

EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ
Letrado del Consejo de Estado

1. Introducción: la tensión entre alcanzar pactos y ejercer potestades.—2. Naturaleza jurídica de la institución.—3. Evolución histórica de la transacción pública.—4. La transacción como contrato de la Administración Pública.—5. Los requisitos de procedibilidad.—6. La evolución de la institución en la doctrina del Consejo de Estado.

RESUMEN

La transacción es un contrato de naturaleza cuasi-procesal por el que las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica, estableciendo al respecto un estado de cosas cierto que en adelante les vincula. La aplicación de dicho contrato a las Administraciones Públicas genera importantes singularidades procedimentales que son objeto de examen en el artículo, dentro de la evolución histórica de las Administraciones Públicas hasta la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, con especial consideración de las Corporaciones Locales. Institución muy vinculada a las competencias del Consejo de Estado, se detallan sus requisitos y caracteres diferenciadores a la luz de la más reciente doctrina consultiva del citado Consejo.

Palabras clave: contratos de las Administraciones Públicas; transacción; patrimonio de las Administraciones Públicas; Consejo de Estado.

ABSTRACT

The transaction is a contract of quasi-procedural nature by which the parts, by means of reciprocal concessions provide an end to a legal controversy, establishing on the matter a certain state of things that going forward will bind them together. The application of this contract to Public Administration generates important procedural singularities that are the subject of examination in this article along with the historical evolution of the Public Administrations and the recent Law 33/2003 dated 3 of November, Patrimony of the Public Administrations, with special consideration of the Local Corporations. An institution bound to the competition of the Council of State, to their requirements and differentiating characters in the light of the most recent consultative doctrine of the mentioned Council are also detailed.

Key words: contracts of Public Administration; transaction; patrimony of the Public Administration; Council of State.

1. INTRODUCCIÓN: LA TENSIÓN ENTRE ALCANZAR PACTOS Y EJERCER POTESTADES

La transacción es una institución jurídica que, gozando de un elevado predicamento en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, ofrece perfiles complejos y oscuros en referencia a las Administraciones Públicas.

No resulta difícil de comprender que si la dinámica confrontación/acuerdo se encuentra siempre presente en la gestión ordinaria de los privados, no es tarea fácil acceder al acuerdo o la transacción cuando las implicadas son las personas jurídicas públicas.

La naturaleza del actuar administrativo, que debe estar orientada siempre al servicio del interés general por mandato constitucional, parece difícilmente casable con llegar a pactos o transacciones con particulares.

Parece lógico que la especial naturaleza de la transacción, en lo que tiene de renuncia al natural proceder reglado de la Administración, necesite de frenos y contrapesos que centren muy nítidamente en qué casos procede, hasta dónde se puede extender y con qué requisitos ha de contar para verificarse correctamente.

Una breve reflexión sobre lo anterior a la luz de las recientes evoluciones del Derecho público y su significación actual es el objeto del presente artículo. La última parte contiene una guía-práctica sobre la transacción a la luz de la más reciente doctrina del Consejo de Estado en la materia.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

El acuerdo de transacción (arts. 1809 y ss. del Código Civil) es un contrato de naturaleza cuasi-procesal¹ por el que «*las partes, mediante recíprocas concesiones (aliquid datum, aliquid retentum), ponen fin a una controversia jurídica existente entre ellas, estableciendo al respecto un estado de cosas cierto que en adelante reconocen y admiten*»².

Es, pues, necesaria la existencia de una relación jurídica incierta, que no requiere la existencia de un pleito actual (*dubius litis pendentis*), bastando la amenaza de un pleito inminente o su posibilidad —*metus litis instantis*—³ como consecuencia de una discrepancia basada racionalmente en el orden legal —en nuestro caso, administrativo—⁴.

La validez material de la transacción requiere, asimismo, de la concurrencia de dos requisitos adicionales:

¹ Dictamen del Consejo de Estado 42868, de 23 de diciembre de 1980.

² Dictamen del Consejo de Estado 764/1992, de 9 de julio.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1962.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1958. Se trata, pues, de un concepto amplio de transacción, que se diferencia del concepto restringido propio del *Code napoléonico*, que requiere de la existencia actual de la figura litigiosa, denominada *contestation* (art. 2044.1 del *Code*).

- Voluntad de los interesados en eliminar la controversia, estableciendo una situación segura para el futuro.
- Concesiones recíprocas entre las partes. Se admite por la jurisprudencia que frente a la concesión material de una de las partes, la otra realice una concesión puramente moral o inmaterial, que puede consistir en el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial⁵.

Añadiremos, en nuestro caso de estudio, que se requiere la presencia de una Administración Pública (pudiendo ser más de una, como también veremos).

Por ello, la transacción así definida es una figura jurídica admitida no sólo en el campo de las relaciones jurídico-privadas, sino también en el ámbito de las relaciones jurídicas de carácter administrativo (dictamen del Consejo de Estado núm. 46031, de 1 de marzo de 1984), cuando el objeto de la transacción versa sobre relaciones jurídicas susceptibles de disposición.

Asimismo, *«la transacción no exige igualdad o paridad de concesiones o prestaciones de cada parte, debido a la ductilidad y flexibilidad que caracterizan al pacto transaccional, tanto en sus posibles términos como en cuanto a la finalidad que desean alcanzar con el mismo»*⁶.

Prueba de lo anterior —y en la línea de caracterización del contrato de transacción como acto de disposición—, el artículo 1812 del Código Civil establece una disposición específica para las entidades públicas:

«Las Corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes».

Algún autor⁷ señala que ello constituye, en definitiva, una equiparación entre la transacción y la enajenación, complementándose con los artículos 35 a 39 del Código Civil. Esta opinión es aceptada por otros, señalando que «en este precepto se aplica clarísimamente el aforismo “transigere est alienare”»⁸, indicando que la transacción es un negocio de disposición que requiere, en caso de mandato, poder expreso y especial (art. 1713, párrafo segundo, del Código Civil), equiparado con el que se requiere para enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio⁹.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1993.

⁶ Dictamen del Consejo de Estado 3385/1996, de 3 de octubre.

⁷ J. L. ALBACAR y J. SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo VI, artículo 1812, Editorial Trivium.

⁸ T. OGAYAR AYLLÓN, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XXII, vol. 2, artículos 1809 a 1821, Editoriales de Derecho Reunidas.

⁹ El matiz final de la capacidad para enajenar ha sido objetado en alguna ocasión por la doctrina científica —e igualmente recogido en alguna sentencia, como la de 24 de abril de 1941— en la medida en que es excesivo solicitar capacidad para enajenar cuando el objeto de la transacción no persiga transferencia de cosas o derechos, puesto que no es requerida tal capacidad dispositiva cuando la finalidad de la transacción sean meros actos de administración.

Sin embargo, veremos cómo la transacción de las Administraciones Públicas ha sido tradicionalmente objeto de regulación desde normas presupuestarias y respecto de derechos económicos de la Hacienda Pública, con cierta excepcionalidad y determinadas solemnidades.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TRANSACCIÓN PÚBLICA

La legislación española ha sido pródiga en afirmar la excepcionalidad del procedimiento transaccional y en exigir las más acabadas formalidades para su resolución.

En el ámbito estatal, el recorrido histórico arranca modernamente con el Real Decreto de 24 de octubre de 1849, continuando con la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850.

La Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 establecía en su artículo 6:

«En ningún caso se podrán hacer transacciones respecto de los derechos de la Hacienda, sino mediante un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado en pleno».

Dentro del siempre adelantado ámbito de las Corporaciones Locales, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las mismas, aprobado mediante Decreto de 17 de mayo de 1952, disponía en su artículo 340:

«Para transigir o allanarse a las demandas deberán cumplir las Corporaciones los mismos requisitos que para comparecer en juicio y atenerse, en su caso, al quorum señalado en el artículo 303 de la Ley».

En línea con lo anterior, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 establece que las Corporaciones Locales no podrán allanarse a las demandas judiciales que afectaren al dominio y demás derechos reales integrantes de su patrimonio, añadiendo la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, en su artículo 659, que no se podrán en ningún caso hacer transacciones respecto de los derechos de las Haciendas Locales sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado en Pleno¹⁰.

Algunos autores pusieron de manifiesto que no suele usarse esta vía por ser demasiado dilatoria y complicada¹¹, prefiriendo el uso de la vía gu-

¹⁰ Sobre este punto concreto puede verse M. CLAVERO ARÉVALO, «Posibilidades de transacción con la Administración Local», en *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 74, págs. 161 y ss.

¹¹ T. OGAYAR AYLLÓN, *op. cit.*, pág. 33.

bernativa, en la que algunos, como ALONSO OLEA, creen hallar una auténtica transacción, al menos en cuanto al fondo, al estudiar la reclamación administrativa previa como presupuesto de determinados procesos.

Por su parte, la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 (Base VI.2) dispuso que:

«Tampoco se podrá hacer transacciones respecto de los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado en Pleno».

Al articularse esta Ley de Bases el 15 de abril de 1964 se reprodujo en su artículo 40, así como en el 83 del Reglamento, pero puntualizando que la autorización de la transacción se llevaría a efecto a propuesta del Ministro de Hacienda, con acuerdo favorable del Consejo de Ministros, previo dictamen favorable del Consejo de Estado en pleno.

La Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, en su artículo 39, señalaba:

«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 Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en Pleno».

En similar sentido cabe destacar el artículo 39 de la anterior Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria).

En relación con los derechos de la Hacienda Local, la previsión análoga al artículo 659.2 de la Ley de Régimen Local se encuentra ahora en el artículo 108.2 del Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado mediante Real Decreto de 18 de abril de 1986, en el que se establece un reenvío al texto de la anterior Ley General Presupuestaria:

«Las transacciones y arbitrajes previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, requerirán, cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia».

Por su parte, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dedica su artículo 31 a la «Transacción y sometimiento a arbitraje», y establece:

«No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a

arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno».

En el ámbito de su dictado viene a recoger —y a enfatizar nuevamente, aunque en la misma dirección tradicional— cual sea el comportamiento anudado a la falta adecuada del procedimiento obligado para transar.

El principal problema de este precepto es su inaplicabilidad directa al patrimonio de las Administraciones Locales, puesto que sólo se refiere al de la Administración General del Estado. No se trata, pues, de un precepto de aplicación general a todas las Administraciones ni tiene carácter básico (disposición final segunda de la Ley: «*Títulos competenciales*»), debiendo estarse a las normas locales y autonómicas antes consideradas (salvo que reenvíen a ella específicamente).

Finalmente, el actual artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece:

«Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno».

Ninguna novedad relevante en cuanto a lo que ya conocemos.

Respecto de los derechos de la Hacienda de las Comunidades Autónomas no difiere mucho la situación, resultando así que —por ejemplo, Andalucía y, con ella, la mayoría de las demás— ofrece una redacción sensiblemente similar. Así, según lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

«No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Gobierno».

Tampoco existen innovaciones dignas de interés especial por su originalidad o diferencia, sin perjuicio de cuestiones procedimentales que se ubican en el campo de la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas.

4. LA TRANSACCIÓN COMO CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En este lugar hay que señalar primero que toda transacción es un contrato.

Sin perjuicio de su naturaleza declarativa, atributiva o constitutiva (sobre las que tan agudamente indagó GULLÓN¹² hace casi medio siglo y que siguen siendo objeto de discusión actual¹³), la transacción es fuente de una relación jurídica nueva, sustituyendo a la anterior (más oscura y litigiosa), de la que se pretende huir por su carácter contingente y difuso.

En toda transacción hay una fijación convencional de derechos por obra de las partes, que declaran con valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida.

La transacción sustituye la relación dudosa por otra cierta, lo que, sea por extinción de la relación primitiva, sea por nacimiento de una nueva que ocupa el puesto de la antigua¹⁴, no puede dudarse en calificar de contrato.

En tal sentido es mayoritaria la doctrina civilista¹⁵ (ubicándose el negocio jurídico además en los artículos sobre contratos del Código Civil —Libro IV, Título III— precedida de los aleatorios o de suerte y seguida de la fianza), sin que existan objeciones al respecto por parte de los administrativistas.

Tampoco se ofrecen mayores objeciones desde la doctrina procesal¹⁶, que encuentra directo apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«... la transacción es ante todo y sobre todo un contrato, no sólo por integrar un título del Código Civil comprendido entre los señalados entre los números 3.º y 15.º del Libro Cuarto de este cuerpo Legal que se ocupan de la regulación especial de algunos de los contratos nominales, sino porque el art. 1809 que le define empieza por decir de modo terminante que la transacción es un contrato siquiera éste presenta caracteres especialísimos que lo distinguen de los demás»¹⁷.

Una vez en la esfera pública, precisemos que se trata de un contrato de la Administración Pública de naturaleza privada (art. 5.3 del Real Decreto

¹² A. GULLÓN BALLESTEROS, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, tomo 48, vol. II: *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, págs. 54 y ss.

¹³ S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 252 y ss.

¹⁴ Sobre la naturaleza jurídica de la transacción puede verse un importante grupo de sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1948, 30 de marzo de 1950, 14 de mayo de 1952 y 20 de abril de 1955, entre otras.

¹⁵ Existe alguna voz discrepante, como SANAHUJA, «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, págs. 230-238. Y también fue ello postulado por CARNELUTTI, «La transazione è un contratto?», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. VIII, parte I, Padova, 1953, pág. 185.

¹⁶ F. J. PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, Editorial Bosch, Madrid, 2002, págs. 8 y ss.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1963.

Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —TRLCAP—).

El régimen jurídico de los contratos privados sigue la teoría de los actos separables. A tal efecto, el artículo 9 del TRLCAP señala que:

«(...) A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y **demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles**, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, las normas de la **legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas**».

Coincide la regulación civil (artículo 1812 del Código Civil) con la norma antes transcrita. En efecto, el referido precepto civil dispone que las Corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir *en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes*.

En definitiva, habida cuenta de la singular vinculación entre el nuevo contrato (la transacción) y las potestades administrativas inicialmente afectadas (las que no se han podido ejercer adecuadamente por causa del conflicto surgido), lo que viene a cobrar especial valor para la correcta adopción de la transacción es el cumplimiento de las formalidades prevenidas por la legislación administrativa.

5. LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

El Código Civil establece una remisión al procedimiento administrativo para determinar los requisitos formales de validez de los contratos de transacción concertados por las Administraciones Públicas.

Tanto por vía administrativa (TRLCAP) como por vía civil (CC), la regulación de la transacción de las Administraciones Públicas reenvía a la legislación específica de la correspondiente Administración Pública.

Serán los regímenes jurídicos particulares (fiscal, patrimonial, etc.) los que establezcan los requisitos específicos que deben ser atendidos para entender correctamente verificada la transacción.

Por lo que al ámbito de la Administración General del Estado se refiere, cumple ahora recordar lo que ya avanzara algún autor¹⁸ al respecto: existe una prevención o desconfianza del legislador hacia el uso de la transacción, manifestándose en la formulación negativa («no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública ... sino mediante...» y «tampoco se podrán hacer transacciones respecto de ... sino mediante...»). En todo caso, como también añade dicho autor, pueden válidamente celebrarse las aludidas figuras negociales sobre derechos de la

¹⁸ R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 226. Se ha publicado una nueva edición actualizada en 2005.

Hacienda Pública y bienes del Patrimonio del Estado siempre que se cumplan los requisitos legalmente previstos.

Del modo indicado, una vez examinada la transacción por el Departamento ministerial competente, deberá el Gobierno pedir dictamen del Consejo de Estado (nada menos que en Pleno) para autorizar válidamente el correspondiente negocio transaccional. La carencia del citado pronunciamiento consultivo se ha convertido en un flanco formal insalvable en su fase de impugnación jurisdiccional.

Y tal especialidad ha pasado sin grandes alteraciones al ámbito de las Comunidades Autónomas (por supuesto, con la introducción lógica de singularidades de cuantía o atribuciones que no se apartan sustancialmente del régimen general contemplado), bien con referencia a los Consejos Consultivos autonómicos, bien con referencia también al Consejo de Estado en las Comunidades donde no han sido creados (lo cual hace al Consejo de Estado órgano consultivo autonómico por excelencia en estas materias y respecto a tales Comunidades).

Examinemos, finalmente, algunas de las especialidades transaccionales existentes en el ámbito local con carácter general.

Sin perjuicio de las especialidades introducidas por los respectivos ordenamientos locales autonómicos en lo que completan la regulación básica estatal, esta ordenación se completa, en el aspecto competencial, por los artículos 23.1 TRRL y 50 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales (bien que preceptos no básicos, aplicables sólo en virtud de la cláusula de supletoriedad constitucional de acuerdo con el artículo 149.3 CE, por lo que se cita ahora a efectos meramente ilustrativos).

El artículo 23.1 TRRL señala:

«Además de las señaladas en el artículo 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, corresponden al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones:

a) *La adquisición de bienes y derechos del Municipio y la transacción sobre los mismos, salvo que las competencias estén atribuidas expresamente por la Ley a otros órganos».*

Por su parte, el artículo 50 del ROF dispone que:

«Corresponden al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones:

(...)

14. *La adquisición de bienes y la transacción sobre los mismos, así como su enajenación o cualquier otro acto de disposición incluyendo la cesión gratuita a otras Administra-*

ciones o Instituciones Públicas y a Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro».

En suma, en el ámbito local la competencia sería del Pleno (mayoría absoluta) y parece requerir —salvo que se hiciera una interpretación amplia y permisiva— de dictamen previo del Consejo Consultivo autonómico (o del Consejo de Estado, en los casos en que aquél no exista) cuando la transacción supere el cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de la Corporación.

Diversos problemas conexos con lo anterior plantea la aplicación práctica de lo expuesto en el ámbito local.

El primero de ellos tiene que ver, a efectos del dictamen previo del máximo órgano consultivo autonómico o del Consejo de Estado, con la cuantificación de la transacción llevada a cabo entre el particular y el Ayuntamiento, dado que en algunos casos y por medio de las mismas se asumen compromisos no evaluables económicamente de forma directa. Habrá que estar a las efectivas consecuencias económicas de la actuación —y determinarlas con precisión, aunque sea a los estrictos fines del cumplimiento de las funciones de los distintos órganos municipales— para encajarlas con corrección en las competencias de los órganos locales.

Se plantea, también en el ámbito local, el carácter delegable o no de la competencia para transar. Al respecto cabe indicar que algunas leyes de patrimonio autonómicas nada especifican sobre la posibilidad de que la competencia para transigir sobre bienes de la entidad local sea delegable a favor de órganos distintos del Pleno.

Para resolver el problema hay que acudir a la normativa estatal reguladora de los bienes de las Entidades Locales, pero no ya a título meramente ilustrativo, sino de forma imperativa, a tenor de la cláusula de supletoriedad de la normativa estatal prevista en el artículo 149.3 CE.

En tal sentido conviene recordar que el artículo 23.2 TRRL establece que el ejercicio de las atribuciones establecidas en el párrafo anterior (entre ellas, la transacción) será delegable, salvo en los supuestos previstos en el artículo 47 LRRL.

Por tanto, parece que la transacción sobre ciertas materias es delegable (bien que con sumas restricciones por su carácter excepcional). Resultaría, pues, posible que la competencia para transar haya sido delegada a favor de un órgano inferior (en los casos en que así corresponda). En todo caso, como regla práctica, no resulta muy aconsejable.

Por lo que al régimen de mayorías se refiere, la transacción requiere de una mayoría absoluta del Pleno y sería necesaria la emisión de un informe previo del Secretario, dado que el artículo 54.b) TRRL establece que «*siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial*» será necesario informe del Secretario.

La mayoría absoluta (y cualquier otra mayoría que exceda de la mayoría simple) se considera como una mayoría especial, por lo que el informe previo del Secretario sería absolutamente necesario.

Relevante llamada de atención debe constituir el hecho de que, con

independencia del caso considerado, la verificación exhaustiva de los requisitos de procedibilidad se convierte en un obligado camino cuya omisión completa o atajo sustancial suele conllevar graves consecuencias de índole jurisdiccional, al haberse convertido tales requisitos formales en mecanismos de control muy directo sobre la legalidad y corrección del ejercicio de una potestad tan excepcional como es la de verificar transacciones.

6. LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

Los supuestos de transacción y arbitraje (la otra institución que tradicionalmente agrupa los supuestos de terminación convencional tradicional del litigio administrativo) se dan con poca frecuencia¹⁹. Sin embargo, el Consejo de Estado ha creado —como especialista consultivo último en la materia— un cuerpo de doctrina muy consolidado en torno a las transacciones que favorece en gran medida el conocimiento de los elementos esenciales del negocio administrativo examinado.

Y se trata ahora de describirlo siquiera brevemente, dando entrada a nuevas facetas y situaciones contempladas por el Supremo Órgano Consultivo del Gobierno²⁰, que ilustran sobre los nuevos ámbitos y problemas que aquejan a las Administraciones Públicas actuales. Extractamos de su doctrina la síntesis final del análisis que hemos ofrecido previamente.

A) *El riesgo y la incertidumbre como presupuestos previos para acometer una transacción*²¹.

El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que la transacción de la Administración Pública exige institucionalmente para que pueda legitimarse la existencia de una relación jurídica dudosa cuya incertidumbre se trata de eliminar.

Un razonable grado de riesgo o incertidumbre, junto a una valoración positiva de los términos en que se podría alcanzar un acuerdo entre las partes, constituye el presupuesto jurídico necesario para considerar, negociar y, en su caso, plantear una transacción.

Esa legitimación jurídica de la vía transaccional podrá fundarse en muy diversos motivos, desde la dificultad en fijar los hechos en sí mismos hasta la debilidad de los fundamentos jurídicos oponibles hasta la conveniencia en llegar a la transacción. La cuestión puede devenir litigiosa o ya lo es en el momento de acometer la transacción.

La transacción no se limita a los supuestos en que dos partes acceden recíprocamente a dar, prometer o retener alguna cosa para despejar una situación incierta, sino que abarca también los casos en que se desea evitar

¹⁹ A. PÉREZ TENESSA, *Compendio de doctrina del Consejo de Estado*, Boletín Oficial del Estado-Consejo de Estado, Madrid, 2003, págs. 327 y ss.

²⁰ Según la mención expresa del artículo 107 de la Constitución española de 1978.

²¹ Dictámenes 41876, de 22 de marzo de 1979; 764/1992, de 9 de julio; 929/1997, de 10 de julio.

discusiones o revisiones del pasado o se pretende una renuncia de derechos. En definitiva, la transacción requiere de modo imprescindible una relación jurídica incierta y que las partes por ella afectadas aspiren a solucionarla mediante recíprocas concesiones.

Por el contrario, no concurren las circunstancias que la transacción exige cuando no existe en absoluto materia alguna conflictiva de presente ni advertencia de un litigio próximo que, mediante una eventual transacción, pudiese ser evitado. En el supuesto de referencia²², la mera extinción de un Consorcio entre dos entidades públicas, con acuerdo en sus términos y sin que haya cesión de derechos alguna, no constituye presupuesto para la transacción al no existir incertidumbre alguna en la relación jurídica que le sirve de soporte.

B) *La transacción es un contrato*²³.

En la misma línea que más arriba indicamos como mayoritaria, el Consejo de Estado considera a la transacción como un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica existente entre ellas, estableciendo al efecto un estado de cosas cierto que en adelante reconocen y admiten: *aliquid datum, aliquid retentum*.

C) *El contrato transaccional debe cumplir las exigencias del 1809 del Código Civil*²⁴.

En la medida en que la Ley General Presupuestaria no regula la institución de la transacción, sino los requisitos necesarios a que ha de ajustarse, el dictamen del Consejo debe centrarse en la adecuación del proyecto de transacción al artículo 1809 del Código Civil.

D) *Requisitos de la transacción*²⁵.

Tres son los requisitos esenciales de la transacción para el Supremo Órgano Consultivo del Gobierno: relación jurídica controvertida, incierta o tenida por tal; intención de sustituirla por otra cierta y determinada, y recíproca concesión de las partes. Siendo los dos primeros presupuestos subjetivos de la relación, la ponderación del tercero (la existencia de una auténtica concesión recíproca de las partes) es objetiva y debe ser apreciada por el correspondiente órgano consultivo.

No empece a la finalidad transaccional que ésta no se agote en una actuación única (el convenio en sí mismo), pudiendo preverse la constitución de un órgano de seguimiento del cumplimiento del acuerdo transaccional para que los intereses en litigio de la Administración Pública sean defendidos con prontitud y eficacia²⁶.

²² Dictamen 43260, de 23 de abril de 1981.

²³ Dictámenes 50864, de 28 de abril de 1988, y 764/1992, de 9 de julio.

²⁴ Dictamen 929/1997, de 10 de julio.

²⁵ Dictámenes 41876, de 22 de marzo de 1979; 51528, de 3 de noviembre de 1988, y 929/1997, de 10 de julio.

²⁶ Dictamen 43522, de 16 de julio de 1981.

E) *La aprobación del contrato transaccional requiere un procedimiento formal de elaboración del negocio*²⁷.

El procedimiento de aprobación de una transacción sobre bienes y derechos de la Hacienda Pública está dirigido a la verificación de la procedencia y oportunidad de la misma. Por «*procedencia*» hay que entender concurrencia de los requisitos exigidos; por «*oportunidad*», la existencia por parte del Estado de una voluntad de transigir y la idoneidad de los términos en que ésta proyecta plasmarse.

F) *Un especial rigor formal en esta materia es exigible a todas las Administraciones Públicas*²⁸, tratándose de una actuación excepcional de contenido cuasi-procesal²⁹.

Este superior rigor formal se aplica a todas las Administraciones Públicas, como manifiesta la práctica administrativa del Consejo de Estado (siendo igual para los Consejos Consultivos), por lo que también se exige a las transacciones en que es parte la Administración Local.

La vía transaccional como cauce resolutorio de contenciosos planteados o no en la vía judicial es de carácter excepcional, suscitando la necesidad de controles adicionales³⁰.

Todas las singularidades provienen de la intervención de la Administración, a consecuencia de lo cual se impone un gran rigorismo formal en la celebración de la transacción, que contrasta con la amplia libertad de procedimiento que preside el contrato cuando se celebra entre privados³¹.

G) *La transacción puede ser manifestada en múltiples convenios*³² o en el ámbito de las relaciones internacionales en el seno de otros acuerdos.

Puede autorizarse que se celebre una transacción consistente en una serie de contratos de transacción para evitar la provocación de litigios sobre los derechos resultantes de las liquidaciones de los cánones portuarios y las tarifas portuarias.

También puede verificarse la transacción del Reino de España para suscribir un Acuerdo anticontrabando y antifalsificación y de exención general entre la Comunidad Europea y diez Estados con una determinada empresa³³.

H) *Límites de la transacción*³⁴.

La transacción no puede afectar a acciones penales (extremo prohibido por el art. 1813 del Código Civil), extendiéndose la renuncia o liberación de responsabilidad sólo hasta donde la ley lo permita y en cuanto a los de-

²⁷ Dictamen 44772, de 23 de diciembre de 1982.

²⁸ Dictamen 42868, de 23 de diciembre de 1980.

²⁹ Dictamen 42868, de 23 de diciembre de 1980.

³⁰ Dictamen 45164, de 28 de abril de 1983.

³¹ Dictamen 252/1999, de 18 de febrero.

³² Dictamen 252/1999, de 18 de febrero.

³³ Dictamen 1296/2004, de 17 de junio.

³⁴ Dictamen 1296/2004, de 17 de junio.

rechos que tienen relación con el objeto de la transacción (art. 1815 del Código Civil).

I) *Posterior sumisión a arbitraje*³⁵.

Las partes de un convenio transaccional (que España firma como Estado miembro de la Comunidad Europea) pueden someter a arbitraje internacional (al amparo del art. 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) la resolución de los eventuales desacuerdos que pudieran surgir en el cumplimiento de las estipulaciones del contrato de transacción.

J) *La necesaria valoración del interés público*³⁶.

La apreciación de la oportunidad y conveniencia de un proyecto de transacción debe conceder un lugar primordial al interés público que con ella se vaya a realizar. Tal servicio no consiste sólo en el ahorro de tiempo y dinero en virtud de la transacción, sino que puede incluir objetivos artísticos, culturales, educativos, etc., facilitados con el recurso a la fórmula transaccional.

La transacción no exige igualdad o paridad de concesiones o prestaciones a cada parte, debido a la ductilidad y flexibilidad que caracterizan al pacto transaccional, tanto en sus posibles términos como en cuanto a las finalidades que se desean alcanzar con el mismo³⁷.

K) *La decisión sobre la transacción debe adoptarse al máximo nivel administrativo de cada Administración Pública*³⁸.

A cambio de la mayor libertad de las partes para transigir, el acuerdo que haya que adoptarse debe hacerse en el máximo nivel administrativo, exigiéndose en el Estado un Decreto del Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno.

La aprobación de la transacción por el Consejo de Ministros o, en su caso, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma no es un mero requisito de eficacia, sino de validez³⁹.

No suele caber la delegación de la competencia para aprobar la transacción en otro órgano inferior de una Administración autonómica, para lo que habrá de estarse en todo caso a su legislación interna⁴⁰, destacando las excepciones antes examinadas en el caso de la Administración Local.

L) *El consentimiento de la contraparte interesada es previo a la aprobación de la transacción por la Administración*⁴¹.

El consentimiento del particular debe constar antes de que el acuerdo de transacción se someta a la aprobación del Consejo de Ministros.

³⁵ Dictamen 1296/2004, de 17 de junio.

³⁶ Dictamen 44122, de 29 de abril de 1982.

³⁷ Dictamen 44865, de 23 de diciembre de 1982.

³⁸ Dictamen 42868, de 23 de diciembre de 1980.

³⁹ Dictamen 45164, de 28 de abril de 1983.

⁴⁰ Dictamen 44826, de 23 de diciembre de 1982.

⁴¹ Dictamen 45732, de 6 de octubre de 1983.

En el ámbito de la Administración Local, no existe base jurídica suficiente para alcanzar una transacción entre una Corporación y un particular sin que conste antes de la aprobación formal la previa aceptación (pura y simple) del interesado⁴².

M) *La función del dictamen del Consejo de Estado*⁴³.

La competencia consultiva del Consejo de Estado en materia de transacciones opera sobre un proyecto articulado, no pudiendo corresponderle, por falta de competencia administrativa, formular los términos de la posible transacción.

El Consejo de Estado, especialmente en los supuestos de transacción, valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines, de acuerdo con el artículo 2.3 de su Ley Orgánica⁴⁴.

La peculiaridad de la transacción administrativa reside más bien en las formalidades y garantías que ha de revestir y que se cifran fundamentalmente en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, y en concreto de su Pleno⁴⁵.

⁴² Dictamen 35406, de 27 de abril de 1967.

⁴³ Dictamen 44865, de 23 de diciembre de 1982.

⁴⁴ Dictamen 3356/1999, de 25 de noviembre.

⁴⁵ Dictamen 45719, de 8 de marzo de 1984.