

INDICE ANALÍTICO REFUNDIDO 2005-2013

TRANSACCIONES

-Concepto:

-Según el art. 1809 del Código civil, *“la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado”*. [D.36/13](#).

-La transacción, al entrañar *“recíprocas concesiones”* ex art 1809 Cc, constituye para las partes un acto de disposición (Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003). [D.36/13](#).

-Requisitos:

-Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de diciembre de 2003: *“Son tres las circunstancias que deben concurrir para poder acudir al instituto de la transacción: i) en primer lugar, se requiere la existencia de una relación jurídica dudosa, controvertida o, al menos, tenida como tal por las partes. Por tanto, el Código Civil español no exige la existencia formal del litigio, sino que basta la existencia de una relación jurídica dudosa, cuya incertidumbre venga a eliminar precisamente la transacción. (...; ii) en segundo lugar, debe concurrir la voluntad de las partes de eliminar la controversia, estableciendo para el futuro una situación segura (y; iii) finalmente, las partes deben otorgarse concesiones recíprocas, como medio para poner fin a la situación controvertida. (...) Sólo cuando concurren los citados requisitos, y además la materia sobre la que recae el convenio es disponible para las partes, es admisible la transacción. Desde esta perspectiva, la transacción puede recaer sobre cualquier cosa, derecho -real o de crédito- o relación jurídica susceptible de disposición.”* [D.36/13](#).

-Intervención preceptiva del Consejo Consultivo en las transacciones de administrativas.

-Preceptividad del dictamen:

-Ex art. 7.3 LGP, resulta que la CAR no podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda pública autonómica, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino previo dictamen del Consejo Consultivo, aunque se trate de acuerdos formalizados en el seno de un procedimiento de mediación judicial en el ámbito contencioso administrativo. [D.36/13](#).

-Base legal de dicha preceptividad.

-La intervención previa y preceptiva de los Altos Órganos Consultivos en materia de transacciones judiciales y extrajudiciales, así como de sometimiento a arbitraje, mediación o compromiso de los derechos de la Hacienda pública, goza de una larga tradición en nuestro Derecho. [D.36/13](#)

-El art. 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública, de 1 de julio de 1911 (LAC), autorizaba al Estado a realizar transacciones respecto de los derechos de la Hacienda, siempre que fuera mediante Real Decreto y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno. [D.36/13](#).

-El art. 6 LAC se vino repitiendo en los textos legales posteriores. Así, entre otras disposiciones, en la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (LGP'77), en su posterior Texto Refundido aprobado por RD-Leg. 1091/1988 (LGP'88), y en la vigente Ley 47/2003 (LGP'03, art. 7.3). Igualmente en el art. 31 de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP) y, en el ámbito de la CAR, en el art. 48 de la Ley 11/2005, de 18 de octubre, de Patrimonio de la CAR (LPCAR). [D.36/13](#)

-El Consejo Consultivo de La Rioja ha asumido las funciones que, en el ámbito de la CAR, atribuye al Consejo de Estado la legislación estatal pues, como establece el art. 12.1 de nuestro vigente Reglamento (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero), *“con carácter general, el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja será preceptivo cuando, en el ámbito competencial de la CAR, la legislación aplicable lo requiera del Consejo de Estado o del órgano Consultivo Superior de la Comunidad Autónoma”*, siendo así que, en la materia de transacciones, dicho dictamen es exigido por los precitados arts. de la LGP'03 y la LPAP, en relación con el art. 21.8 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado (LOCE), como específicamente ratifican los arts. 11 h), de nuestra Ley reguladora 3/2001, y 12.2.H), de nuestro vigente Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002 y, anteriormente, también el art. 8.4.G) de nuestro primer Reglamento, aprobado por Decreto 33/1996. [D.36/13](#)

-Contenido del dictamen consultivo en esta materia.

-Además del inexcusable examen de los aspectos formales de la transacción (competencia, procedimiento), merecen especial atención: i) la concurrencia de los requisitos que definen una transacción; y ii) la valoración de las prestaciones y contraprestaciones transaccionales desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, de la recta aplicación del ordenamiento jurídico y de los criterios básicos de justicia. [D.36/13](#)

-El primero de los requisitos previos a cualquier acuerdo transaccional que debe ser examinado es la existencia de una situación jurídica litigiosa o incierta. Naturalmente, los incentivos para someter a transacción una determinada relación jurídica -con las consecuencias dispositivas que ello

conllevará- serán para las partes tanto menores cuanto menor sea la incertidumbre que aqueje a ese litigio. Y mensurar adecuadamente esa incertidumbre requiere una ponderación experta de aspectos fácticos y jurídico-normativos que, además, ha de ser necesariamente casuística. [D.36/13](#)

-El segundo de los requisitos que debe ser analizado en la transacción es el deseo o intención de las partes, movidas por un *timor litis*, de sustituir la relación incierta por otra cierta e incontestable. Es de naturaleza esencialmente subjetiva, lo que *a priori* casa mal con las exigencias de objetividad en la gestión de los recursos públicos, de la que es trasunto el principio de legalidad de la actuación administrativa, singularmente en materia de gasto público (arts. 9.1, 9.3, 103.1 y 133.4 CE, por todos); y, correlativamente, obliga a establecer mecanismos llamados a objetivar ese *timor litis* reduciéndolo a parámetros que sean compatibles con las exigencias constitucionales en materia de gasto público. [D.36/13](#)

-El tercer aspecto que debe ser dictaminado son las “*recíprocas concesiones*”, o prestaciones y contraprestaciones mutuas que han de satisfacer las partes del negocio transaccional, puesto que también son susceptibles de valoración en cuanto a su justeza para cada una de ellas, esto es en cuanto a la existencia de una adecuada proporción o ajustamiento entre lo que cada parte da o sacrifica y el beneficio que obtiene eliminando la incertidumbre que para ella resulta de la relación litigiosa que busca eliminar mediante la transacción. Esa exigencia de una adecuada proporción en las prestaciones también es incardinable en los principios constitucionales en materia de gasto público, como los de eficiencia, economía y equidad en la asignación de los recursos públicos (art.31.2 CE), así como en los más generales de interdicción de la arbitrariedad de la Administración (art. 9.3 CE). [D.36/13](#).

-El dictamen del Consejo Consultivo opera en el proceso de formación de la voluntad interna de la Administración y entraña una acción reflexiva enderezada a calibrar, desde la óptica estricta del interés patrimonial de la Administración y de la preservación del gasto e interés públicos, la “*procedencia y oportunidad*” de la transacción (Dictamen del Consejo de Estado 44.772/82, de 23 de diciembre). [D.36/13](#)

-El dictamen consultivo ha de ponderar el grado de incertidumbre que la relación jurídica plantea para la Administración, así como la mayor o menor necesidad que ésta tenga de ponerle término mediante pacto y la aceptabilidad para la Administración de los sacrificios económicos que tenga que asumir a tal fin. En definitiva: “*la concurrencia de los requisitos exigidos*” y, además, “*la voluntad de transigir y la idoneidad de los términos en los que ésta (la transacción) proyecta plasmarse*”. [D.36/13](#).

-Fundamento jurídico de la necesaria intervención consultiva en esta materia.

-La participación de los Altos Órganos Consultivos en este ámbito, lejos de devenir innecesaria por la intervención posterior de un órgano jurisdiccional, constituye un mecanismo necesario de tutela de los intereses económicos propios de la Administración. [D.36/13](#)

-Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado ha sentado un sólido cuerpo de doctrina (Dictámenes nº 41.546/78, de 26 de enero, 44.772/82, de 23 de diciembre, 47.170/85, de 28 de febrero, 764/92, de 9 de julio o 3239/2003, de 18 de diciembre) del que este Consejo Consultivo ha tenido ya ocasión de hacerse eco. [D.8/96](#), [D.36/13](#).

-Al ser la transacción un acto de disposición (Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003), nuestro ordenamiento jurídico ha establecido desde antiguo previsiones específicas para las entidades públicas cuyos bienes y derechos están –mediata o inmediatamente– llamados a satisfacer los intereses generales (art. 103.1 CE), lo que exige adoptar las garantías precisas para asegurar su buen uso y gestión; y, tras promulgación de la CE, para preservar también el respeto a los principios constitucionales en materia de gasto público. Como continúa recordando el Dictamen 3239/2003: *“Por lo que afecta al Estado y demás entes públicos, la legislación española ha sido pródiga en afirmar la excepcionalidad del procedimiento transaccional y en exigir las más acabadas solemnidades para su resolución desde que se promulgara el Real Decreto de 24 de octubre de 1849”*. [D.36/13](#)

-Las *“excepcionalidad del procedimiento transaccional”* y la *“exigencia de las más acabadas solemnidades para su resolución”* se ha traducido, en las diferentes legislaciones, en el establecimiento de una serie de garantías del buen uso de los caudales públicos. Una de ellas es la necesaria tramitación del oportuno expediente, cuya resolución corresponde al Consejo de Ministros (art. 7.3 LGP y art. 31 LPAP) o al Consejo de Gobierno de la CAR (art. 48 LPCAR). Como dijimos en nuestro D 8/96, con cita de la doctrina del Consejo de Estado, esa atribución constituye *“una reserva de dicha competencia al órgano de máximo nivel administrativo”* que *“no es un mero requisito de eficacia, sino de validez, no susceptible de delegación”*. [D.8/96](#), [D.36/13](#)

-Idéntica función de garantía del adecuado uso de los recursos públicos ha de predicarse de la intervención previa y preceptiva del Consejo de Estado o del Consejo Consultivo de La Rioja. En el ejercicio de esa función tutelar, la intervención de los Altos Órganos Consultivos, como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003: *“está dirigida básicamente a la comprobación de la corrección formal del procedimiento seguido en este expediente, la concurrencia de los requisitos que definen una transacción y la valoración de las prestaciones y contraprestaciones transaccionales desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, de la recta aplicación del ordenamiento jurídico y de los criterios básicos de justicia.”* [D.36/13](#)

-En la valoración y adecuada ponderación de las cuestiones enumeradas, la intervención de los Altos Órganos Consultivos constituye así una garantía

de la observancia de los principios constitucionales rectores del gasto público. Y ello por cuanto, para la formación de la voluntad interna de la Administración, se hace preciso que ésta recabe y conozca, con carácter previo y preceptivo a emitir su declaración de voluntad transaccional, la opinión fundada en Derecho de unos Cuerpos Consultivos en los que concurren dos notas: i) de un lado, su composición, colegiada y caracterizada por la especialización jurídica de sus miembros (art. 3.1 Ley riojana 3/2001); y ii) de otro, su autonomía orgánica y funcional respecto de la Administración activa (art. 42 EAR '99 y art. 2.2 Ley 3/2001). [D.36/13](#)

-El carácter de previo que tiene nuestro dictamen, lo convierte en «antecedente necesario para que la transacción pueda autorizarse», hasta el punto de que el Consejo de Estado se ha referido a esta intervención como «un supuesto claro y típico de tutela administrativa» (Dictamen 41.546, de 26 de enero de 1978, Recopilación de Doctrina Legal 1978, § 107). [D.8/96](#), [D.36/13](#).

-La defensa de los intereses públicos que pueden verse comprometidos justifica la intervención del Consejo de Estado o, en nuestro caso, del Consejo Consultivo, pues «a él se confía una experta valoración de las causas que generan la inseguridad jurídica desde el punto de vista de la entidad pública afectada y de la justeza, al menos en términos generales, del intercambio, a fin de que los intereses públicos queden debidamente salvaguardados». [D.8/96](#), [D.36/13](#).

-Función de garantía mínima que cumple el art. 9.3 LGP a este respecto.

-Es parecer de este Consejo Consultivo que, cuando el art. 7.3 LGP contempla la intervención previa y necesaria del Consejo de Estado en materia de transacciones y figuras similares, como el compromiso, la mediación o el arbitraje, no establece sólo -y no principalmente- una especialidad organizativa o de procedimiento privativa de su Hacienda que el legislador autonómico pueda obviar en virtud de su potestad de autoorganización (art. 8.1.1 y 8.1.2 EAR '99); sino, más allá, un mecanismo general de garantía de la observancia de los principios constitucionales en materia de gasto público. [D.36/13](#)

-Al respecto, hemos de recordar la doctrina constitucional –recientemente recapitulada por la STC 135/2013 (FF.J.3, B) y 3 C)- según la cual el artículo 149.1.14 CE, habilita al Estado para: “*el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público*”, añadiendo el F.J.3 C) que “*cuando se esté abordando la regulación de los derechos y obligaciones de contenido económico de las Administraciones públicas o cuando el objeto de la regulación sea la protección o preservación de los recursos públicos que integran las Haciendas, nos encontraremos ante preceptos que tienen su anclaje en el art. 149.1.14 CE*”. [D.36/13](#)

-La LGP opera, pues, en este aspecto, como una *Ley de garantías mínimas* del adecuado cumplimiento de los principios constitucionales en materia de gasto público; de la que el legislador autonómico riojano podrá apartarse, pero siempre para establecer otras iguales o superiores, no para demediarlas o rebajarlas. [D.36/13](#).

-Repárese bien en que la garantía del dictamen consultivo del art. 9.3 LGP no opera desde una perspectiva organizativa o procedimental, sino de auténtica relevancia constitucional que impide a la legislación autonómica empeorar la condición jurídica de la Hacienda pública autonómica respecto a la Hacienda del Estado. [D.36/13](#)

-Preceptividad del dictamen consultivo incluso en transacciones judiciales, aunque sean ante la jurisdicción contencioso-administrativa .

-El Consejo Consultivo estima que su dictamen es preceptivo incluso cuando se trate de acuerdos formalizados en el seno de un procedimiento de mediación judicial, aunque se produzca en el ámbito contencioso administrativo. [D.36/13](#).

-La participación de los Altos Órganos Consultivos en este ámbito, lejos de devenir innecesaria por la intervención posterior de un órgano jurisdiccional, constituye un mecanismo necesario de tutela de los intereses económicos propios de la Administración. [D.36/13](#).

-En la actualidad, más allá de los límites “*de máximos*” que resultan de los arts. 88.1 y 4 LPAC y 77.3 LJCA, no existe un marco legal de referencia que delimite con precisión qué concretos asuntos (por razón de la materia, de la cuantía o de las potestades administrativas ejercitadas) son o no susceptibles de mediación judicial y ulterior acuerdo en vía contencioso-administrativa, por lo que excluir del dictamen consultivo a todo tipo de acuerdos formalizados en dicha vía permitiría a la Autoridad administrativa aceptar *ad casum* una mediación judicial y un posterior acuerdo transaccional, lo que pugna con las exigencias de seguridad jurídica y legalidad en materia de gasto público (arts. 9.3 y 133.4 CE) y con el carácter limitado –y, por ello, de interpretación restrictiva- de las posibilidades de disponer de los bienes y derechos de la Hacienda pública que proclama el art 7 LGP. [D.36/13](#)

-No es de recibo el argumento de que, aunque tal marco legal existiera, la intervención posterior de un órgano judicial en un acuerdo transaccional haría innecesaria y sería incompatible con la previa del Alto Órgano Consultivo. [D.36/13](#)

-De entrada, el propio ordenamiento prevé la compatibilidad del dictamen consultivo previo y la revisión judicial posterior pues: i) la transacción a que se refieren el art. 7.3 LGP, sus precedentes legislativos y sus normas hoy concordantes es tanto la judicial como la extrajudicial, ya que el art. 1.809 Cc contempla ambas; ii) el art. 77.1-2 LJCA recuerda que los

representantes procesales de la Administración “*necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos*”, y en parecidos términos se expresa el art. 88.1 LPAC; y iii) ambas intervenciones son compatibles porque se despliegan en planos distintos y obedecen a fines también diferentes. [D.36/13](#)

-El dictamen del Consejo Consultivo opera en el proceso de formación de la voluntad interna de la Administración y entraña una acción reflexiva enderezada a calibrar, desde la óptica estricta del interés patrimonial de la Administración y de la preservación del gasto e interés públicos, la “*procedencia y oportunidad*” de la transacción (Dictamen del Consejo de Estado 44.772/82, de 23 de diciembre), ponderando el grado de incertidumbre que la relación jurídica plantea para la Administración, así como la mayor o menor necesidad que ésta tenga de ponerle término mediante pacto y la aceptabilidad para la Administración de los sacrificios económicos que tenga que asumir a tal fin. En definitiva: “*la concurrencia de los requisitos exigidos*” y, además, “*la voluntad de transigir y la idoneidad de los términos en los que ésta (la transacción) proyecta plasmarse*”. [D.36/13](#)

-Por el contrario, la intervención del Órgano judicial contencioso administrativo -como es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional *ex* art. 117 CE- es la propia de otro Poder del Estado, que, además, actúa *a posteriori* y no *a priori*. [D.36/13](#).

-En una consideración más general, el que toda forma de actuación administrativa pueda ser sometida a una ulterior revisión jurisdiccional (arts. 106.1 CE, 1.1 LJCA y 9.4 LOPJ, entre otros) no impide que la producción previa de esa actuación administrativa esté sujeta a la observancia de un conjunto de garantías encaminadas a asegurar *a priori* el acierto y legalidad del actuar administrativo, garantías que no dejan de ser necesarias por la eventualidad de una futura fiscalización judicial y que se justifican por la atribución a las Administraciones públicas de una posición jurídica exorbitante respecto a los sujetos de Derecho común, caracterizada por las prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva que el ordenamiento confía a las Administraciones públicas (arts. 103.1 CE y arts. 56, 57, 94 LPAC, por todos) como instrumento para el eficaz servicio a los intereses generales cuya tutela tienen encomendada (art. 103.1 CE). [D.36/13](#)

-Todo procedimiento administrativo (piénsese en los sancionadores, expropiatorios o en el tramitado para aprobar una disposición general) constituye en sí un instrumento formal llamado a hacer llegar al órgano competente para su resolución los elementos de hecho y de Derecho necesarios para procurar *ex ante* la conformidad a Derecho de la actuación administrativa, lo que incluye, claro está, la protección de los derechos del administrado, pero también la de la posición jurídica de la Administración. A tal función sirven, sin ánimo de exhaustividad, la audiencia al interesado (art. 105 c) CE), los actos de instrucción y alegaciones (arts. 78 y 79

LRJPAC), la práctica de prueba (arts. 80 y 81), la petición de informes (arts. 82 y 83), los mecanismos de participación de los interesados y de información pública (arts.84 a 86), o incluso la atribución de ciertas competencias administrativas a órganos especializados por razón de la materia (v gr, Jurado de Expropiación, *ex art.* 34 y 35 LEF). Esas garantías pueden incluso operar también *a posteriori*, sirviendo como ejemplo ciertas formas de actuación de la Intervención General, o del Tribunal de Cuentas en materia de fiscalización y control económico y financiero. [D.36/13](#)

-Por ello, el dictamen previo y preceptivo de los Altos Órganos Consultivos, desde luego también el que se emite en materia de transacciones y arbitrajes *ex art.* 7.3 LGP, se incardina dentro de esas garantías de procedimiento dirigidas a asegurar la conformidad a Derecho de la actuación administrativa. [D.36/13](#)

-En esta misma línea, hemos de recordar también que la posición constitucional del juez y de la Administración pública en relación con el ordenamiento jurídico, al que necesariamente han de ajustarse la transacción o acuerdo proyectados, no son coincidentes. Mientras la Administración ha de sujetar su actuación a un bloque de legalidad - Constitución, Leyes, Reglamentos- en el que no le es dado derogar singularmente éstos últimos (art. 52.2 LPAC), los órganos jurisdiccionales pueden inaplicar las normas infralegales que consideren contrarias “*a la Constitución, la Ley y el principio de jerarquía normativa*” (art. 6 LOPJ). [D.36/13](#)

-En fin, la intervención judicial prevista por el art. 77 LJCA se produce necesariamente en un asunto concreto, pudiendo suceder que un determinado acuerdo transaccional no parezca, aisladamente considerado, lesivo para el interés público; pero sí serlo -y gravemente- si se contempla desde la perspectiva general de la actuación presente y futura de la Administración pública. Como ejemplo ilustrativo, una transacción concreta en torno a un justiprecio expropiatorio puede revestir escasa entidad económica; pero resultar de la aplicación de un criterio de interpretación normativa que, extendido a otros supuestos, generaría un elevado coste para la Administración pública; cuya posición procesal en futuros litigios habría quedado seriamente comprometida por aquel precedente, que podría ser invocado por otros eventuales recurrentes. [D.36/13](#)

-También es de señalar que la intervención del Consejo Consultivo de La Rioja, como es sabido, en absoluto dilata el procedimiento y, además, la consulta puede ser formulada, en su caso, con carácter de urgente (art. 30.1 de nuestra Ley reguladora 3/2001). [D.36/13](#).

-No preceptividad del dictamen consultivo en el caso de transacciones acordadas en el seno de procesos concursales.

-La única excepción admisible es la referida a los acuerdos alcanzados en el seno de procedimientos concursales, ya que la misma se justifica en la medida en que, para tales casos, existe un específico marco legal de referencia (la Ley

Concursal) que: i) describe los supuestos de hecho en los que una persona ha de ser declarada en concurso; ii) prevé la inexcusable intervención judicial en la constatación de esos requisitos a fin de proceder, mediante Auto, a la declaración del concurso; y iii) determina los límites cuantitativos y temporales a los que están sujetos los convenios entre acreedores y deudores. [D.36/13](#).

-Pero obsérvese que, en la regulación de los procesos concursales, es el propio legislador quien extrae los convenios concursales de la regulación general en materia de transacciones y compromisos y lo hace en términos de *ius strictum*, en atención a la propia especificidad inherente a la situación concursal (la concurrencia de créditos) y a la necesidad de que esa concurrencia se produzca ordenadamente (*par condicio creditorum*) de modo que, en su caso, permita al deudor continuar con su actividad económica. [D.36/13](#)