedita la vía contenciosa (art. 109 b LRJPAC).

Otra cosa debe dispensarse de la Administración, que se hubiere vista sometida al procedimiento alternativo, cuando intente recurrir el acto recaído en vía contenciosa. En este caso, la impugnabilidad dependerá del carácter que tuviera el órgano resolutorio. Así, si se tratara de una Administración jerárquicamente dependiente o perteneciente a la misma, el medio adecuado sería la revisión de oficio o declaración de lesividad (arts. 102 y ss. LRJPAC), pero, como quiera que el art. 107.2 impone la obligación de que se trate de órganos colegiados o comisiones específicas no dependientes jerárquicamente, deberá procederse a recurrir el acto en vía contenciosa como ocurre, por ejemplo, con los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación. La particularidad viene constituida en el ámbito local en el que al no poderse alterar la competencia de los órganos representativos electos (Alcalde,

Pleno), la existencia de los órganos resolutorios no imponen una decisión, sino una propuesta<sup>5</sup>.

Si por alguna razón el órgano competente para resolver no perteneciera a la Administración en desacuerdo con la decisión adoptada no le quedaría más remedio que impugnar el acto ante el contencioso-administrativo, sin perjuicio del requerimiento previo que prevé el art. 44 LJCA.

Vistas las características y limitaciones de los procedimientos sustitutos a los recursos de alzada y reposición pasemos a estudiar cada una de las instituciones que menciona el art. 107.2 LRJPAC.

## **LOS PROCEDIMIENTOS SUSTITUTIVOS DEL ART. 107.2**

Como dijimos más arriba, el art. 107.2 alude a los *procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje*.

### **Los otros procedimientos de impugnación y reclamación.**

Respecto de los *procedimientos de impugnación y reclamación* no cabe detenerse en ellos, ya que la Ley con esta expresión, deja abierta al legislador la posibilidad de configurar cualquier tipo de procedimiento que considere adecuado y legítimo para la resolución de controversias, sea cual sea su denominación, que bien pudiera adoptar el carácter de recurso.

Así ha ocurrido, por ejemplo y salvando las distancias, con la creación de un nuevo recurso especial en materia de contratación pública que viene regulado en la Ley de Contratos del Sector Público (art. 37), si bien limitándolo prácticamente a los contratos sujetos a regulación armonizada y dejando la vía ordinaria de impugnación respecto al resto de contratos nominados.

Sin embargo, en Baleares la Ley 3/2003, de 26 de marzo de Régimen Jurídico en su art. 66 establece un recurso especial en materia de contratación. Este precepto sustituye al recurso de reposición y señala que *"1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.*

*2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.*

*3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la*

---

<sup>5</sup> Salvo alguna excepción como ocurre en Baleares en materia de contratación y a la que luego aludiremos.

*facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.*

*4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el órgano de contratación que dictó el acto impugnado”.*

### **La conciliación.**

La conciliación suele ser estudiada desde un punto de vista procesal, de ahí que la práctica totalidad de estudios se verifiquen en esta disciplina.

La conciliación puede definirse con ESCOBAR GIL como *un acto procesal en que las partes en presencia y con intervención de un juez o de un tercero investido transitoriamente de la función de administrar justicia, buscan la composición de un conflicto de intereses para terminar anticipadamente el proceso.*

De esta forma, aplicando analógicamente con ciertas matizaciones el concepto anterior, la conciliación, en nuestro caso, puede definirse como el acuerdo a que llegan la Administración y el particular con la intervención de un tercero con el objeto de poner fin a la controversia suscitada entre ambos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, CARNELUTTI señala que la conciliación tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, con objeto de inducirles a la composición contractual con la distinción que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda.

De lo expuesto, teniendo en cuenta el art. 107.2 LRJPAC, la conciliación es un acto previo a la jurisdicción tendente a evitar la futura vía contenciosa. La conciliación trata de fomentar la comunicación y acercamiento entre las partes para alcanzar un acuerdo que termine con el conflicto suscitado, según señala TORNOS MAS. Es también un sistema de autocomposición en el que la intervención de un tercero ajeno al conflicto –el conciliador– se limita a propiciar un acercamiento de las partes para que puedan solucionar por sí mismas el conflicto.

Especial mención merece la conciliación establecida en sede jurisdiccional por el art. 77 LJCA. Así este precepto señala que *“1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción, y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Las Administraciones oportunas...*

*2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.*

*3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público o de terceros”.*

Por consiguiente, el citado precepto, además de suponer otra terminación del proceso distinto de la sentencia, introduce una técnica de autocomposición –de conciliación– a fin de que las partes lleguen a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia.

También cabe destacar las conciliaciones en el Derecho Procesal Laboral que se producen ante el SMAC (arts. 63 y ss. LPL) y las señaladas en el Derecho Procesal Civil.

Sin embargo, en nuestro caso, alcanzada una solución mediante acuerdo conciliatorio en vía administrativa, no impide, a pesar de la propia naturaleza del mismo acuerdo, poder abrir la vía contenciosa. Y es que ello es así, por cuanto la finalidad del art. 107.2 LRJPAC es de ser un medio sustitutivo de los recursos de alzada o reposición, previos éstos siempre al ejercicio de acciones ante los Tribunales en cuanto agotadores de la vía administrativa. No obstante, en la práctica no veo factible que una acción que tratara de desvirtuar el acuerdo conciliatorio tuviera éxito ante los Tribunales, salvo contadísimas excepciones –en que dicho acuerdo convencional resultara viciado por alguno de los límites a los que se ha hecho alusión en el presente trabajo o bien en el precepto citado (art. 77 LJCA)–, ya que se iría en contra de los actos propios. Con todo, lo conveniente sería imponer obstáculos o restringir las causas de acceso a Tribunales. Tímidamente a ello se refiere el EBEP al hablar de la impugnabilidad de los acuerdos adoptados mediante el sistema de arbitraje, cuando el art. 45.4 señala que *“Estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente”.*

### **La mediación.**

SÁNCHEZ MORÓN define la mediación como aquel procedimiento generalmente no formalizado en virtud del cual un tercero –llamado mediador– contribuye a la resolución del conflicto entre las partes, organizando el intercambio de puntos de vista, intentando aproximarlos y propiciando una composición de sus intereses, pudiendo realizar propuestas para la solución del conflicto.

La mediación, al igual que la conciliación, son técnicas amigables de resolución de conflictos en las que la intervención de un tercero se realiza sin conferirle potestad de decisión. Se diferencia de la conciliación en las facultades del tercero mediador que, mientras en la conciliación se limita a acercar a las partes, en la mediación su intervención es más intensa al formalizar una propuesta de resolución del conflicto.

La mediación se distingue del arbitraje en cuanto el mediador no toma una decisión ya que esta facultad corresponde a las partes en conflicto, tampoco el mediador impone una solución, a diferencia de los árbitros.

Respecto de la impugnación de los acuerdos mediados, siempre que confluyan las voluntades en conflicto, deberemos estar a lo ya dicho anteriormente para la conciliación.

En cuanto a la aplicación en el Derecho Administrativo de la conciliación y la mediación, siguiendo a TORNOS MAS, hemos de indicar que nada obsta a su regulación en el Derecho Administrativo, pudiendo imponerse de manera obligatoria siempre que se respete la doctrina constitucional de las vías previas, es decir, que no se evite el control jurisdiccional posterior y que el trámite sea proporcionado y justificado, no comportando una simple carga para el administrado (SSTC 60/1989, 162/1989, 217/1991, 70/1992, 65/1993, 120/1993 y 355/1993).

### **El arbitraje.**

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación 12/1986, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, postulaba que los gobiernos adoptaran las disposiciones adecuadas para que "en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial".

Por ello, leyes recientes, como la de Ordenación del Seguro Privado, la General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la de Propiedad Intelectual y la Ordenación de los Transportes Terrestres complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal, facilitan cauces sencillos y económicos para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaura es igualitario. Se trata, en definitiva, de remover, conforme ordena el artículo 9.º de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

El arbitraje, en términos generales, puede definirse como aquel mecanismo de resolución de conflictos que tiene su origen en un acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, conviniendo someter su conocimiento a terceras personas, denominadas árbitros, para que resuelvan el conflicto surgido o que pueda surgir entre ellas.

No obstante, el arbitraje, a los efectos del art. 107.2 LRJPAC, no tiene su origen en una voluntad de las partes, sino en una imposición de la Ley. Si bien, el arbitraje que contempla el EBEP precisa, como veremos, de un previo acuerdo por ambas partes donde establezcan el procedimiento, también de común acuerdo, y su sometimiento es siempre voluntario.

El arbitraje que contempla la LRJPAC no coincide, básicamente, con el arbitraje tradicional. Así es, en efecto, por cuanto aquél no excluye el conocimiento posterior de los órganos jurisdiccionales que, por lo demás no tiene carácter excepcional, sino que los órganos jurisdiccionales deberán entrar a conocer de los laudos dictados al amparo del art. 107.2, pues recordemos que este sistema sustituye tan sólo a los recursos de alzada o reposición. Siendo ello así una notable diferencia con los arbitrajes tradicionales, por cuanto éstos sometidos las partes voluntariamente a la decisión de los árbitros, excluyen el conocimiento de sus controversias a los órganos jurisdiccionales que sólo entrarán a conocer de ellas en casos extraordinarios y por motivos completamente tasados.

Tal vez lo anterior sea una de las causas que justifica las más duras críticas que este sistema arbitral administrativo recibe de la doctrina, pues en la medida que no excluye el conocimiento de los órganos jurisdiccionales, se convierten por ello en absolutamente inútiles e ineficaces para dirimir las controversias que se susciten entre la Administración y los particulares. De la misma forma, en el EBEP subyace esa inutilidad pues permite la impugnación de todos los acuerdos sea cual sea el sistema de solución empleado (art. 45.4 párr. 2º).

De otro lado la LRJPAC no determina si el arbitraje debe ser de equidad o de derecho. SÁNCHEZ MORÓN defiende la posibilidad de que puedan ser de ambos tipos, sin embargo, no estoy de acuerdo con su planteamiento porque el principio de legalidad que informa la actividad administrativa exige que el arbitraje a aplicar deba ser el de derecho y no de equidad, ya que la Administración sólo puede ser *juzgada* conforme a la ley<sup>6</sup>.

El sistema arbitral goza en España del reconocimiento y respaldo de nuestros legisladores. Así, existe bastante normativa sectorial que dirige los conflictos suscitados no ya entre la Administración y los particulares o empresas, sino de éstas entre sí, encomendando su solución a sistemas arbitrales, si bien no se configuran como medios sustitutivos de los recursos de alzada o reposición y en la mayoría de los casos no someten a sus decisiones a la Administración sino que es más bien la Administración la que hace de árbitro. Como ejemplos de ello podemos aludir:

1.- El TR de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encomienda a las Juntas Arbitrales de Consumo el ejercicio de esta actividad arbitral. En dichas Juntas participan asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales. Su regulación estatal se contiene en el RD 636/1993, de 3 de mayo y están sujetas a la Ley de Arbitraje de 2003.

2.- La Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por RDLeg 1/1996, de 12 de abril, que crea, según el art. 153, la Comisión Mediadora Arbitral encargada de resolver los conflictos que se planteen entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio y las entidades de radiodifusión.

3.- La Ley 16/1987, de 30 de julio de Transporte Terrestre, modificada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, cuyos arts. 37 y 38.1 encomiendan la actividad arbitral a las Juntas Arbitrales del Transporte que resuelve las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando de común acuerdo le sean sometidas.

---

<sup>6</sup> La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje invierte la regla que la [Ley de 1988](#) contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la *equidad*, o a términos similares como *decisión en conciencia*, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como *amigable componedor*. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación.

4.- La Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados, donde atribuye a las Comisiones de Conciliación de ámbito provincial la resolución de las controversias entre compañías aseguradoras y asegurados.

5.- Las Leyes de liberalización de los servicios públicos en los sectores eléctrico, hidrocarburos, telecomunicaciones y servicios postales que prevén distintos entes que desempeñan funciones arbitrales como son: Comisión Nacional de la Energía (en el sector eléctrico e hidrocarburos), Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en el sector de las Telecomunicaciones), Juntas Arbitrales de Consumo (servicios postales), si bien en todos ellos la función arbitral sólo se realizará a petición de ambas partes y en algunos casos se remiten a la Ley de Arbitraje.

6.- La Ley de Contratos del Sector Público prevé como medio de resolución de conflictos el Arbitraje, así el artículo 39, dedicado al *Arbitraje* señala que *“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre la ejecución y resolución de los contratos que celebren”*<sup>7</sup>.

Como vemos el legislador apuesta por el Arbitraje como fórmula de resolución de conflictos, pero lo limita casi siempre a los conflictos suscitados entre entes privados.

Nada obsta, por los distintos ámbitos en que se contemplan los sistemas arbitrales enunciados anteriormente, a configurar un mecanismo de sustitución de los recursos de alzada y reposición, vinculando a la Administración al poder de decisión de un tercero. Pero esta fórmula implica un menor poder de la Administración sobre sus actos y, por ende, sobre los administrados, de ahí tal vez que los mecanismos alternativos, objeto del presente estudio, despiquen como algo no querido por la Administración y ello pese a que, sin duda, agilizarían la actividad administrativa y darían lugar a resoluciones totalmente ajustadas a Derecho en mayor proporción que con las que contamos en la actualidad. En palabras de FERNÁNDEZ MONTALVO *la aplicación al Derecho Administrativo de estos medios de resolución de conflictos – aludiendo a los del art. 107.2- no ha sido tradicionalmente contemplada, pues la Administración ha sido reacia a la utilización de fórmulas convencionales para la resolución de conflictos, y de modo especial al recurso a la intervención de terceros que adopten en relación con ella la defensa de un interés prevalente sobre el de las partes enfrentadas.*

---

<sup>7</sup> Si bien, hemos de señalar que el art. 39 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público parece que podría chocar con el art. 2.2 de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 dedicado a las materias objeto de arbitraje pues, permite vislumbrar la posibilidad de atraer a un arbitraje internacional a una Administración al decir que *“cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”*.

## **VI. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN EL EBEP.**

En este epígrafe intentaremos resolver el alcance del art. 45, el cual como hemos visto hasta ahora no se configura como un medio alternativo y sustitutorio de las resoluciones que se adopten en materia de empleo público en el ámbito de una Administración, sino que el sistema que se establezca se impone en un estadio anterior a la resolución misma del conflicto de que se trate y que será dictado en última instancia por el órgano competente, cabiendo después de esa actuación los medios de impugnación que procedan, según el régimen común.

Se trata de instrumentos que tienden a preservar la paz social mediante pactos o acuerdos que, aceptados por las partes, no sean alterados por quienes deban adoptarlos (caso de los acuerdos) o posteriormente recurridos (caso de los pactos).

El EBEP ha desperdiciado una gran ocasión para instaurar cualquiera de las vías que en materia de recursos alternativos nos ofrece el art. 107.2 LRJPAC, como medio para poder solucionar los conflictos que puedan suscitarse entre los distintos operadores en las relaciones laborales y es que, en este ámbito, se da la necesaria especificidad que señala el precepto citado. Sin perjuicio de ello, veamos pues cuáles son las particularidades de estos sistemas en el EBEP.

### **1.- La solución extrajudicial en el EBEP.**

El EBEP establece un mecanismo de resolución de conflictos colectivos que califica de extrajudicial para remarcar o enfatizar que se produce al margen de toda intervención judicial. Ahora bien, no señala si es o puede ser extraadministrativa, por referirnos a cuando el conflicto sea resuelto por órganos que no pertenecen a la misma administración o bien, intraadministrativa, esto es mediante órganos que pertenecen a aquélla.

La cuestión planteada es sumamente interesante puesto que el EBEP guarda completo silencio, diciendo simplemente que serán las Administraciones Públicas y las Organizaciones sindicales las que podrán crear, configurar y desarrollar estos sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

Por tanto, de partida nos encontramos con el primer problema que es que sólo las partes podrán en igualdad de condiciones establecer estos sistemas sin que puedan imponerse de forma coactiva por una de ellas a la otra<sup>8</sup>. Esto se confirma, además, por el hecho de que el propio art. 45 EBEP establece ciertas peculiaridades que no dejan de ser sorprendentes. Así, no puede entenderse que pactadas determinadas reglas y el sometimiento a un sistema concreto, todavía se precise de la voluntariedad para acudir a un arbitraje o que si van a un mediador la solución que proponga pueda ser libremente aceptada y, más, estéril todavía, que cualquiera que sea el sistema utilizado y la propuesta o decisión formulada se permita su impugnación. Atenderemos a estas cuestiones más adelante.

---

<sup>8</sup> Otra cosa sería si pudiera utilizarse los recursos del art. 107.2 LRJPAC.

De otro lado, destacamos la confusa denominación con que el EBEP menciona a la solución de conflictos colectivos pues, ésta no deja de tener un sentido muy peculiar y se circunscribe dentro del derecho del trabajo más que del derecho administrativo.

## **2.- Límites para el establecimiento de estos sistemas de solución de conflictos desde la perspectiva administrativa.**

El art. 45 del EBEP no señala cuáles sean los límites a los que deba sujetarse la Administración respecto de lo que pueda negociar para la creación de estos sistemas de solución de conflictos, por lo que su margen de actuación es bastante amplia. Ahora bien, del propio precepto citado parece deducirse dos límites infranqueables e innegociables como son la voluntariedad de los acuerdos que se adopten cuando se acuda al sistema de mediación y a la posibilidad de impugnar tanto los acuerdos adoptados en el citado sistema como en el arbitraje.

Junto a estos límites podemos deducir otros relacionados con el giro o tráfico del actuar administrativo y de alcanzar, por imperativo constitucional, los fines de interés general<sup>9</sup>.

Por otro lado, sí se extraen del propio precepto antecitado unos límites respecto del alcance o vinculación de los acuerdos resultantes de los sistemas empleados, ya que, si como consecuencia de la aplicación del sistema de solución de conflictos se llegara a un acuerdo, éste solo tendrá eficacia jurídica en igual condiciones que un pacto o acuerdo cuando los que lo hubieren suscrito tuviesen la legitimación precisa para alcanzar aquéllos conforme a lo señalado por el EBEP.

Por lo demás, es reiterable aquí los límites aplicables para los recursos alternativos ya vistos, por lo que a ellos nos remitimos.

## **3.- La competencia para la creación de estos sistemas.**

El EBEP no atribuye la competencia para poder crear estos órganos o permitir la sumisión de un conflicto a su conocimiento. Si nos movemos en las coordenadas del régimen local, tenemos dos posibilidades atendiendo al órgano que ostenta la competencia material del asunto sometido a conflicto. De esta forma, con carácter general parece que la competencia para *negociar* estos sistemas es del Alcalde, bien por ostentar la competencia en materia de personal, bien por la *vis atractiva* o asunción residual de competencias cuando las normas no establecen que sea

---

<sup>9</sup> El art. 88.4 LRJPAC nos recuerda los límites a la hora de la terminación convencional, señalando el apartado primero que "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".

expresamente del Pleno. De otro lado, obviamente, será el Pleno cuando la competencia no recaiga en el Alcalde.

Respecto de las organizaciones sindicales, entendemos que deberá adoptarse por los órganos específicos de representación a través de los Delegados de Personal o a las Juntas de Personal de la Administración de que se trate, según los casos.

#### **4.- Materias objeto de impugnación.**

El art. 45 EBEP en su párrafo primero señala que *“con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la **aplicación e interpretación** de los **Pactos y Acuerdos**, las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos”*.

Por pacto, el EBEP se refiere en el art. 38.2 a aquellos que se celebran *“sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente”*.

En cambio los Acuerdos, según el 38.3 *“versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente”*.

El art. 45.2 circunscribe el ámbito material señalando que dichos pactos o acuerdos son sobre las materias que establece el art. 37, esto es, las materias objeto de negociación, se entiende, las obligatorias, aunque nada obsta a que la Administración libremente pueda convenir aspectos que atañan a sus competencias (art. 37.2) siempre que ello sea posible.

Como vemos, no es objeto de impugnación los pactos o acuerdos en si mismos, ya que a éstos se llega, precisamente, por la negociación y consenso. Lo que realmente, constituye objeto de impugnación es la aplicación e interpretación que, tanto de los acuerdos como de los pactos, puedan suscitarse. Sin embargo, el apartado segundo del art. 45 extiende el conocimiento de la controversia a la *negociación* o renegociación como señala respecto a este último el art. 38.7 EBEP.

Por lo que en la práctica y como supuestos más numerosos, el fin que se persigue con estos sistemas de solución de conflictos es el debido respeto a los pactos y acuerdos alcanzados, lo que podría resolverse, según los casos, por analogía, en virtud

de los arts. 1280 y ss. CC relativas a la interpretación de los contratos. No considero conveniente aplicable al ámbito de la Administración los principios tradicionales que en materia laboral se recogen en el Estatuto de los trabajadores (así por ejemplo el principio *pro trabajador*) por la distinta finalidad y límites que mueve a la Administración (interés general, leyes de presupuestos, legalidad...) de la que preside a los empresarios (interés privado, libertad de pactos...). Ahora bien, nada obsta a que respecto al personal laboral, por expresa remisión del EBEP se les aplique, en lo que no aparezca expresamente contemplado para ellos, las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, aunque mantengo lo dicho más arriba.

## **5.- Sistemas de solución de conflictos.**

El EBEP no fija un sistema único de solución de conflictos, sino que señala junto a la mediación y el arbitraje, que puedan configurarse otros medios de solución.

Respecto de estos últimos, siguiendo el art. 107.2 LRJPAC, podemos señalar la conciliación, aunque es posible cualesquiera otros siempre que se respeten los límites antes vistos y se garantice la igualdad de partes en el conflicto (imaginemos una especie de institución de Jurado laboral similar al Jurado popular en el ámbito penal o un órgano parecido a los que los municipios del Título X LRBRL pueden crear en materia tributaria).

Sin embargo, hemos de reiterar aquí, como decíamos, la inutilidad del sistema si cualquiera que éste sea se permite libremente impugnar los acuerdos adoptados o que algunos de ellos necesiten su ratificación (cuando se trate de acuerdos en el sentido del art. 38.3 EBEP)

### **5. a) La mediación.**

La mediación, veámos antes siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, puede definirse como aquel procedimiento generalmente no formalizado en virtud del cual un tercero –llamado mediador- contribuye a la resolución del conflicto entre las partes, organizando el intercambio de puntos de vista, intentando aproximarlos y propiciando una composición de sus intereses, pudiendo realizar propuestas para la solución del conflicto.

El EBEP no configura el sistema de mediación como voluntario, sino que si éste estuviera establecido, la solicitud de una de las partes de acudir a este sistema sería obligatoria para la otra, pudiendo ser libremente aceptadas o rechazadas las propuestas que el mediador ofrezca, sin perjuicio de su impugnación como veremos más adelante.

### **5.b) El arbitraje.**

Al arbitraje ya hemos dedicado una parte importante de nuestro trabajo al hablar de los recursos alternativos por lo que no vamos a reiterarnos aquí, ya que en esencia son trasladables aquí los mismos planteamientos. Señalaremos pues, cuáles son las peculiaridades de este sistema en el EBEP cuando se aplica como medio de solución de conflictos colectivos.

De esta forma, el arbitraje que se contempla como medio de solución de conflictos por el EBEP, se configura como absolutamente voluntario para las partes encontradas, si bien el art. 45 explicita que las mismas asuman o se comprometan de antemano a aceptar el contenido del laudo arbitral.

Al igual que ocurre con el arbitraje privado, en este sistema se prevé la impugnación del laudo arbitral, limitándose, al menos en apariencia, los motivos de impugnación al caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión o que ésta contradiga la legalidad vigente.

Como vemos, el arbitraje en este caso se diferencia de la mediación en el que el sistema en el primero es voluntario, mientras que en la mediación es obligatorio y, respecto de la solución a la que se alcance, en el arbitraje se debe mantener su sumisión mientras que para la mediación, las partes son libres de aceptarla o no.

## **6.- Impugnación de los acuerdos adoptados en estos sistemas.**

La impugnación de los acuerdos de conflictos colectivos va a depender del órgano que los resuelva, así como si precisa o no de su ratificación por el órgano competente, añadiendo si forma parte o no de la estructura propia de la correspondiente Administración.

Así pues, si por el contenido de la resolución no precisa ratificación posterior, los medio de impugnación dependerán en gran parte de las características del órgano resolutorio, pudiendo señalarse al respecto varias opciones:

1.- Que se trate de un órgano de composición puramente administrativo y que forma parte de la Administración como órgano de la misma.

En este caso, procederá recurso de alzada ante el órgano competente (alcalde o Pleno, según la competencia negociada), salvo que tuviera la competencia delegada, en cuyo caso, procedería el recurso de reposición (art. 13.4 LRJPAC).

Sin embargo, si el órgano tiene la competencia desconcentrada, al menos, teóricamente, cabría recurso de reposición ante el órgano que resuelva el conflicto.

En todos estos casos, si el acuerdo dictado fuera favorable a los trabajadores y no para la Administración, la misma podría impugnarlo a través de la declaración de lesividad o bien, mediante la revisión de oficio, según los casos.

2.- Que se trate de órganos integrados en otra Administración, cuya composición sea administrativa.

Respecto de la parte que representa a los trabajadores procederían los recursos comunes previstos en derecho administrativo.

Sin embargo, la Administración perjudicada por la resolución habría de proceder a requerir a aquél para que cambiara la resolución por sus propios medios o bien impugnarlo directamente ante el contencioso-administrativo, ya que entre administraciones no caben los recursos ordinarios en vía administrativa (art. 44 LJCA).

3.- que se trate de órganos ajenos a la Administración o no sometidos a sus instrucciones o jerarquía, cuya composición sea paritaria.

En este supuesto, puede que nos encontremos con un conflicto de importante calado a la hora de resolver cuál sea la vía de impugnación a seguir ya que, podemos pensar que se trata de resoluciones que dimanen de un órgano de carácter semi-privado pero que produce efectos en la esfera administrativa y sólo en ella.

Al no depender directamente de la Administración, aunque algunos de sus miembros formen parte de la misma, ni ser orgánicamente considerada como administración pública ni en su más extenso sentido, tenemos un órgano público-privado. De esta forma, y para el supuesto expuesto, está claro que no cabe recurso en vía administrativa pero nos planteamos las dudas en torno a cuál deba ser el orden jurisdiccional aplicable.

Así de un lado, es competente el orden jurisdiccional contencioso administrativo respecto de los actos de las administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo (art. 1 LJCA). La misma afirmación, a priori excluye en el caso planteado que el conocimiento de las controversias puedan plantearse ante el orden jurisdiccional citado. No obstante, lo dicho debe matizarse ya que, entiendo el orden jurisdiccional dependerá del contenido material del acuerdo. De esta forma si el personal al que resulta aplicable el acuerdo es laboral, el orden competente está claro que deberá ser el orden social; mientras que si el contenido del acuerdo afecta al personal estatutario, el orden contencioso-administrativo será el competente, aunque no haya precepto alguno en que podamos sustentar esto último, salvo en apariencia lo dispuesto para los actos de personal sujetos al derecho público dictados por órganos constitucionales que, en puridad, no son Administración Pública (como el Tribunal Constitucional, CGPJ o Defensor del Pueblo, art. 1.3 LJCA).

Finalmente, si el acuerdo precisa ratificación posterior se atenderá al régimen común aplicable al órgano correspondiente.

## **VII. REFLEXIÓN ACERCA DEL ART. 107.2 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.**

Como hemos visto en el epígrafe anterior, el legislador no ha sabido aprovechar la ocasión para instaurar estos sistemas alternativos al ámbito de las

relaciones laborales en la Administración Pública pues, previendo la creación de sistemas de mediación o arbitraje, como fórmulas de resolución extrajudicial de conflictos, no hubiera estado de más haberlos situados en el último estadio procedimental de la vía administrativa y no *ex ante*, configurándose una verdadera alternancia a los recursos de alzada o reposición.

Ya ha quedado fijada más arriba la opinión que me merecen los recursos alternativos regulados en el art. 107.2 LRJPAC, con lo que poco más puede añadirse a lo ya dicho. Ahora bien, debe recordarse que la creación de estos instrumentos de resolución de recursos, no tiene porque desvirtuar la actuación administrativa, pues se erige como un acierto en el dictado de los actos administrativos y, por ende, en un mayor control sobre los mismos, limitando, a la vez, la potestad de autotutela de la Administración.

No obstante, entiendo que uno de los mayores inconvenientes y por eso la nula aplicabilidad de estos procedimientos, se debe, precisamente, a la pérdida de esa autotutela sobre los actos dictados por una misma Administración, amén de que en el ámbito local, donde se genera mayor número de asuntos y conflictos, la existencia de estos procedimientos y órganos resolutorios no pueden desplazar o desvirtuar la competencia propia de los órganos de representación electos, que siempre podrán modificar la resolución, mejor dicho, la propuesta de resolución que se les presente.

Por ello, aunque el Consell Tributari de Barcelona<sup>10</sup> se configura como el ejemplo a seguir y con la limitación local antes dicha, así como la Ley Balear de Régimen Jurídico en materia de contratación que, como hemos visto, asigna la resolución a la Junta Consultiva de Contratación y cuyas decisiones vinculan a los órganos de contratación, son meros parches que no llegan a alcanzar el fin que trasluce el art. 107.2 LRJPAC.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M. y varios: *Comentarios a la reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1999, ARANZADI.

BADELL MADRID, R.: *Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso contencioso-administrativo*, [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com).

DELGADO PIQUERAS, F.: *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, 1995, ARANZADI.

---

<sup>10</sup> Si bien sus resoluciones son meras propuestas de resolución, aunque es ejemplo típico con el que todos los estudios sobre medios alternativos a los recursos analizados dedican parte de ellos.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R. y otros: *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Bolsas de Investigación Fundación Wellington, Consejo General del Poder Judicial Vol. II, 2004, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL.

MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*, 2004, ARANZADI.

PAREJO ALFONSO, L. y otros: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, 1998, ARIEL.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, TECNOS.

SARMIENTO ACOSTA, J.M.: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, 1996, CIVITAS.

TORNOS MAS, J.: *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*, RAP, 1995, núm. 136, págs. 174 y ss.

### **RECURSOS EN INTERNET**

[www.Google.com](http://www.Google.com)

[www.Westlaw.es](http://www.Westlaw.es)

[www.INDRET.COM](http://www.INDRET.COM)

[www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)