

CAPÍTULO XI

Remedios alternativos a la justicia tradicional en la contratación pública: el modelo italiano frente al dogma de la indisponibilidad del poder

Gianluca Gardini

*Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Ferrara (Italia)*

SUMARIO. 1. La peculiaridad italiana. 2. El esquema de las *Alternative Dispute Resolution procedures* (ADR) aplicado a los contratos públicos. 3. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el dictamen preventivo de la ANAC. 4. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el poder de autoprotección de la Administración pública. 5. Remedios alternativos en la ejecución de los contratos públicos: las novedades traídas por el PNRR. 6. Breves conclusiones (a la luz de la peculiaridad del sistema italiano). 7. Bibliografía.

1. La peculiaridad italiana

En tiempos de crisis, la jurisdicción se considera tanto un recurso público escaso, que debe ser conservado, como un servicio público. En ambos casos, el uso “económico” del recurso jurisdiccional requiere que se utilice de manera racional y organizada, como *extrema ratio*¹. Por eso la Unión Europea pide a los Estados miembros fortalecer un sistema alternativo de resolución de litigios en varios ámbitos del ordenamiento (por ejemplo, la Directiva

1. Sobre la jurisdicción como servicio público y recurso escaso, véanse Pajno (2018) y Comporti (2016).

2013/11/UE sobre litigios de consumidores). Por lo que se refiere a los contratos públicos, objeto de este trabajo, la voluntad del legislador europeo de establecer un sistema generalizado de recursos rápido y eficaz en materia de contratación pública se ha manifestado desde hace muchos años, en particular con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para la resolución de disputas en la adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras². De acuerdo con el enfoque europeo, es necesario que los países miembros hagan un uso “prudente” de la jurisdicción, poniendo en marcha diferentes herramientas para favorecer un menor recurso a la rama jurisdiccional en caso de litigios, incluyendo filtros de acceso y medios alternativos para la resolución de disputas³.

La UE considera los remedios alternativos como un medio de pacificación social y como una técnica de modernización del modelo social europeo. De hecho, la introducción de remedios alternativos, además de reducir la carga judicial, está ligada a la búsqueda de objetivos de carácter cualitativo y no solo cuantitativo: mejora de la calidad de las decisiones, adopción de soluciones compartidas, especificidad, proporcionalidad y adecuación en la resolución de los litigios⁴. Bajo esta perspectiva, la tendencia a adoptar remedios alternativos queda vinculada a tres objetivos: a) eficiencia del servicio; b) fortalecimiento de la protección del particular; 3) mejor arreglo de las relaciones sociales. *Save time, expenses and stress*, es decir, que las personas ahorren tiempo, gastos y estrés⁵, con el fin último de favorecer el bienestar colectivo y la convivencia social.

Sin embargo, en Italia la introducción de remedios alternativos a la justicia tradicional como técnica de resolución de conflictos encuentra mucha más resistencia en el ámbito del derecho público que en el privado. La doctrina tradicional afirma que no hay lugar para las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en disputas entre la Administración y los particulares relacionados con derechos *no disponibles* (p. ej., interés legítimo). En este sentido,

2. Entre otras muchas cuestiones, la Directiva se refiere al órgano encargado de resolver dichos recursos, previendo la posibilidad de que esta tarea pueda encomendarse tanto a un órgano jurisdiccional como a otro órgano que no tenga dicha naturaleza (art. 2.9). “Por lo tanto, la Directiva no opta por un único modelo organizativo, sino que, por el contrario, atendiendo a la autonomía institucional de los Estados miembros, abre la puerta a que estos puedan atribuir la resolución del procedimiento tanto a los tribunales de justicia como a otros órganos de carácter administrativo, que no formen parte del poder judicial”. Así, Vilalta Reixach (2022: 122).

3. En doctrina, véanse Delsignore (2011) y Marchetti (2016).

4. Ramajoli (2018: 558). Sobre el uso de soluciones alternativas en el derecho europeo, véase recientemente Otranto (2023: 74 y ss.).

5. Ramajoli (2014).

se niega la admisibilidad de tales medidas alternativas en caso de disputas relacionadas con la aplicación de reglas de derecho público, subrayando que la conciliación civil solo es posible con referencia a los derechos disponibles (art. 1966 del Código Civil italiano). Como prueba de este enfoque cabe destacar que el Decreto Legislativo 28/2010, de 4 de marzo, que introdujo un sistema de mediación obligatoria para una serie de disputas civiles y comerciales, excluye de su ámbito de aplicación “los derechos sobre los que las partes no tienen derecho a decidir por sí mismas”; y, análogamente, el Código Procesal Civil prevé lo siguiente: “Las partes pueden resolver mediante árbitros disputas que surjan entre ellas solo si no se refieren a derechos indisponibles” (art. 806)⁶.

La resistencia al uso de ADR en conflictos de derecho público no es solo de tipo “dogmático”, sino que tiene una base socioeconómica: las voces críticas subrayan los riesgos de la privatización de la jurisdicción, que no brindaría suficiente protección a la parte más débil. Bajo esta perspectiva, conciliar (*settle*) es visto como vender (*selling out*) la función jurisdiccional, con el riesgo de que el resultado último de la operación acabe siendo no tanto el restablecimiento de la legalidad como la prevalencia de las razones del sujeto dotado de mayores recursos económicos. Aunque, volviendo al tema de este trabajo, sea la falta de disponibilidad de los intereses en juego lo que, a lo largo de los años, ha representado el principal obstáculo para la introducción de ADR en la contratación pública.

En realidad, la doctrina y la jurisprudencia más cuidadosas han demostrado desde hace tiempo que el interés legítimo no es verdaderamente indisponible para su titular (pensemos en la posibilidad del recurrente de renunciar al recurso judicial durante el proceso), que el interés público no puede considerarse abstracto y definido solo unilateralmente, y que el poder público no debe considerarse absoluto, no negociable e inagotable⁷. Una vez desmontados estos mitos, y sometido el poder público (y su reflejo subjetivo, representado por el interés legítimo) a los principios de certeza legal, responsabilidad, eficiencia y simplificación, y a la expectativa legítima de los administrados, se han abierto nuevos espacios para la aplicación de remedios alternativos a la justicia vestida con toga en las disputas de derecho público. Hasta el punto de que, actualmente, existe una clara tendencia a extender las ADR también a las controversias que implica el ejercicio del

6. En la misma perspectiva ver también el Decreto-ley 132/2014, de 12 de septiembre, adoptado para poner en marcha una serie de medidas urgentes de “desjurisdiccionalización”, a través del cual se introducen nuevas medidas alternativas de resolución de conflictos y se potencian las ya existentes.

7. Scoca (1991: 106; 2019: 1268), Delsignore (2007) y Perfetti (2009).

poder público. Hoy está bastante claro que, al menos en el caso del poder discrecional, la Administración pública puede disponer de la “función” que la ley le atribuye⁸; vencido el dogma de la unilateralidad del poder administrativo, la ciencia jurídica y la jurisprudencia consideran admisible el uso de las ADR incluso en el contexto de normas de derecho público, aunque no considerándolas como actos de autonomía privada, sino más bien como un método diferente de implementación de las normas respecto a lo inicialmente considerado por la Administración en el ejercicio de la función pública que dio origen a la controversia⁹. Además, a las *Alternative Dispute Resolution*, concebidas como remedios alternativos al juicio formal, se han agregado las *Appropriate Dispute Resolution*, es decir, instrumentos que complementan el poder jurisdiccional estatal, sin sustituirlo y, por tanto, sin deslegitimarlo: el sujeto que pretende obtener justicia a través de estos instrumentos no está obligado a “elegir” alternativamente una de las dos formas de protección, sino que, por el contrario, puede hacer uso de ambas para poder satisfacer sus propias pretensiones (pensemos, por ejemplo, en las recomendaciones adoptadas por el defensor del pueblo y, en general, por los *ombudsman*)¹⁰. Esta tendencia no significa, sin embargo, que el camino para la aplicación de la ADR a los litigios de derecho público esté claro, dado que el dogma de la indisponibilidad del poder público sigue profundamente arraigado en la cultura nacional, y las sombras del pasado son muy difíciles de eliminar de la mente del legislador y de los intérpretes¹¹.

Tradicionalmente, la regulación de los contratos públicos se divide en dos fases bien diferenciadas: la fase inicial, destinada a la formalización/adjudicación de los contratos públicos, regida por normas de derecho público; y la fase ejecutiva, destinada a la implementación de los contratos estipulados, regida por normas de derecho civil. La elección del régimen de derecho público para la fase de adjudicación tiene orígenes antiguos: una de las principales razones que subyacen a la elección del régimen ad-

8. Goisis (2006: 272).

9. Como pone de relieve Ramajoli (2015: 490), que destaca cómo el hecho de resolver un conflicto corresponde al interés público, y por tanto la resolución alternativa de una disputa representa otra forma posible de perseguir el interés público. Sobre el tema, véase también Marchetti (2017).

10. Al respecto, Calabrò (2017); y, más recientemente, Posteraro (2023: 16 y ss.).

11. La introducción en el sistema francés de la mediación a iniciativa de las partes o del juez administrativo demuestra que no existe incompatibilidad entre el poder administrativo y la solución del litigio en forma transaccional. La mediación francesa no constituye una solución del litigio sometida a un órgano administrativo, tiene carácter voluntario, no puede perjudicar los derechos de terceros y está confiada a un mediador que desempeña su tarea “*avec impartialité, compétence et diligence*”. Termina con una decisión que puede ser aprobada y ejecutada por el juez. La referencia es a la *Loi n. 2016-1547*, de 18 de noviembre de 2016, art. 5. Sobre el tema, véase Le Gars (2016).

ministrativo es que permite dar evidencia a los *motivos* del contrato, que generalmente resultan irrelevantes para el derecho civil. De ahí la definición de Giannini de “evidencia pública” como procedimiento administrativo que “duplica” el procedimiento privado de formación de la voluntad de la Administración pública, permitiendo conocer las razones de la elección del contratante privado¹².

A partir de esta distinción básica, en la fase inicial de los contratos públicos, donde hay gasto del poder público, y, por parte de los particulares, donde surgen intereses legítimos, los remedios alternativos siempre han tenido la función no de reemplazar, sino de *evitar* el litigio. Este tipo de remedios se colocan en un término medio entre procedimiento y proceso, son remedios *precontenciosos*, unidos por el elemento anticipatorio. Este es el caso, por ejemplo, del dictamen precontencioso de la ANAC (art. 211) que analizaremos en seguida. En la raíz de esta modalidad anticipatoria puede verse la dificultad de nuestro ordenamiento jurídico para brindar soluciones “consensuales” frente a controversias relativas a intereses legítimos, como tales no plenamente disponibles para las partes involucradas. Además, la finalidad última de la tutela preventiva es el restablecimiento de la legalidad, propia de los remedios de carácter objetivo y no tanto de los remedios alternativos, que a menudo se convierten en un momento procesal para definir el interés público y buscar soluciones compartidas. Como oportunamente se ha destacado, a través de las ADR los conceptos “correcto” e “incorrecto” se diluyen, para dejar espacio a la ponderación de los intereses¹³ según una lógica que se ha definido de “*mending justice*”¹⁴, es decir, una justicia que no establece quién tiene razón o no, sino que “repara” las relaciones e intenta establecer un diálogo entre las partes¹⁵.

Otras normas del ordenamiento italiano admiten la posibilidad de crear ADR en referencia a disputas que se produzcan en la fase *ejecutiva* de los contratos públicos, regida por el derecho civil, y donde solo caben los derechos subjetivos: el art. 12 del Código Procesal Administrativo italiano (Decreto Legislativo 104/2010, de 2 de julio) establece claramente que “las disputas relativas a los derechos subjetivos delegados a la jurisdicción del juez administrativo pueden resolverse mediante arbitraje ritual de conformidad con los artículos 806 y siguientes del Código de Procedimiento Civil italiano”¹⁶.

12. Giannini (1988: 797 y ss.).

13. Biavati (2005: 796).

14. Cappelletti (1981: 57).

15. Ramajoli (2015).

16. Marone (2018). El autor subraya un creciente y generalizado favor en nuestro sistema hacia modalidades negociales (o basadas en la autonomía privada) en el ejercicio de la justicia.

El Código de Contratos Públicos de 2016 (recientemente reemplazado por un nuevo texto, aprobado en 2023, que contiene esencialmente las mismas disposiciones) dedica un capítulo especial sobre los recursos alternativos a la tutela judicial en la fase ejecutiva de los contratos públicos, previendo las figuras del acuerdo amistoso (art. 205), de la transacción (art. 208) y del arbitraje (art. 209). En todo caso, existe una prohibición del arbitraje obligatorio y una exclusión del recurso al arbitraje no ritual para todas las controversias relativas a contratos públicos, tanto en la fase de la formalización como en la de ejecución¹⁷.

2. El esquema de las *Alternative Dispute Resolution procedures* (ADR) aplicado a los contratos públicos

En Italia no existe una regulación general sobre las ADR, válida para cualquier tipo de disputa con la Administración pública. En principio, las ADR tienen una forma intrínsecamente atípica, ya que son sistemas construidos esencialmente en torno a un propósito, a una finalidad (desjurisdiccionalización), pero que carecen de un claro marco de referencia desde un punto de vista formal y estructural. Al crear una ADR, el legislador se preocupa esencialmente de asegurar la eficacia y la efectividad del sistema, sin prestar demasiada atención en seguir un esquema legal de referencia. En Italia los remedios alternativos para litigios de derecho público, cuando están previstos, siguen el modelo del remedio *extraprocesal*, en consonancia con el concepto del proceso como un recurso escaso que debe ser preservado. Bajo esta perspectiva, la protección jurisdiccional es concebida por el legislador como un remedio extremo (*extrema ratio*) que debe ser utilizado con mucha cautela. En cambio, en los sistemas de *civil law*, distintos al nuestro, los medios alternativos contemplados en el sector público han sido concebidos principalmente como medios *endoprocesales*, con una rígida separación entre la fase conciliatoria y la fase de toma de decisiones. Por tanto, son un paréntesis interno del proceso¹⁸.

La ausencia de una tipología única no impide que haya caracteres (y problemas) recurrentes en la creación de las ADR. Por lo que se refiere a las ADR italianas siempre ha existido un problema relacionado con la brevedad del plazo para apelar la adjudicación de la licitación ante los tribunales administrativos, que opera como garantía del interés público en general (certeza de las relaciones jurídicas): si la empresa o el ciudadano no se apuran en apelar,

salvo por la difidencia que estas técnicas encuentran en unos ámbitos específicos, como típicamente el de los contratos públicos. Sobre el tema del arbitraje en los contratos públicos, en general, véase Pajno (2005).

17. Sobre el tema, véase Otranto (2023: 271 y ss.).

18. Ramajoli (2018: 558).

de haber invocado este remedio alternativo puede existir el riesgo de que la adjudicación del contrato público ya no sea discutible por el juez administrativo, con perjuicio del propio derecho a la defensa (art. 24 Constitución italiana). Además, existe el problema de identificar un “juez” tercero equidistante de las partes, que en derecho civil es elegido por ellas, mientras que en caso de disputas que tienen en el centro intereses no disponibles debe ser representado por un sujeto institucional. En la década de los 90, en Italia se propuso el establecimiento de comisiones independientes en cada Administración, a las que se podía acceder con recurso administrativo, cuyas decisiones quedaban abiertas a apelación ante el Consejo de Estado. La Comisión de Estudio nombrada por el ministro Cassese en 1993 y presidida por el profesor Cerulli Irelli planteó la propuesta de constituir “comisiones de la Administración judicial” especiales en cada Administración estatal, separadas de la Administración activa y rodeadas de garantías de independencia y composición, con la tarea de decidir apelaciones administrativas. La idea era abandonar el modelo de recursos “dentro de la Administración”, pasando a un modelo más cercano a las ADR de tradición anglosajona¹⁹. Veinte años después, el Informe realizado por el presidente De Lise con motivo de la inauguración del año judicial 2011 del Consejo de Estado afirmaba que, “al menos en algunas materias, se podría contemplar la experiencia previa y obligatoria de los recursos administrativos, garantizando la imparcialidad y especialización de los órganos competentes para decidirlos”²⁰. De esta declaración de intenciones han pasado otros diez años y puede decirse, sin temor a equivocarse, que el proyecto de independizar los órganos decisorios administrativos nunca logró concretizarse.

Sin embargo, existen en Italia unos cuantos ejemplos de remedios alternativos confiados a órganos externos y terceros en las relaciones entre la Administración pública y los particulares, con referencia a los “derechos no disponibles”: p. ej., la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) y el Defensor del Pueblo, este último sin poder resolver el litigio con decisiones vinculantes, ya que no puede ordenar la exhibición de los documentos, y mucho menos anular actos de la Administración pública. Tienen la misma naturaleza los pronunciamientos de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), en cuanto a los dictámenes vinculantes emitidos para resolver los litigios surgidos durante el procedimiento de licitación, siempre que exista aceptación expresa de las partes. Como se verá, la Autoridad anticorrupción tiene un poder parajurisdiccional para resolver controversias: de conformidad con el art. 211 del Código de Contratos de 2016, a iniciativa de la autoridad contratante o de las partes, la ANAC expresa una opinión vinculante sobre las cuestiones que sur-

19. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica (1994).

20. Corletto (2015).

gen en los procedimientos de licitación. Se consideran también ADR las decisiones del Garante de Privacidad (y de otras autoridades independientes como AGCM o Antitrust), que interviene en cuestiones relativas al conocimiento de datos personales a través de solicitudes de acceso (tradicional o cívico) dirigidas a la Administración pública, pero, en este caso, el enfoque es sobre derechos subjetivos, que, como tales, son intereses disponibles.

En cambio, los recursos administrativos no pueden ser considerados como remedios alternativos a la jurisdicción en sentido estricto. La cuestión de los recursos administrativos aparece hoy en día muy anticuada, porque queda sustancialmente vinculada a una estructura de la Administración pública basada en el principio de la jerarquía, que ahora se encuentra en gran parte en crisis. La crisis de los recursos administrativos es evidente desde hace muchos años: solo decir que en 1984 A.M. Sandulli, en su Manual de derecho administrativo²¹, al tratar de las herramientas de la Administración contenciosa, advirtió que se trataba de una forma de justicia tan insatisfactoria que la legislación sobre los tribunales administrativos tuvo que hacer frente a sus inconvenientes. En la mayoría de los casos, la protección por la vía administrativa se ha vuelto una verdadera *res derelicta*²².

Junto con el tema de la admisibilidad de los recursos alternativos en el derecho público, surge el problema de la *naturaleza jurídica de las decisiones* que resuelven controversias donde se encuentran involucrados intereses indisponibles, como reflejo de la aplicación de normas de derecho público que autorizan el uso del poder administrativo. La cuestión de la naturaleza jurídica de las decisiones administrativas que resuelven una disputa entre la Administración pública y los particulares no es en absoluto nueva, ya que a mediados del siglo pasado ocupó el debate doctrinal y jurisprudencial durante mucho tiempo. En el intento de identificar la naturaleza de esta categoría de actos, algunos intérpretes quisieron adscribir las decisiones administrativas al ámbito no tanto de los actos de voluntad imperativa, sino de los actos de *juicio y valoración*; otros han preferido calificarlos como *deliberaciones y actos administrativos*, destacando la imposibilidad de separar el acto de voluntad de la valoración de hechos contenida en las mismas decisiones; otros más han preferido imputar las decisiones a la *autoprotección* (autotutela), entendida como una actividad con la que la Administración pública resuelve los conflictos, potenciales o reales, surgidos con otros sujetos en relación con sus deliberaciones previas. La tesis más persuasiva sobre el tema es sin duda la ofrecida por Mario Nigro, según el cual las de-

21. Sandulli (1984: 1132).

22. Pajno (2015).

cisiones administrativas “son actos administrativos de *valoración*, formados de manera *contenciosa*, es decir, mediante un procedimiento construido de tal manera que se dé el protagonismo [...] al conflicto de intereses o de opiniones entre los administrados, o entre la autoridad y uno o más administrados [...], comprobando así la aplicabilidad de la ley a un caso concreto y determinando, en ocasiones, también las modalidades de aplicación de la propia ley”²³. Nigro clasifica las decisiones administrativas dentro de los actos administrativos *vinculados* (es decir, no discrecionales), cree que siempre es necesaria una *motivación* para las mismas, por la estructura contenciosa del procedimiento del que surgen, y tiende a considerarlas irrevocables por su estructura *declarativa*.

Lo que distingue estos actos de las medidas administrativas tradicionales, en esencia, es que “las decisiones administrativas presuponen un *conflicto*, entre la Administración y la parte interesada o entre diferentes partes interesadas, y se dictan en busca no solo del interés en el contenido de la disposición, sino también de la justa solución de ese conflicto: por tanto, tienen un contenido similar al contenido de las sentencias”²⁴. Es precisamente la presencia en las decisiones de la satisfacción de este interés judicial lo que ha suscitado las mayores incertidumbres sobre la naturaleza de estos actos, y lo que, a nivel teórico, ha llevado a hablar, para las decisiones, de actos “material o sustancialmente jurisdiccionales o parajurisdiccionales”²⁵. Las decisiones administrativas adoptadas para dirimir controversias entre particulares tienen, por tanto, muchos puntos en común con las sentencias dictadas por la autoridad judicial, desde un punto de vista formal y sustancial, pero se diferencian de estas últimas en que el poder del que proceden es el administrativo, y no el judicial. En este marco conceptual, las decisiones se consideran actos *declarativos*, una categoría particular que incluye, por ejemplo, las medidas tomadas tras los recursos administrativos, los actos de valoración de impuestos o los actos de las autoridades independientes.

La jurisprudencia constitucional también parece abrazar este orden conceptual. En un fallo sobre los consejos estatutarios de garantía establecidos en algunas regiones italianas, la Corte Constitucional italiana afirma de hecho que las decisiones administrativas de estos órganos son “actos administrativos de evaluación, destinados a resolver conflictos, decidiendo, en un caso específico, sobre la aplicabilidad de una regla o sobre los métodos de aplicación de la misma”. La Corte Constitucional, como se ha observado, en

23. Nigro (1953, 1962).

24. Mattarella (2006: 4736).

25. Nigro (1962).

esta sentencia se ha referido a los estudios de Nigro sobre decisiones administrativas, confirmando que, en realidad, la distancia entre Administración y jurisdicción es muchas veces menor de lo que parece²⁶.

Siguiendo la enseñanza de Mario Nigro, las decisiones administrativas se plantean como medidas administrativas caracterizadas por un contenido evaluativo, a menudo adoptadas por Administraciones *ad hoc* que son responsables de la resolución imparcial de los conflictos y la aplicación de reglas objetivas a través de un procedimiento cuasijudicial. Los actos de solución de controversias aplican las reglas al caso específico y determinan las razones y responsabilidades de las partes en conflicto. De ello se desprende que estas decisiones son, a todos los efectos, *actos administrativos autoritativos*. O, yendo más allá de las clasificaciones formales, son decisiones administrativas que, al cuidado del interés público para la justa solución de una controversia, “heterodeterminan” la jerarquía de intereses entre las partes en conflicto. Por tanto, el *régimen jurídico sustantivo y procesal* aplicable a estas decisiones es el del apdo. 1 del art. 1 de la Ley 241/1990, de 7 de agosto (actos autoritativos, expresión del poder público), y no el del apdo. 1-bis de la misma Ley (actos de carácter no autoritativo adoptados de acuerdo con las normas de derecho privado); y, como consecuencia, las mismas pueden ser impugnadas ante el juez administrativo.

3. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el dictamen preventivo de la ANAC

Como se acaba de decir, la Ley italiana ya prevé unos mecanismos de solución de controversias alternativos a la jurisdicción (ADR) en materia de contratos públicos, pero todos están confinados a la fase de ejecución de los mismos.

Los remedios alternativos previstos para la fase de formalización de los contratos públicos son básicamente *previos* al litigio, es decir, remedios que tienen como finalidad principal la de *evitar*, y no la de resolver, el conflicto. En este sentido, el previo Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril, o CCP) ha innovado mucho el marco normativo existente, otorgando a la Autoridad Nacional Anticorrupción esta potestad de resolución previa de conflictos en materia de contratación pública, y estableciendo que sus “dictámenes previos al litigio” se configuran como re-

26. Mattarella (2011). Más recientemente, sobre el tema de la Administración judicial, véase Otranto (2023: 193 y ss.).

cursos alternativos a la jurisdicción con carácter anticipatorio, ya que tienen como objetivo prevenir el surgimiento de una controversia (art. 211.1).

La Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) es una autoridad administrativa independiente cuya misión institucional consiste en la acción de prevención de la corrupción. La ANAC surgió con la Ley anticorrupción de 2012 (Ley 190/2012, de 6 de noviembre), de la transformación de otro organismo público, la Comisión de Evaluación, Transparencia e Integridad de las Administraciones Públicas (CIVIT), sumando a la actividad supervisora en el sector de los contratos públicos, que ya pertenecía a esta última, las funciones de prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y en las sociedades participadas y filiales, también mediante la actuación del principio de transparencia en todos los aspectos de la gestión. Su actividad cubre varios ámbitos de la actividad administrativa: aplicación de la legislación anticorrupción y cumplimiento de obligaciones de transparencia, atribución de cargos públicos, conflictos de interés de funcionarios, adjudicación y ejecución de contratos públicos. La ANAC está dotada de facultades muy relevantes, que se dividen en funciones de dirección y planificación, apoyo a la planificación y control de misiones institucionales, vigilancia, regulación. Desde el punto de vista estructural, la ANAC es un organismo colegial compuesto por el presidente y cuatro miembros elegidos entre expertos de gran profesionalidad, incluso ajenos a la Administración, con competencias comprobadas en Italia y en el extranjero, tanto en el sector público como en el privado, con reconocida independencia y probada experiencia en materia anticorrupción. El nombramiento de sus componentes se lleva a cabo por decreto del presidente de la República previa resolución del Consejo de Ministros, y previa opinión favorable de las comisiones parlamentarias competentes expresada por una mayoría de dos tercios de sus miembros; el poder de propuesta corresponde solo al ministro de Administraciones Públicas para el presidente, mientras que para los demás componentes se requiere acuerdo del ministro del Interior. La dotación de personal de la Autoridad Nacional Anticorrupción está prevista en el número máximo de 350 unidades²⁷.

De conformidad con el art. 211.1 CCP, la entidad pública contratante o una de las empresas participantes en la licitación pueden presentar a la ANAC las cuestiones que surjan durante la realización de los procedimientos de licitación: "A iniciativa de la autoridad contratante o de una o más de las otras partes, la ANAC expresa una opinión sobre las cuestiones que surjan durante los procedimientos de licitación, dentro de los treinta días siguientes a la

27. Para un análisis de las funciones y la organización de la Autoridad Nacional Anticorrupción, véase Nicotra (2016), así como Cantone y Merloni (2015).

recepción de la solicitud. El dictamen vincula a las partes que previamente hayan dado su consentimiento para cumplir lo establecido en el mismo”. El dictamen obliga a las partes que lo han aceptado previamente: de hecho, el referido efecto vinculante se produce únicamente si las partes han dado su consentimiento para cumplir el propio dictamen²⁸. Por otro lado, cuando la solicitud de dictamen sea activada por una sola parte (entidad pública contratante o empresa), el dictamen emitido se entenderá como no vinculante.

De esta configuración surgen algunos efectos concretos:

1) El dictamen vinculante, que obliga a las partes a observarlo, es un acto que tiene capacidad de resolver un conflicto en curso. Como tal, es inmediatamente lesivo y por lo tanto puede ser impugnado frente al juez administrativo. Por disposición legislativa expresa, solo los dictámenes vinculantes podrán ser impugnados (por cada una de las partes) “ante los órganos de la justicia administrativa competentes de conformidad con el artículo 120 del Código Procesal Administrativo”, precisando que, “en caso de rechazo del recurso contra el dictamen vinculante, el juez evalúa la conducta del recurrente de conformidad con y para los efectos del artículo 26 del Código Procesal Administrativo”. En definitiva, para evitar apelaciones fraudulentas el comportamiento del recurrente se hace relevante para la determinación de los gastos judiciales.

2) El dictamen no vinculante, en cambio, representa un acto de persuasión moral (*moral suasion*) hacia las partes, que siempre pueden incumplirlo, no siendo un acto con fuerza ejecutoria. La Administración no pierde su discreción ante un dictamen no vinculante, a pesar de que estos actos rara vez sean ignorados por ella²⁹. Su impugnación puede realizarse junto con la apelación contra la disposición final de la Administración que lo siguió, siempre que el dictamen tuviera alguna relevancia en la decisión final.

La premisa de la emisión del dictamen es la existencia de un conflicto actual sobre un asunto concreto: por lo tanto, existe inadmisibilidad del propio dictamen cuando la solicitud es genérica y/o dirigida a un control generalizado sobre los procedimientos de la Administración pública. Sigue siendo muy debatida la cuestión de qué actos pueden constituir objetos de prelitigios: la posición preferible parece ser la que identifica el límite del objeto del prelitigio en la adjudicación de una licitación (con exclusión de todos los actos y hechos de la ejecución y de los actos que se encuentran temporalmente entre la adjudicación y la estipulación del contrato). La doctrina mayoritaria hasta hace

28. Sobre las modalidades de adhesión, ver Reglamento sobre dictámenes previos al litigio, resolución ANAC de 9 de enero de 2019.

29. Cintioli (2009: 988).

poco creía que la competencia de la ANAC se extendía inclusive al “mérito” de la disputa, es decir, que la Autoridad puede/debe entrar en el fondo del asunto controvertido, sustituyéndose a la entidad pública contratante. El nuevo Código de contratos públicos (Decreto Legislativo 36/2023) nos permite en cierto modo superar este enfoque: los principios de resultado (art. 1) y aún más el de confianza (art. 2) contenidos en el nuevo texto mejoran, fortalecen y salvaguardan el papel de la Administración pública y su discrecionalidad, haciéndola inmune al control extendido al mérito de la ANAC (en este sentido ver Informe del Consejo de Estado sobre el esquema definitivo del nuevo Código de Contratos Públicos, 7 de diciembre de 2022).

El Consejo de Estado italiano ha calificado en todo caso los dictámenes vinculantes como ADR, aunque con rasgos de especialidad en referencia a dos aspectos específicos: a) en primer lugar, el procedimiento es binario y distingue si existe o no el consentimiento de las partes a los efectos vinculantes del dictamen; b) en segundo lugar, la solicitud conduce a un acto administrativo vinculante de la ANAC que puede ser impugnado frente a los tribunales de las formas mencionadas anteriormente³⁰. Por otro lado, si es cierto que el derecho de defensa frente a todos los actos de la Administración pública (art. 24 de la Constitución italiana) requiere que los dictámenes vinculantes puedan ser impugnados de inmediato por las partes, sin duda la impugnación de los actos destinados a prevenir el litigio conlleva el riesgo de un agravamiento del propio litigio, con evidente heterogénesis de fines³¹. Hay que tener en cuenta que las ADR nacen como una herramienta para reducir la litigiosidad, no para incrementarla. La clasificación de los dictámenes entre las ADR no se excluye por el hecho de que, aunque vinculantes, los dictámenes de la ANAC previos al litigio no impiden la posible intervención del juez administrativo en relación con la misma cuestión³². La posibilidad de impugnar los dictámenes vinculantes de la ANAC ante el tribunal administrativo regional refleja la matriz de nuestro sistema de justicia administrativa, según el cual las situaciones jurídicas indisponibles que están sujetas al conocimiento del juez no pueden ser objeto de procesos completamente alternativos a la tutela judicial. Al mismo tiempo existe una relación de incompatibilidad entre los dictámenes vinculantes y los recursos judiciales presentados sobre el mismo tema: la superposición de los remedios judiciales genera inadmisibilidad o imposibilidad de proceder con la actuación del dictamen, según los distintos momentos de presentación. La prevalencia del remedio judicial debe ser vista como un reflejo de la indisponibilidad del interés de fondo, que como tal no

30. Consejo de Estado italiano, *Comm. Spec. 14 settembre 2016, n. 1920*.

31. Ramajoli (2018: 558).

32. Ramajoli (2014).

puede encomendarse enteramente a la protección de un órgano distinto del juez, con sus garantías de imparcialidad e independencia.

En cambio, el hecho de que el dictamen no tenga un efecto vinculante, si por un lado evita la impugnación frente al juez administrativo (falta el efecto lesivo), por otro lado produce consecuencias negativas desde el punto de vista de la certidumbre jurídica.

La ley no identifica los plazos en los que se puede activar el procedimiento para adoptar dictámenes previos al litigio: para evitar que se conviertan en una herramienta para eludir sustancialmente el plazo fijado por el Código Procesal Administrativo, la jurisprudencia administrativa y la propia ANAC consideran inadmisibles las demandas relativas a actos del procedimiento de licitación autónomamente impugnables respecto de los que ya han transcurrido los plazos de recurso frente al juez administrativo. Entre las cuestiones sobre las que se expresó la Comisión Especial en 2016 en referencia a lo contradictorio, se observa el riesgo de realizar una investigación superficial en relación con plazos de respuesta restringidos (30 días). Se destaca también una falta de coordinación entre el plazo para emitir el dictamen de la ANAC (30 días) y el plazo del recurso judicial (30 días): hubiera sido apropiado suspender el segundo plazo mientras la ANAC emite su dictamen. Otro tema crítico se refiere a los efectos con geometría variable dependiendo de si el dictamen es vinculante o no, para todas o algunas de las partes involucradas: la parte no sujeta a la coacción puede deducir la ineficacia del dictamen, pero sin posibilidad de impugnar o participar en la controversia. En conclusión, el Consejo de Estado destaca el riesgo de lagunas e incertidumbres en las normas aplicables a la apelación de los dictámenes previos³³.

Cabe señalar que la voluntad legislativa es mantener cierta distancia entre el dictamen previo al litigio y los remedios procesales: si bien el trámite lo lleva a cabo una autoridad independiente con funciones parajurisdiccionales, la actividad de la ANAC es completamente distinta de la función judicial de los tribunales. El objetivo de la ley sigue siendo la reducción de lo contencioso y el fomento de medidas alternativas a lo contencioso sin provocar una especie de preproceso. Sobre este punto, vale la pena señalar que el recurso ante la Autoridad anticorrupción ha tenido un éxito considerable desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo 50/2016: si antes de 2016 los dictámenes de la ANAC (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici* antes de 2014) para la resolución de controversias llegaban a unos 200 por

33. Consejo de Estado italiano, Comisión Especial, dictamen 1920/2016, de 14 de septiembre.

año, a partir de 2016 las opiniones previas al litigio producidas anualmente rondan la cifra de 1250 resoluciones emitidas, sin contar las instancias inadmisibles por razones de forma.

4. Remedios alternativos en la formalización de los contratos públicos: el poder de autoprotección de la Administración pública

Junto al dictamen preventivo, en la dinámica de los contratos públicos, tiene cierta relevancia como ADR la solicitud de autoprotección a la autoridad contratante propuesta por la ANAC (en forma de “recomendación vinculante” para anular los actos de licitación ilegales). El art. 211.2 del Código de Contratos de 2016 establecía que “si la ANAC, en el ejercicio de sus funciones, considera que existe un defecto de legitimidad en uno de los actos del expediente de licitación, invita al ente adjudicador a actuar en autoprotección y también eliminar los efectos de actos ilegítimos, en un plazo no superior a sesenta días”. La ley —usando las palabras del dictamen del Consejo de Estado— “otorga a la ANAC la facultad de invitar a los poderes adjudicadores a actuar en autoprotección”³⁴. La recomendación vinculante fue uno de los instrumentos que fortaleció muy sensiblemente el rol de la ANAC en el sistema de contratación pública que caracteriza al Código de 2016. El modelo del Código parecía obligar a la Administración pública a la demolición del acto ilegítimo (norma que, de hecho, ha sido revocada): más que de autoprotección, sería correcto hablar de heteroprotección, o al menos de autoprotección impuesta³⁵.

El Consejo de Estado italiano, en su dictamen 855/2016, de 1 de abril, sobre el proyecto de decreto legislativo corrector del Código de Contratos Públicos, había sido muy crítico con esta disposición, en particular “en términos de compatibilidad con el sistema de autonomía, ya que introduce una facultad de suspensión inmediata y una de anulación enmascarada”. De hecho, no hay que olvidar que, según el Consejo de Estado, tras la reforma constitucional de 2001, “los controles de legitimidad de los actos administrativos de las autoridades locales deben considerarse excluidos de nuestro ordenamiento jurídico, tras la eliminación del primer párrafo del art. 125 y art. 130 de la Constitución”. Por tanto, el Consejo de Estado propuso sustituir la recomendación vinculante con la legitimidad *ex lege* de la Autoridad anticorrupción para impugnar los actos de los procedimientos contractuales, diseñada en términos similares a la legitimidad de la Autoridad de competencia y mercado (AGCM) para interponer recursos contra los actos que

34. Consejo de Estado italiano, Comisión Especial, dictamen 855/2016, de 1 de abril.

35. Portaluri (2014).

violen las normas de protección de la competencia previstas en el art. 21-bis de la Ley 287/1990. Solución que había sido considerada compatible con el estatuto constitucional de autonomía por parte de la Corte Constitucional³⁶.

De este “poder vinculante de recomendación” hay que hablar ahora en pasado, porque el art. 211.2 ha sido eliminado del texto del Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 56/2017, de 19 de abril)³⁷. Un par de meses después de la aprobación del Código, la Ley 96/2017, de 21 de junio, de conversión del Decreto-ley 50/2017, de 24 abril, ha incluido en el art. 211 los apdos. 1-bis y 1-ter, que otorgan a la Autoridad anticorrup-

36. Corte Constitucional, sentencia 20/2013, de 14 de febrero. El modelo de referencia utilizado es el art. 21-bis de la Ley 287/1990, de 10 de octubre, según el cual la Autoridad de Defensa de la Competencia (AGCM o Antitrust), antes de emprender acciones legales contra los actos administrativos generales, reglamentaciones y medidas administrativas que considere lesivas para la libertad de competencia y el mercado, debe emitir, en el plazo de sesenta días, “un dictamen motivado, en el que indique los perfiles específicos de las infracciones encontradas. Si la Administración pública no cumple dentro de los sesenta días siguientes a la comunicación del dictamen, la Autoridad podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes”. Este esquema ha sido imitado por la corrección del Código de Contratos (art. 211, apdo. 1-ter), con la única diferencia de que el sujeto competente para emitir el dictamen es la ANAC. De acuerdo con la reconstrucción de la jurisprudencia más reciente, la función de dicho dictamen motivado es doble: por un lado, solicitar a la Administración revisar sus propias decisiones y cumplir con las directrices de la Autoridad, mediante un ejercicio especial del poder de autoprotección justificado por la especial relevancia del interés público en juego; y por otro, actuar como una herramienta para la disminución de los litigios.

37. El art. 6 del Decreto Legislativo 53/2010 había introducido en el Código de Contratos también otra disposición, el art. 243-bis, revocado con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 50/2016. Esta norma preveía la institución de una comunicación sobre la intención de proponer recurso judicial, es decir, una comunicación escrita con el resumen de los vicios de ilegalidad, dirigida por el interesado al órgano de contratación, anticipando la intención de proponer un recurso judicial. Con esta disposición la ley implementó la Directiva 2007/66/CE, que tenía el propósito de reforzar los mecanismos preventivos para la resolución de controversias, gracias a la solicitud del poder de autoprotección de la Administración. El segundo objetivo era el —ya visto— de reducir la carga de las controversias relativas a las licitaciones, abriendo una ventana de diálogo “prejurisdiccional” entre la autoridad contratante y el potencial solicitante. La Comisión Especial del Consejo de Estado identificó de inmediato el problema inherente a su implementación: la Administración, ante la alarma de la comunicación previa, jugaría a su favor una partida de cartas abiertas, pudiendo ya activar sus propios despachos legales. En principio, la disposición habría tenido la útil función de provocar una respuesta de la Administración tras el conocimiento de algunos perfiles de ilegitimidad; sin embargo, de hecho, este objetivo no se logró, por dos razones: en primer lugar, la comunicación previa no constituía una condición de admisibilidad del recurso, por lo que, a la luz del plazo de 30 días para interponer recurso, no era realista que la comunicación previa tuviera un papel central. La brevedad del plazo de apelación terminó por reducir el funcionamiento efectivo de la disposición, que no suspendía el plazo para la presentación del recurso; en última instancia, la única posibilidad era solicitar el ejercicio de competencias de autoprotección de la Administración y esperar una renovación del procedimiento de licitación. El Código de Contratos Públicos de 2016 ha ordenado la eliminación de la comunicación previa: al respecto, el dictamen del Consejo de Estado había sugerido la necesidad de realizar “una reflexión final sobre la utilidad de eliminar una regla animada por claros propósitos deflacionistas”, pero el legislador nacional no tuvo en cuenta esta indicación y eliminó la comunicación previa de la intención de apelar.

ción (ANAC) la facultad de emitir dictámenes motivados en caso de que un órgano de contratación haya adoptado una medida que incurra en infracciones graves; si la parte contratante no cumple dentro del plazo asignado por la ANAC, esta última podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes, ante el juez administrativo³⁸. Es decir, el instrumento que fue propuesto por el Consejo de Estado en el dictamen del año anterior.

La posibilidad de utilizar la potestad de autoprotección como herramienta judicial también a favor de particulares suscita mucho debate en la doctrina. La doctrina clásica afirma que la autoprotección, como desvela la etimología de la palabra, está pensada como un poder discrecional conferido en interés exclusivo de la Administración pública, y por lo tanto no puede ser considerado al mismo tiempo un remedio decisorio en favor de los particulares³⁹. Más recientemente otros autores van apoyando la tesis de una Administración que, al realizar esta actividad materialmente decisoria, no actúa como autoridad portadora de privilegios en interés propio del aparato, sino que está llamada, en la dialéctica procedimental, a tomar decisiones en la búsqueda del interés público que se forma en contradicción con los ciudadanos⁴⁰. Una tesis intermedia, finalmente, considera la autoprotección como una herramienta útil para resolver conflictos en el futuro, no para resolver disputas en el pasado. Por tanto, considera la autoprotección como término medio entre la administración activa y la función judicial⁴¹. Bajo esta perspectiva, el poder de autoprotección podría lograr el interés público en el contexto de una relación duradera entre Administración y ciudadanía, más informal y participativa. Así, la autoprotección vuelve a ser un término medio entre procedimiento y proceso, con un pie en el pasado, pero un ojo en el futuro.

38. Art. 211, apdo. 1-bis, CCP: La ANAC tiene legitimidad para “emprender acciones legales para impugnar las convocatorias, y otros actos administrativos generales y disposiciones relativas a contratos de gran impacto, emitidos por cualquier poder adjudicador, si la Autoridad considera que infringen las normas de contratación pública relativas a obras, servicios y suministros”; art. 211, apdo. 1-ter: “Si la ANAC considera que un órgano de contratación ha adoptado una medida que incurre en infracciones graves a este Código, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la infracción, emite un dictamen motivado en el que señala expresamente los defectos de legitimidad constatados. El dictamen se envía al órgano de contratación; si el órgano de contratación no cumple dentro del plazo asignado por la ANAC, que en todo caso no excederá de sesenta días desde el envío, la ANAC podrá presentar recurso de apelación, dentro de los treinta días siguientes, ante el juez administrativo. Se aplica el artículo 120 del Código de Procedimiento Administrativo mencionado en el Anexo 1 del Decreto Legislativo 104/2010, de 2 de julio”.

39. Benvenuti (1959).

40. Allena (2018).

41. Ramajoli (2015).

5. Remedios alternativos en la ejecución de los contratos públicos: las novedades traídas por el PNRR

El nuevo Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 36/2023, de 31 de marzo, adoptado sobre la base de la Ley de delegación 76/2022, de 22 de junio), adoptado en la fase de recuperación de la crisis vinculada a la pandemia, dedica un capítulo especial a los recursos alternativos a la tutela judicial en la fase ejecutiva de los contratos públicos (como ya hacía el anterior Código de 2016), previendo las figuras de los acuerdos amistosos (art. 210-211), de la transacción (art. 212), del arbitraje (art. 213), del colegio consultivo técnico (art. 215), de los dictámenes obligatorios (art. 216), de las determinaciones (art. 217), y de los dictámenes previos a la disputa (art. 220). Sigue estando prevista en la legislación italiana, como ya lo estaba en el pasado, la prohibición generalizada de utilizar el arbitraje obligatorio y el arbitraje no ritual para todas las controversias relativas a contratos públicos.

Algunas novedades sobre las ADR en el sector público han surgido también del reciente paquete de medidas relacionadas con la emergencia sanitaria. Entre las medidas de simplificación en materia de contratación pública previstas a nivel nacional por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, el Decreto-ley 76/2020, de 16 de julio (medidas urgentes de simplificación e innovación digital), introduce la figura del Colegio Consultivo Técnico (CCT), que según las intenciones del legislador debería tener un papel estratégico para asegurar el relanzamiento de la economía en el escenario pospandemia. En el fondo de esta iniciativa, como de muchas otras en materia de eficiencia administrativa, se encuentra la necesidad de evitar el riesgo de que las intervenciones previstas para la actuación del PNRR no se lleven a cabo y no se logren los objetivos fijados. En esta perspectiva, el art. 6 del Decreto-ley 76/2020 establece una serie de medidas dirigidas expresamente a desalentar el recurso a los tribunales para la resolución de controversias o cuestiones que puedan surgir en la *ejecución* del contrato, con el fin de evitar que el incidente jurisdiccional comprometa o retrase la realización de las obras. El modelo principal de referencia del CCT se encuentra en el *Dispute Review Board*, de derivación anglosajona, un organismo dirigido a solucionar de forma rápida y eficaz todos los problemas que puedan afectar, desde el principio, a la ejecución de los contratos públicos⁴². Teniendo en cuenta este marco conceptual principal, el legislador establece lo siguiente:

42. Lombardini (2020: 846). Para un análisis atento del uso de los *Dispute Board* a nivel internacional, véase Otranto (2023: 93 y ss.).

- 1) Para las obras de valor igual o superior al límite europeo, el CCT debe obligatoriamente establecerse “para la resolución rápida de las controversias o conflictos técnicos de cualquier naturaleza que puedan surgir durante la ejecución del propio contrato”. Cuando sea obligatorio, el CCT requiere necesariamente la presencia del operador económico dentro de sí mismo, aunque la función del operador se limite únicamente a la consultoría.
- 2) La institución del CCT, por otro lado, es opcional para obras por debajo del límite europeo.
- 3) El CCT emite dictámenes obligatorios en los casos de suspensión de las obras a que se refiere el art. 5 (graves razones de orden público, de interés público, razones técnicas, ilícitos penales, etc.), y facultativos en los demás casos.
- 4) Los dictámenes, según los casos (808 ter cpc), pueden o no ser vinculantes para la resolución de un litigio entre la Administración y el operador económico.
- 5) El CCT también puede tomar determinaciones con carácter de laudo arbitral (ritual y no ritual) para la solución de las disputas. En este caso es necesaria la aceptación expresa y por escrito de la cláusula compromisoria por las partes, ya que existe en nuestro sistema una prohibición del arbitraje obligatorio y una exclusión del recurso al arbitraje no ritual por las disputas de derecho público.
- 6) El plazo de que dispone el Colegio para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas es de quince a un máximo de veinte días (desde la formulación de las mismas).

Con el establecimiento del CCT se quiere promover la “dejurisdiccionalización”, evitando o limitando en lo posible el riesgo de que la intervención del juez detenga o retrase la realización de obras/actividades públicas en general, y en particular las previstas por el PNRR. El CCT se presenta como un órgano consultivo constituido para velar por la realización del interés público primario en la ejecución de la obra pública, y además para proporcionar “funciones de asistencia para resolución rápida de disputas” en la ejecución del contrato. En general, la impresión es la de no estar ante un típico órgano arbitral, ni un típico órgano de mediación o conciliación, ni un típico órgano consultivo, sino un órgano judicial atípico de derecho público. La ley obliga al CCT a dictar actos de naturaleza y eficacia profundamente distintas (dictámenes, determinaciones, actos con carácter de laudo arbitral no ritual), y, por lo tanto, termina caracterizándose como órgano híbrido⁴³.

43. Sin embargo, no es la acumulación de funciones lo que representa el verdadero elemento de novedad del CCT. La novedad está constituida, en primer lugar, por la necesaria participación,

Tampoco su misión es la típica que normalmente se asocia a las ADR. El CCT ha sido introducido con el fin de no poner en peligro la consecución de los objetivos identificados en el PNRR y en el NGEU: por su origen y sus funciones no parece tanto un instrumento de deflación de la disputa, sino una técnica de aceleración de la ejecución de las obras públicas⁴⁴. Una disciplina sustancialmente análoga en relación con el CCT ha sido confirmada, con unos años de distancia, por el nuevo Código de Contratos Públicos de 2023, ya mencionado (art. 218)⁴⁵.

6. Breves conclusiones (a la luz de la peculiaridad del sistema italiano)

El eje del sistema italiano para el control de la contratación pública se encuentra en la distinción básica entre las fases de derecho público (adjudicación) y de derecho civil (ejecución) que componen dicha contratación: como se ha visto, los mecanismos alternativos a la jurisdicción (ADR) en materia de contratos públicos están en su gran mayoría concentrados en la segunda, es decir, en su fase de ejecución, donde no se encuentran intereses legítimos, sino derechos subjetivos.

El enfoque “bifásico” (derecho administrativo/derecho civil) de los contratos públicos siempre ha sido apoyado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hasta el punto de ser formalizado por el legislador⁴⁶. En doctrina se ha observado que el régimen administrativo fue confirmado por el legislador de forma casi “oportunistamente”, por ser el que mejor se adaptaba, a la luz de su carácter multipolar, a la necesidad de proteger a terceros; y, por lo tanto, el más idóneo para proteger el principio de competencia, fuertemente defendido por la Unión Europea⁴⁷.

De hecho, hay cada vez más autores que, en términos críticos con respecto al marco normativo vigente (estructura en dos fases), observan que en el procedimiento de adjudicación no hay realmente ejercicio de “poder de imperio”, y que los actos de la licitación no son realmente actos administra-

como componente del órgano decisorio, del operador económico, es decir, de la parte privada directamente interesada (*rectius*: de los miembros designados por él). En este aspecto, se advierte la voluntad de añadir un elemento de consenso al tradicional método unilateral de resolución de los recursos administrativos. El segundo elemento de novedad que se percibe, en referencia a las formas de ADR consideradas admisibles en el ámbito público, se refiere a la posibilidad de utilizar la forma de arbitraje no ritual: es decir, el CCT parece poder decidir no solo según la ley, sino también según equidad o en forma conciliatoria. Francario (2022).

44. Francario (2022).

45. Sobre el tema, véanse Otranto (2023: 306 y ss.) y Francario (2023).

46. Art. 30.8 del Código de Contratos de 2016, que incorpora las disposiciones del Código de Contratos de 2006 (Decreto Legislativo 163/2006, de 12 de abril, art. 2, apdos. 3 y 4).

47. Moliterni (2016: 418-419).

tivos⁴⁸. Si ese fuera realmente el caso, considerando la actividad de la Administración pública como expresión de la capacidad de derecho privado, la existencia de posiciones subjetivas no disponibles en la fase de adjudicación sería menos cierta.

Hay que destacar que el nuevo Código de Contratos Públicos (2023) regula en detalle el uso de recursos alternativos a la tutela jurisdiccional en la ejecución de los contratos públicos (acuerdos amistosos, transacción, arbitraje, dictámenes obligatorios, determinaciones, colegios consultivos técnicos, dictámenes previos a la disputa: arts. 210-220), pero no ha introducido ningún elemento de novedad con respecto a su formación, probablemente debido a la naturaleza de las posiciones subjetivas que caracterizan específicamente esta fase.

Por lo tanto, no parecerá excesivo concluir estas breves notas destacando cómo la contraposición entre las posiciones subjetivas (derechos subjetivos/intereses legítimos)⁴⁹, que nos acompaña desde hace más de 150 años sin interrupción y sin perspectiva de cambio (a menos que se cambie la Constitución italiana) a pesar de las críticas doctrinarias, sigue condicionando no solo la división entre las jurisdicciones (ordinaria y administrativa), sino también la introducción de técnicas alternativas a lo contencioso-administrativo (ADR), que permanecen fuertemente vinculadas a la presencia de intereses disponibles y a la ausencia del poder público, es decir —en última instancia—, a pretensiones consideradas como negociables por sus propios titulares.

7. Bibliografía

- Allena, M. (2018). *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Benvenuti, F. (1959). Autotutela (Diritto amministrativo). *Enc. dir.* (vol. IV, p. 544). Milán: Giuffrè.
- Biavati, P. (2005). Conciliazione strutturata e politiche della giustizia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 59 (3), 785-800.
- Calabrò, M. (2017). L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle *Appropriate Dispute Resolution*. *Federalismi.it*, 10, 5-8.
- Cantone, R. y Merloni, F. (2015). *La nuova autorità nazionale anticorruzione*. Turín: Giappichelli.

48. Moliterni (2016: 418); Perfetti (2020: 150); Ricciuto y Nervi (2009: 139). Más cauta, aunque siempre crítica, la posición de Greco (2006: 72, 1986: 95 y ss.).

49. Scoca (2017).

- Cappelletti, M. (1981). Appunti su conciliatore e conciliazione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 35 (1), 49-65.
- Cintioli, F. (2009). Le tecniche di *alternative dispute resolution* nelle controversie della pubblica amministrazione. *Diritto e processo amministrativo*, 3 (4), 917-1011.
- Comporti, G. D. (coord.). (2016). *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*. Florencia: Firenze University Press.
- Corletto, D. (2015). I ricorsi amministrativi "tradizionali": difetti e possibili correttivi. En G. Falcon y B. Marchetti (eds.), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* (pp. 115-124). Trento: Università degli Studi di Trento.
- Delsignore, M. (2007). *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*. Milán: Giuffrè.
- (2011). Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE. *Il diritto processuale amministrativo*, 29 (4), 1519-1535.
- Francario, F. (2022). Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo? *Giustizia Insieme*, 15-7-2022. Disponibile en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2410-il-collegio-consultivo-tecnico-misura-di-semplificazione-e-di-efficienza-o-inutile-aggravamento-amministrativo?hitcount=0>.
- (2023). Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico. *Giustizia insieme*, 30-11-2023. Disponibile en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2974-il-collegio-consultivo-tecnico-organismo-atipico-di-mediazione-e-di-conciliazione-in-ambito-pubblicistico?hitcount=0>.
- Giannini, M. S. (1988). *Diritto amministrativo* (vol. II). Milán: Giuffrè.
- Goisis, F. (2006). Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo. *Diritto processuale amministrativo*, 24.
- Greco, G. (1986). *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*. Milán: Giuffrè.
- (2006). L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi. En V. Cerulli Irelli (ed.), *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (pp. 69 y ss.). Nápoles: Jovene.
- Le Gars, J.-M. (2016). La juridiction administrative saisie par la médiation ? *AJDA*, 40, 2272 y ss.
- Lombardini, I. (2020). Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici (art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, cd. "Decreto semplificazioni", convertito con modifiche in l. 11 settembre 2020, n. 120). *Rivista dell'arbitrato*, 30 (4), 843-863.

- Marchetti, B. (2016). Le a.d.r. nel contenzioso dei contratti pubblici. En *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economía y contraste a la corrupción (Actas del LXI Congreso de Estudios de Ciencia de la Administración)*, pp. 425-462. Milán: Giuffrè.
- (2017). La tutela non giurisdizionale. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 423-448.
- Marone, F. (2018). *Favor arbitratus* e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici. *Rivista dell'arbitrato*, 28 (1), 1-20.
- Mattarella, B. (2006). Provvedimento amministrativo. En S. Cassese (dir.). *Dizionario di diritto pubblico* (pp. 4731-4741). Milán: Giuffrè.
- (2011). *Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione. Istituzioni del Federalismo*, 4, 801-807.
- Moliterni, A. (2016). *Amministrazione consensuale e diritto privato*. Nápoles: Jovene.
- Nicotra, I. A. (2016). *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*. Turín: Giappichelli.
- Nigro, M. (1953). *Le decisioni amministrative*. Nápoles: Jovene.
- (1962). Decisione amministrativa. *Enciclopedia del diritto*, XI. Milán: Giuffrè.
- Otranto, P. (2023). *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Pajno, A. (2005). Arbitrato nelle controversie amministrative. *Enciclopedia Giuridica* (vol. II, p. 14). Roma: Treccani.
- (2015). I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale. En G. Falcon y B. Marchetti (eds.). *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*. Trento: Università degli Studi di Trento.
 - (2018). La giustizia amministrativa nel 2018. *Giornale di diritto amministrativo*, 24 (1), 9-20.
- Perfetti, L. R. (2009). Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici. *Rivista dell'arbitrato*, 19 (4), 589-640.
- (2020). Per una teoria dell'interesse pubblico nel legare per l'assegnazione dei contratti pubblici. En A. Maltoni (dir.). *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi* (pp. 143-161). Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Portaluri, P. L. (2014). Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?). *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 21-38.
- Posteraro, N. (2023). *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica. (1994). *La riforma della Pubblica Amministrazione* (vol. V, *La giustizia nell'amministrazione*).

Ramajoli, M. (2014). Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche. *Diritto Amministrativo*, 22 (1/2), 1-43.

– (2015). Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici. *Il diritto processuale amministrativo*, 33 (2), 481-506.

– (2018). Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva. *Il diritto processuale amministrativo*, 36 (2), 557-584.

Ricciuto, V. y Nervi, A. (2009). Il contratto della pubblica amministrazione. En P. Perlingeri (coord.). *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Sandulli, A. M. (1984). *Manuale di diritto amministrativo*, 2. Nápoles: Jovene.

Scoca, G. (1991). La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri. En U. Draetta (coord.). *Arbitrato e pubblica amministrazione*. Milán: EGEA.

– (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Torino: Giappichelli.

– (2019). L'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive. *Giurisprudenza italiana*, 171 (5), 1263-1270.

Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *REALA*, 18, 119-136.