

## LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO Y COMPLEMENTARIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

---

M.<sup>a</sup> Concepción García Vicario

Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos

### **RESUMEN**

*La materia objeto de examen en el presente trabajo es novedosa y se encuentra en fase embrionaria. Estamos ante una institución que carece de implantación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Carecemos de cultura de mediación, no estamos concienciados sobre los beneficios de la misma, ni sobre la bondad de tal medida, y la observamos, en no pocas ocasiones, con recelos y desconfianza por la dificultad de encajar la misma en este ámbito jurisdiccional, por lo que las anotaciones que aquí se contienen, pueden servir para reflexionar si en el momento actual, ante el fenómeno del aumento de litigiosidad, la masificación de recursos que soportan nuestros Juzgados y Tribunales y la demora en el dictado de decisiones judiciales, la mediación— como método alternativo de resolución o gestión de conflictos —puede presentarse como una solución eficaz y ágil, que pueda aliviar la situación de sobrecarga de nuestros órganos jurisdiccionales y contribuir a disminuir la litigiosidad. Ciertamente, la mediación no es una panacea, ni una solución a los problemas que actualmente plantea nuestra Administración de Justicia, pero puede coadyu-*

M.<sup>a</sup> Concepción García Vicario

*var activamente al ofrecer a la ciudadanía más alternativas, y en muchos casos mejores, para la resolución de sus conflictos.*

**Palabras clave:** *Mediación, intrajudicial, jurisdicción, contencioso-administrativa.*

### ABSTRACT

*The subject matter of this article is innovative and is in an embryony phase. Mediation has yet to find its place and use within the administrative process. Indeed, we lack the concept of mediation, we do not aware of its benefits and we are not convinced of its generosity as a useful resource in our legal system, observing this institution, more often than not, with certain misgivings, perhaps, with distrust for the difficulties to find a suitable place in the framework of the administrative process.*

*Hence the annotations to be found here serving to timely reflect, face with case overload, the general tendency to resort to judicial resolution that courts must withstand and the necessary delays to be, therefore, in judicial pronouncement, mediation –as alternative to dispute resolution or as a way to manage conflicts— may appear as an effective and agile tool to alleviate the overload of courts and to diminish the traditional litigation.*

*Undoubtedly mediation is not panacea and it is not a solution to the problems facing our legal system, but rather can contribute actively to it by offering citizens additional alternatives, often better, to solve pending conflicts.*

**Key words:** *Mediation, intrajudicial, jurisdiction, contentious-administrative.*

### SUMARIO

---

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTO Y DIFERENCIACIÓN CON FIGURAS AFINES.
3. MARCO LEGAL.

4. EXPERIENCIAS EN DERECHO COMPARADO.
5. EXAMEN DE LOS DISTINTOS MODELOS EN FUNCIÓN DEL MEDIADOR.
6. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN.
7. LÍMITES AL ACUERDO ALCANZADO.
8. ENCAJE DE LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL CONJUNTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS.
9. EXIGENCIAS PARA SU IMPLANTACIÓN.
10. PERSPECTIVAS DE FUTURO.
11. SITUACIÓN ACTUAL.

#### Abreviaturas

---

|          |  |
|----------|--|
| ADR:     | Alternative Dispute Resolution.  |
| Rec.:    | Recomendación.   |
| DOUE:    | Diario Oficial de la Unión Europea.  |
| CGPJ:    | Consejo General del Poder Judicial.  |
| LOPJ:    | Ley Orgánica del Poder Judicial.   |
| LRJCA:   | Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.                                      |
| LEC:     | Ley de Enjuiciamiento Civil.   |
| LRJ-PAC: | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. |
| TS:      | Tribunal Supremo.  |
| TSJ:     | Tribunal Superior de Justicia.   |
| JCA:     | Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.  |
| LGP:     | Ley General Presupuestaria.  |
| STC:     | Sentencia del Tribunal Constitucional.   |

## 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del incremento de la litigiosidad, especialmente, en el ámbito contencioso-administrativo, no es un hecho aislado que se produce únicamente en nuestro país, sino que lo padecen también la mayoría de los países de nuestro entorno<sup>1</sup>.

Dentro del esfuerzo por asegurar el respeto a unos plazos razonables para la resolución de los litigios y, al mismo tiempo, por deflacionar la carga que en los últimos años pesa sobre los Juzgados y Tribunales, se vienen proponiendo una serie de técnicas o remedios que agrupados bajo el acrónimo ADR (Alternative Dispute Resolution) surgen en la experiencia jurídica de los Estados Unidos y que en la actualidad encuentran eco tanto a nivel de la Comunidad Europea, como del Consejo de Europa.

La idea básica de estos medios alternativos descansa en proporcionar de una mayor flexibilidad al procedimiento contencioso-administrativo, prescindiendo de formalidades, solemnidades y trámites predeterminados legalmente. Se trata de fórmulas que permiten encontrar soluciones consensuadas mediante una percepción más directa de los intereses concretos que subyacen detrás de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto.

En el espíritu de estos medios se reflejan de alguna manera los postulados de la filosofía de la denominada «justicia alternativa», esto es, aquella concepción conforme a la cual los conflictos jurídicos, sea cual sea su índole, pueden ser compuestos y resueltos a través de una “perspectiva consensual”, mediante un acuerdo alcanzado entre las partes, como consecuencia de un proceso de acercamiento conducido, facilitado o auxiliado por un «tercero» que no obstante, no impone solución alguna, sino que se esfuerza y trabaja con las partes acercando posiciones, para que finalmente sean éstas quienes alcancen de modo consensuado una solución que ponga fin al conflicto.

Esta filosofía de resolución de conflictos choca con la concepción tradicional del proceso que descansa en una decisión impuesta por un «tercero» (el Juez) con vencedores y vencidos, y a su vez enlaza con una tendencia que está atravesando todo el Derecho Administrativo, según la cual, frente a la lógica de la decisión de otro, puede contraponerse la lógica fundamental del diálogo.

---

<sup>1</sup> VIVES DE LA CORTADA FERRER CALBTÓ, Joaquín, «Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Cuadernos Digitales de Formación 18-2009 del CGPJ*.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, dirigió una Recomendación en septiembre de 2001 Rec. (2001) 9, a los Estados miembros con el fin de promover la utilización de medios alternativos de resolución de los conflictos entre la Administración Pública y los ciudadanos, promoviendo la implementación en las legislaciones y prácticas en los Estados miembros de mecanismos de mediación como medio más simple y flexible de resolución de las controversias contencioso-administrativas de carácter subjetivo, que deberá respetar los principios de igualdad, imparcialidad y los derechos de las partes.

No obstante, no podemos obviar que en el Derecho Administrativo interno, se plantea el problema de que, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones del derecho privado, las normas de derecho público regulan intereses generales que se sustraen del poder de disposición de las partes en conflicto. Por tanto, esas reglas jurídicas propias del Derecho Administrativo, junto con la vinculación de la Administración al principio de legalidad, objetividad, servicio a los intereses generales e igualdad de trato, que han de presidir la actuación de las Administraciones Públicas, unido a la propia indisponibilidad de los actos reglados, limitan seriamente el espacio para encontrar soluciones «acordadas» o «negociadas» del conflicto, cuando no lo excluyen absolutamente.

## 2. CONCEPTO Y DIFERENCIACIÓN CON FIGURAS AFINES

Partiendo de tales consideraciones y en una primera aproximación, podemos definir la mediación como un modelo o sistema de resolución de conflictos por medio del cual son las propias partes intervinientes las que consiguen poner fin al mismo, mediante un acuerdo adoptado tras un proceso de negociación, en el que un tercero, el mediador, aproxima y acerca posiciones, e incluso propone acuerdos, pero sin que la solución al conflicto sea decidida ni impuesta a las partes por el mediador<sup>2</sup>.

En sentido amplio, la mediación conlleva la intervención de un tercero competente, imparcial y neutro, habilitado para ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo y que carece de poder de decisión.

Estamos ante un sistema de gestión y, en su caso, de resolución de conflictos, que se configura como un método no adversarial, alternativo y complementario a la vía judicial, en el que las propias partes en conflicto intentan llegar a un acuerdo, ayudados y auxiliados por un tercero que facilita y favorece un pacto, mediante la recíproca y equilibrada cesión de parte de sus pretensiones, hasta

---

<sup>2</sup> MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, «Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos», *La Mediación Penal, Cuadernos Digitales de Formación 55-2009 del CGPJ*.

M.ª Concepción García Vicario

confluir en un interés común satisfactorio para ambas y que, por tanto, están dispuestas a cumplir voluntariamente.

La mediación se configura así como un sistema de resolución de conflictos, de los denominados autocompositivos, al igual que la transacción y la conciliación, frente a sistemas heterocompositivos, como el arbitraje, resultando interesante diferenciar y deslindar brevemente tales figuras.

2.1. *Transacción*. Es una técnica amigable de resolución de conflictos en el que el acuerdo se alcanza tras concesiones recíprocas de las partes, como medio para poner fin a la situación controvertida. La solución del conflicto viene dada por las propias partes, sin la intervención de ningún tercero que favorezca o facilite el acuerdo, a diferencia de lo que acontece con la mediación.

2.2. *Conciliación*. Interviene un tercero, pero la diferencia esencial radica en el «papel» del tercero. Mientras en la conciliación adopta una posición diríamos pasiva, al limitarse a acercar a las partes, situándolas en un plano de negociación, sin embargo, en la mediación su intervención es más activa, intensa y facilitadora, por cuanto el mediador contribuye activamente a la resolución del conflicto, concretando posiciones, favoreciendo el acercamiento de las partes e incluso proponiendo acuerdos, lo que no es predicable de la conciliación.

2.3. *Arbitraje*. Se trata de un sistema heterocompositivo en el que las partes someten la decisión del conflicto a una tercera persona —árbitro— o a órganos o entidades que no forman parte del poder judicial, cuya decisión (laudo) tiene fuerza vinculante y eficacia equivalente a la fuerza de cosa juzgada, sin perjuicio de que sea admisible someter su validez o nulidad, exclusivamente por motivos tasados, al pronunciamiento de los Tribunales. Desde esta perspectiva, el arbitraje se convierte en un «equivalente jurisdiccional».

2.4. *Premediación*. Constituye una fase previa a la mediación propiamente dicha. Se trata de una actividad propia de los jueces cuando exhortan o derivan a las partes dentro de un procedimiento judicial a hacer uso de la mediación, como sistema alternativo y complementario de resolución del litigio, con posibilidad de suspender el curso del proceso, en tanto las partes acuden a mediación y tratan de conseguir un acuerdo que ponga fin a la controversia. En estos casos, el juez del proceso no es el mediador, sino el ordenante de que el litigio sea sometido a mediación y será el mediador, como tercero ajeno a la controversia, partiendo de una posición neutral, el que ayudará a las partes a aproximar posiciones e incluso a proponer acuerdos, sin perjuicio de que la solución del conflicto no sea decidida ni impuesta a las partes por el mediador.

Entre las diversas clases de mediación de las que se hace eco la doctrina: pura, asesorada, en equipo, extrajudicial e intrajudicial, el presente trabajo se

centra en esta última, esto es, la que se desarrolla dentro del ámbito judicial, conectada a un proceso y con origen en el mismo, ya sea a iniciativa de las partes litigantes, o bien por derivación del órgano jurisdiccional.

### 3. MARCO LEGAL

3.1. Como instituto inspirador hemos de partir de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (DOUE 24-5-2008) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que a los meros efectos que ahora nos ocupan, contiene previsiones que pueden ser extrapoladas al proceso contencioso-administrativo, como se ha efectuado ya en el ámbito de la jurisdicción social, a través del *Protocolo de mediación intra-judicial en la jurisdicción social*, cuyo objetivo es dar a conocer la experiencia piloto a desarrollar en el Juzgado Social N.º 3 de Bilbao en orden a introducir la mediación en el ámbito de la jurisdicción social, partiendo de la iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, con el apoyo del Gobierno Vasco y la colaboración del Consejo de Relaciones Laborales, debiendo recordarse al efecto, que como previene la Consideración (8) aunque «*las disposiciones de la presente directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, nada debe impedir que los estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*».

En la misma línea y a instancias del CGPJ, y más en concreto de la Vocalía Delegada para la Mediación, se constituyó en julio de 2011 en el seno de propio Consejo, un Grupo de Trabajo para el estudio de la implantación de un proyecto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, elaborándose un Protocolo de Actuación, al que posteriormente me referiré, como paso previo a la puesta en marcha de un proyecto piloto a desarrollar en los órganos judiciales y tribunales del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Volviendo al marco legal y a efectos de la Directiva citada, en concreto en su artículo 3 del que podemos partir como instituto inspirador se entiende por:

a) *Mediación*: Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez com-

M.ª Concepción García Vicario

petente para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.

b) *Mediador*: Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

La Directiva no postula un sistema concreto dejando a los Estados su configuración. Se trata en realidad de un instrumento de mínimos, ya que pretende respetar al máximo el marco competencial de cada uno de los Estados miembros y por ello se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, siempre que incidan en materias disponibles por las partes, quedando fuera de su ámbito de aplicación los asuntos fiscales, aduaneros, administrativos o de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana.

Como principios informadores propugna los de voluntariedad y libre disposición, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, transparencia, regulando los efectos de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción, así como el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes en mediación.

Esta Directiva implica que el Derecho español debía adaptar su ordenamiento jurídico interno para acoger y regular plenamente esta figura, y para promover esta institución hasta ahora simplemente consentida, y había de legislarse antes del 21 de mayo de 2011.

En este marco, el Consejo Ministros aprobó el 19 de febrero de 2010 tres iniciativas:

- Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.
- Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.
- Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, para la modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, para hacer efectivo los cambios en materia de arbitraje y mediación.

Con la presentación de dichos Anteproyectos el Ejecutivo trató de cubrir dos aspectos: por un lado, cumplir el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia (2009-2012) que contempla, dentro de sus ejes de actuación y como cambios a realizar, el que el ordenamiento cuente con nuevos sistemas de media-

ción y arbitraje, y por otro, poner en práctica técnicas previstas en el Plan de Estrategia de Economía Sostenible.

Dicha previsión se encuentra asimismo incluida en el Plan de Modernización de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial, aprobado en el Pleno de 12 de noviembre de 2008, que entre sus ejes, en concreto en el número sexto relativo al impulso de las reformas procesales, contempla reformas en materia de mediación. De hecho, todas estas premisas programáticas se han traducido ya en algunos proyectos piloto que, conforme a unos protocolos de actuación pautados, vienen dando sus frutos en los últimos años, sobre todo en el ámbito de la mediación penal y familiar, significando que la mediación que se está impulsando desde el CGPJ es la mediación intrajudicial, es decir promovida por el propio juez una vez iniciado el proceso judicial.

Volviendo a los citados Anteproyectos, su finalidad fue impulsar sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias, reduciendo así la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales a la vez que los costes.

Interesa destacar, que en el Anteproyecto sobre reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 19 de febrero de 2010, se modificaba a través de la Disposición Final Tercera, el artículo 77 LRJCA para introducir la mediación en el procedimiento contencioso-administrativo, a la vez que adicionaba un nuevo apartado 7 al artículo 106 de la LRJCA, si bien en el Proyecto de Ley posterior de 16 de julio de 2010 —en consonancia con el Informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación— así como en la Ley finalmente aprobada, esto es, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE 21 de mayo de 2011) se opta por no incluir la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, circunscribiéndose a reformar determinados preceptos de la Ley de Arbitraje, además de la LEC.

Por el contrario, mientras que el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de febrero de 2010 omitía cualquier tipo de modificación al respecto, sin embargo, en el posterior Proyecto de Ley de 8 de abril de 2011 se incluyeron tales determinaciones, y así en la Disposición Final Tercera, además de adicionarse un nuevo apartado 7 al artículo 106 de la LRJCA, se recogió la modificación del artículo 77 de la LRJCA dando entrada expresamente a la mediación en el ámbito de esta jurisdicción, cuando el litigio verse sobre estimación de cantidad.

No obstante, es un hecho cierto e incuestionable que la proyectada reforma no llegó a ver luz en la pasada legislatura y que esa proyectada modificación del

M.ª Concepción García Vicario

artículo 77 de la LRJCA no ha sido recogida posteriormente en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles — convalidado por Resolución de 29 de marzo de 2012— que finalmente incorporó al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, si bien con retraso, pues como se ha dicho, el plazo expiraba el 21 de mayo de 2011, ni tampoco en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el B.O.E. de 7 de julio de 2012, en vigor desde el día 27 de julio.

Esta norma va más allá de la Directiva que se centra en los acuerdos de mediación transfronterizos y establece un régimen general aplicable a toda mediación en asuntos civiles y mercantiles que se produzca en nuestro país. Se pretende, pues, que sea una alternativa real para la resolución de conflictos y que extienda su aplicación tanto al ámbito privado como al profesional o empresarial. Sin embargo, quedan expresamente excluidas, en todo caso, de su ámbito de aplicación conforme al artículo 2.2: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones Públicas. c) La mediación laboral y d) La mediación en materia de consumo, especificándose en el dispositivo II del Preámbulo de la Ley 5/2012, que las exclusiones previstas en esa norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

Consecuentemente, nos encontramos en la actualidad con una normativa a nivel estatal de mediación para asuntos civiles y mercantiles y, con un sistema alternativo de resolución de controversias, que se va abriendo paso poco a poco en la jurisdicción penal, algo se atisba en la social, pero que no está implantada en el ámbito de nuestra jurisdicción, por lo que desde esta perspectiva cabe plantearse si tal figura tiene encaje en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3.2. En el ámbito de esta jurisdicción la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la sección novena del Capítulo I, Título IV (artículos 74 a 77) bajo la rúbrica «*otros modos determinación del procedimiento*» contempla el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocesal y la transacción judicial enmarcada en un incidente de conciliación judicial, por la cual las partes llegan a un acuerdo sobre materias disponibles que ponen fin al proceso con efectos de cosa juzgada. El acuerdo ha de ser homologado por el Juez o Tribunal mediante Auto, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

En realidad la posibilidad que brinda el artículo 77 de la LRJCA no es sino el trasunto en sede procesal de la terminación convencional del procedimiento administrativo, previsto en los artículos 88 y 107.2 de la LRJ-PAC, pues no

hemos de olvidar que las fórmulas transaccionales para poner fin a una controversia y resolver conflictos con técnicas alternativas al recurso de alzada, están también generalmente reconocidas en el actuar en las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que a tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1999, el Gobierno debía haber elaborado y remitido al Congreso de los Diputados antes del 14 de octubre del año 2000, uno o varios Anteproyectos de Ley que regularan los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición, compromiso que no ha sido cumplido.

3.3. En último término, en este marco legal, no hemos de olvidar que la regulación específica de nuestra Ley Jurisdiccional ha de complementarse con la prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (que resulta aplicable a la presente jurisdicción supletoriamente en virtud de lo preceptuado en la Disposición Final Primera de la LRJCA) que en el reformado artículo 19 incluye, entre las facultades procesales de las partes, el derecho de disposición de los litigantes sobre el proceso, con singular referencia a la transacción judicial y la mediación en el apartado 2, refiriéndose asimismo a la suspensión del proceso en el apartado 4, que será acordada por el Secretario judicial mediante Decreto siempre que no perjudique el interés general o a tercero, disponiendo que el plazo de la suspensión no supere los 60 días.

Asimismo, cabe destacar que el apartado 3 del artículo 19 de la LEC previene que los actos a que se refieren los apartados anteriores, entre los que se incluye la transacción, podrán realizarse, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia, a diferencia de lo preceptuado en el artículo 77 de la LRJCA que circunscribe temporalmente la transacción judicial enmarcada en un incidente de conciliación judicial, al trámite posterior de formulación de demanda y contestación, sin perjuicio de admitir el acuerdo que se alcance posteriormente, siempre que tenga lugar en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

No obstante, es de significar que esa regulación contenida en la LEC resulta aplicable al proceso contencioso-administrativo y, por tanto, tales actos de disposición podrán tener lugar en cualquier momento de la instancia o recursos y en ejecución de sentencia, debiendo destacarse al efecto el Auto del T.S. de 13 de febrero de 2008 (recurso 2523/2005) en el que aplicando el artículo 19.3 de la LEC se afirma que las partes pueden transigir sobre el objeto del recurso en cualquier momento de la primera instancia o en los recursos, cual es el caso, admitiendo igualmente que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso en cualquier momento, incluso en fase de recurso de casación, suspendiendo por ello el curso del recurso por plazo de 60 días, habiéndose admi-

M.ª Concepción García Vicario

tido por el Alto Tribunal, en Auto de 7 de abril de 2003 (recurso 1197/2000) la terminación transaccional cuando se encuentra en trámite el recurso de casación, estimando aplicable —en virtud de la D.F. 1.ª de la LRJCA— el artículo 19.1.2 y 3 de la LEC, aprobando y homologando la transacción allí propuesta.

Partiendo de esta perspectiva legal, y del carácter mediador de la jurisdicción contencioso-administrativa como solucionadora de conflictos, resulta obligado referirse a las experiencias habidas en los países de nuestro entorno en este concreto ámbito jurisdiccional.

## 4. EXPERIENCIAS EN DERECHO COMPARADO

### 4.1. FRANCIA

El procedimiento de mediación queda excluido cuando entran en juego potestades administrativas, ya sean regladas, ya sean discrecionales, admitiéndose, por el contrario, cuando el litigio se refiere a un contrato administrativo o cuando lo que se reclama es una responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, hay que dejar constancia de que en el Consejo de Estado, se va abriendo camino la posibilidad de acuerdos conformes a la legalidad que pueden afectar al ejercicio de potestades discrecionales<sup>3</sup>.

Una de las peculiaridades del sistema francés, es que su desarrollo transcurre ante específicos órganos administrativos, denominados Comités Consultivos para la resolución amigable de problemas, integrados por Magistrados, funcionarios administrativos y expertos en materia de contratación pública.

El juez está autorizado para poner en práctica las soluciones que sean más adecuadas para favorecer una rápida solución del litigio de forma consensuada. Esta labor de mediación puede hacerse en la pieza principal del proceso y en el trámite de medidas cautelares.

Si la mediación tiene éxito, las partes pueden limitarse a comunicarlo al Juez para que ponga fin al proceso, que es el efecto procesal previsto en nuestra Ley Jurisdiccional para la transacción, o bien pedirle al Magistrado que lo transforme en una resolución judicial, es decir, opera como una auténtica transacción judicial.

---

<sup>3</sup> MASUCCI, Alfonso, «El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa», *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009, Madrid.

## 4.2. REINO UNIDO

Existen limitaciones para el uso de estas técnicas alternativas a la justicia tradicional, especialmente cuando se trata de decidir sobre derechos y libertades civiles o, incluso, para decidir sobre temas de abuso del poder administrativo, pero sí se admiten esas técnicas cuando de lo que se trata es de resolver cuestiones fácticas complejas<sup>4</sup>.

El sistema inglés, tiene una serie de peculiaridades destacables. Así, por ejemplo, el Juez no puede participar directamente en el sistema de mediación, ni puede siquiera designar mediador, si bien predetermina de antemano el procedimiento de mediación, con el objeto de que los derechos de las partes queden garantizados. El Juez no solo tiene la obligación de animar a las partes a usar este procedimiento de mediación, sino que tiene que facilitarlos si ve posibilidades de éxito.

En el caso de que una de las partes rechace acudir a mediación injustificadamente, el Juez tiene la posibilidad de imponerle las costas del proceso, aun cuando este le haya sido favorable. El acuerdo alcanzado tiene, en el Derecho inglés, el valor de un contrato.

## 4.3. ALEMANIA

Aunque parezca sorprendente en los Tribunales de lo Contencioso de Munich, el 90% de los asuntos contenciosos referidos a cuestiones tributarias y urbanísticas se resuelven por mediación, es decir, que una vez iniciado el proceso, la Administración y el ciudadano o persona jurídica en conflicto, alcanzan un acuerdo que pone fin al proceso en porcentajes muy elevados.

Puede acudir a mediación cuando estén en juego el ejercicio de actividades administrativas discrecionales y, también, en algunas ocasiones, cuando se trate de potestades regladas.

En la experiencia alemana, coexisten dos modelos:

- a) Mediación en sentido estricto, en el que el mediador es un tercero que se caracteriza por su imparcialidad, carece de potestades decisorias y su función principal es la de allanar las diferencias entre las partes que surjan en el curso de la negociación. La labor del mediador no exige el ejer-

---

<sup>4</sup> MASUCCI, Alfonso, «El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo, esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa», *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009, Madrid.

M.<sup>a</sup> Concepción García Vicario

cicio de potestades públicas, siendo su actividad de derecho privado.

Una cuestión importante es que, una vez llegado al acuerdo, el particular no puede acudir a la vía jurisdiccional para mantener su pretensión original.

- b) Conciliación intrajudicial llevada a cabo por el propio juez que conoce del proceso. En este punto, resulta muy interesante la Comunicación del Magistrado Don Luis Helmuth MOYA MEYER, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Canarias, bajo el Título «*La conciliación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Los juicios provisionales*» en la que da a conocer las técnicas de conciliación que observó durante una estancia en el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín (Verwaltungsgericht Berlin), en concreto en la sección 13.<sup>a</sup>, presidida por el Profesor ORTLOFF, la cual tiene asignados por reparto asuntos relativos al Derecho Urbanístico. En esa sección aproximadamente un 75% de los casos terminan mediante un acuerdo entre las partes<sup>5</sup>.

La técnica de conciliación intrajudicial que aplica el Profesor ORTLOFF se basa, en esencia, en la emisión de juicios provisionales sobre las cuestiones jurídicas que son planteadas por las partes, de tal forma que éstas pueden conocer al inicio del proceso cuál es la opinión provisional del tribunal sobre dichas cuestiones y valorar si les conviene continuar con el proceso, porque advierten puntos débiles en la argumentación del tribunal, o, en cambio, llegar a un acuerdo.

Con la emisión de estos «juicios provisionales» se da a las partes la oportunidad de combatir los puntos débiles de la posición provisional del Juez. Se intenta garantizar de la mejor manera posible el derecho de defensa y se evitan las «sentencias sorpresa». Esto se lleva a cabo en Alemania en el seno del proceso cautelar, es decir, siempre al inicio del proceso, con la finalidad de desactivar el conflicto en sus inicios, y no cuando el conflicto judicial ya está muy instaurado. Se desarrolla en una vista que discurre como una auténtica «conversación jurídica» del Juez con las partes y de una forma mucho más flexible y menos formal que la regulación contenida en nuestro ámbito jurisdiccional.

La Sala del TSJ de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, viene poniendo en práctica el uso de estas «opiniones o juicios provisionales» en fase de medidas cautelares —Autos del TSJ de Canarias de 27 de febrero de 2004 (Rollo

---

<sup>5</sup> MOYA MEYER, Helmuth, «La conciliación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Los juicios provisionales», *Revista del Poder Judicial*, número publicación: 74, año 2004.

de Apelación 217/2003) y de 15 de abril de 2004 (Rollo de Apelación 24/2004— recordando que la posibilidad de emitir «opiniones provisionales» que no prejuzgan la cuestión de fondo ha sido admitida por esa Sala en numerosas ocasiones, y que aunque la LRJCA no se pronuncie explícitamente sobre tal cuestión, encuentran su cobertura jurídica en la LEC (artículo 428 LEC) justificando la emisión de «opiniones provisionales» en la nueva concepción del proceso en la LRJCA y más en concreto al amparo del artículo 77 de la LRJCA del que hace uso en fase de medidas cautelares, trasladando a nuestro derecho el sistema alemán de juicios provisionales.

## 5. EXAMEN DE LOS DISTINTOS MODELOS EN FUNCIÓN DEL MEDIADOR

Como se ha adelantado, la Directiva no postula un sistema concreto dejando a los estados su propia configuración. Aunque aboga porque el mediador sea un tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación, sin embargo, admite la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, excluyendo únicamente del ámbito de aplicación aquellas gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competente para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.

No obstante, algún sector viene entendiendo, cual es el caso del Juez del JCA de Badajoz, que el artículo 77 de la LRJCA da cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la mediación intrajudicial, eso sí, llevada a cabo por el Juez o Tribunal que conoce del proceso —actuaciones judiciales que como se ha dicho, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva— haciendo uso de las facultades contenidas en tal precepto. Resulta muy interesante, a estos efectos, la Comunicación efectuada por Don Casiano ROJAS POZO, Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 1 de Badajoz, bajo el título «*La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa*» donde analiza su experiencia personal y en la que concluye que la mediación en esta jurisdicción es posible, y que no se trata de «un invento de algún juez iluminado» sino el cumplimiento del mandato que el pueblo español ha dado al juez y a las partes para que busquen soluciones pactadas, al aprobar el artículo 77 de la LRJCA<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ROJAS POZO, Casiano, «La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Estudios de Derecho Judicial del CGPJ*, número publicación: 154, año 2009.

M.ª Concepción García Vicario

Llegados a este punto, cabe preguntarse si el juez encargado del proceso judicial es la persona más idónea para llevar a cabo la mediación intrajudicial. En principio, parece que no, porque una de las claves del éxito de esta institución está en el respeto a la confidencialidad y la tendencia natural de las partes será la de desconfiar de un mediador a quien también se encomienda la tarea de resolver de manera imperativa tal conflicto. Téngase en cuenta que si la mediación no soluciona la controversia, el mismo juez habrá de resolver, y si no ha sido muy escrupuloso en el proceso de mediación, puede verse seriamente afectada su apariencia de imparcialidad.

Desde esta perspectiva, no parece apropiado que sea el juez del proceso el que lleve a cabo personalmente el proceso de mediación, sin perjuicio de que el juez pueda invitar a las partes, por derivación voluntaria al uso de este sistema de resolución de conflictos, lo que se enmarca dentro de lo que se viene denominando actividad premediadora, esto es, en la fase previa a la mediación, poniendo en disposición favorable a las partes en conflicto para que el litigio se resuelva por el uso de medios pacíficos y consensuados.

Los inconvenientes de la mediación intrajudicial practicada por el propio juez que conoce del proceso pueden ser evitados, si la mediación se encomienda a jueces que no tengan intervención en ese proceso. Así, las formas en las que puede encargarse a un juez ajeno la tarea de mediar entre las partes son variadas:

- a) La figura del magistrado de Tribunal liberado de funciones jurisdiccionales, dedicado exclusivamente a la mediación, permitiendo a este una especialización en técnicas de mediación. Los casos son derivados al magistrado mediador por las distintas secciones del Tribunal, cuando consideren que son susceptibles de acudir a este sistema alternativo de resolución del conflicto, ya sea por iniciativa propia y consultadas las partes del proceso, o bien a instancias de estas. En Bélgica, en la Corte de Apelaciones hay magistrados formados en mediación que son los encargados de llevar a cabo la mediación intrajudicial, no siendo éstos los que, en su caso, dictarán sentencia, ni practicarán las pruebas.
- b) Igualmente, puede encargarse la mediación a magistrados de una sección distinta a la que conoce del asunto.
- c) A un juez de uno de los juzgados unipersonales existentes en el partido judicial, haciendo las previsiones oportunas en cuanto al reparto de la carga de trabajo.
- d) Acudiendo a la figura del magistrado emérito.

Algún sector se inclina porque la mediación sea llevada a cabo por un juez ajeno al proceso<sup>7</sup>, por la labor institucional del juez, que se entiende dará mayores garantías a efectos de salvaguardar los principios de legalidad, igualdad, tutela judicial efectiva y respeto a los intereses públicos y de terceros y por considerarlo más adecuado para la correcta prestación de la tutela judicial, al ser la actividad mediadora una de las facultades que la Constitución configura dentro de la potestad jurisdiccional (artículos 117.3 y 117.4 de la Constitución Española) por cuanto los jueces deben resolver conflictos juzgando, pero también mediando, pues ambos aspectos configuran la potestad jurisdiccional.

Asimismo, la mediación puede llevarse a cabo por terceras personas o entidades ajenas, que pueden ser profesionales o gabinetes especializados y propiciados por organismos de la Administración, no vinculados a la concreta Administración que es parte en el proceso y sin ningún tipo de relación o dependencia jerárquica de la misma. Este es el modelo de mediador por el que ha optado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Igualmente, no podemos olvidar la atribución de la función de mediación a los Secretarios Judiciales efectuada en Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en concreto en su artículo 84, en cuanto se refiere expresamente a «la labor mediadora que le es propia».

En último término, destacar el relevante papel de las Universidades, también implicadas activamente en esta vía de resolución de litigios, realizándose en la actualidad diversos Masters y prácticas de mediación entre universitarios y postgrados, que avalan la formación de estos, así como la participación de los Colegios Profesionales que pueden coadyuvar en la formación de mediadores cualificados.

## 6. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN

Nuestra Ley Jurisdiccional no contiene norma alguna, ni ofrece ninguna enumeración sobre materias transaccionables, salvo la referencia genérica a la «*estimación de cantidad*» en el artículo 77 de la LRJCA.

En Derecho común se excluye la transacción en materias de orden público y la doctrina civilista considera no susceptibles de transacción cualquier cuestión regulada por normas imperativas. Ahora bien, mientras en el Derecho privado

---

<sup>7</sup> PECES MORATE, Jesús Ernesto, «Otros modos de terminación del proceso», *Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, número publicación: 7, año 2000.

M.<sup>a</sup> Concepción García Vicario

por mucha extensión que se dé a las normas de orden público, siempre queda un amplio campo donde se desenvuelve la autonomía de la voluntad y, por tanto, el ámbito de lo que es susceptible de transacción; sin embargo, en Derecho Administrativo una concepción tan amplia del orden público, vaciaría las posibilidades de acudir a técnicas de mediación, ya que aquel se caracteriza precisamente por la abundancia de normas de derecho necesario<sup>8</sup>.

Un escrupuloso respeto a la tutela judicial efectiva, lleva a entender que solo será posible someter a mediación asuntos sobre los que los recurrentes tengan plena disponibilidad y cuya resolución no se proyecte directamente sobre la esfera jurídica amparada por el derecho de terceros ajenos. Ello determina, por un lado, la imposibilidad de someter a mediación impugnaciones directas de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública.

Por el contrario, el campo de las resoluciones convencionales abre la posibilidad de acudir a técnicas de mediación para solventar problemas interpretativos. Así, serán susceptibles de mediación los conflictos que surjan en la interpretación de convenios o contratos, los litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, etc.) y en general los ámbitos de discrecionalidad administrativa, pues siendo unos ámbitos propios para decisiones consensuadas, a éstas pueden seguir mecanismos de solución de conflictos autocompositivos, no pudiendo ser sometidos a mediación los litigios que tengan por objeto controversias relacionadas con actos administrativos reglados o con el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos también reglados (órgano competente, procedimiento, etc.).

A título meramente ejemplificativo son materias susceptibles de sometimiento a mediación: la ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones Públicas, convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios, la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo, los acuerdos indemnizatorios como finalización de procedimientos de determinación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la concesión de ayudas y subvenciones públicas, procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, determinadas cuestiones medioambientales como excesos de ruidos, en Derecho tributario en materia de comprobaciones de valores a efectos de determinación de la

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ MOLTAVO, Rafael; TESO GAMELLA, Pilar; AROZAMENA LASO, Ángel, «El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo», *Bolsa de investigación CGPJ/Fundación Wellington*, Volumen II, año 2004.

base imponible (el acuerdo sería posible no en cuanto a la cuantía de la deuda tributaria, sino en cuanto a los hechos económicos conducentes a la determinación de esa deuda tributaria), rectificación de datos catastrales y, en materia de personal, en cuestiones tales como valoración de méritos o adjudicación de plazas en ejecución de sentencia e incluso en determinados aspectos de derecho sancionador, como la graduación de la sanción en el grado mínimo.

En cambio, pueden calificarse como no disponibles, y por tanto materias no susceptibles de sometimiento a mediación, las materias estrictamente regladas y las relativas al ejercicio unilateral de potestades administrativas en las que no es posible una determinación convencional del contenido del acto de la Administración.

## 7. LÍMITES AL ACUERDO ALCANZADO

Conforme a lo preceptuado en el artículo 77.3 de la LRJCA el juez debe negarse a admitir la validez de aquellos acuerdos intraprocesales cuyo contenido sea «manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico» o «lesivo del interés público o de terceros», con lo que se le encomienda una labor de control sustantivo evidente. En este sentido, el Tribunal Supremo en Auto de 23 de noviembre del 2001 (recurso 2196/2000) ha declarado que en la transacción judicial regulada como modo de terminación del proceso en el artículo 77 LRJCA, el convenio alcanzado por los litigantes ha de ser homologado por el órgano jurisdiccional para lo que es requisito necesario que no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público o de terceros.

Ciertamente, las posibilidades de transigir reconocidas a la Administración<sup>9</sup> están, por un lado, sometidas a determinadas pautas o requisitos formales ciertamente rigurosos, y así, en el ámbito estatal, se requiere la aprobación por el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en pleno (artículo 7.3 LGP) requisito asimismo exigible, con las debidas modulaciones, tanto para las Comunidades Autónomas (acuerdo del Consejo de Gobierno con dictamen previo del órgano consultivo autonómico) como para las Corporaciones Locales (acuerdo del Pleno), por lo que se estima necesario flexibilizar tales exigencias con el fin de favorecer la posibilidad de llegar a soluciones consensuadas.

Además de estos límites puramente formales, nos encontramos con otros límites materiales que en este orden jurisdiccional se concretan en la vinculación

---

<sup>9</sup> CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, «Alternativas no jurisdiccionales a la resolución de litigios», *Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ*, número 18, año 2006.

M.ª Concepción García Vicario

de la Administración al principio de legalidad que, junto con el de objetividad y servicio a los intereses generales, presiden la actuación de las Administraciones Públicas (artículos 9.1 y 103 de la Constitución) a los que se ha de sumar el de igualdad de trato para todos los ciudadanos, principio que no consiente que la Administración otorgue privilegios singulares por la vía del pacto bilateral cuando tampoco podría otorgarlos por la vía del acto unilateral, así como el de indisponibilidad de los actos reglados; principios todos ellos que se superponen, en el derecho público, al general de autonomía de la voluntad por el que se rige el derecho privado.

El Consejo de Estado, cuyos dictámenes son preceptivos en la materia, ha declarado en reiteradas ocasiones que son presupuestos de toda transacción administrativa la existencia de una previa relación jurídica incierta, litigiosa o susceptible de serlo; la decisión de ambas partes de realizar concesiones recíprocas y, con ellas, sustituir el conflicto por una relación cierta, esto es, ya no sometida a discusión.

No obstante, al margen de estas consideraciones, es lo cierto que las leyes permiten reconocer, en determinadas circunstancias, un margen de «transaccionabilidad» o «transigibilidad» a la Administración, que tampoco puede ser ignorado, bien se refiera, como a veces se ha sostenido, a los componentes discrecionales del ejercicio de las potestades administrativas, bien trascienda a dichos elementos.

Desde esta perspectiva, la reserva jurisdiccional y el control que compete a los órganos del poder judicial debe concretarse en:

- a) Garantizar el cumplimiento de los elementos reglados del acuerdo transaccional, entre los que destacan los requisitos de forma, esto es, la competencia del órgano que transige y el procedimiento de adopción del acto.
- b) Verificar si concurre realmente la causa legitimadora de una determinada transacción, rechazando la validez de esta cuando aquella no existiera o encubriera otros fines desviados, valorando la razonabilidad de la transacción y la proporcionalidad entre las concesiones recíprocas de ambas partes.
- c) Rechazar las transacciones que perjudiquen o afecten negativamente a intereses de terceros, incluidas otras Administraciones, que no hayan prestado su consentimiento, debiendo valorar no solo los intereses directos, sino también los indirectos y los difusos, cuando el objeto de la transacción exceda de los límites del mero remedio a una situación subjetiva determinada.

## 8. ENCAJE DE LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL CONJUNTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

La Constitución de 1978 instituye la Jurisdicción como una de las funciones básicas del Estado social y democrático de Derecho, que tiene como objeto garantizar la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos a través de la tramitación de un proceso con todas las garantías.

Más en concreto el artículo 117.3 de la Constitución atribuye, en exclusiva, al Poder Judicial, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y, si bien es cierto que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es una forma de resolver conflictos intersubjetivos de intereses, sin embargo, también lo es que juzgar no es la única forma de resolver conflictos<sup>10</sup>.

En efecto, el ejercicio exclusivo de la jurisdicción que monopolizan los órganos del Poder Judicial, no excluye, de ninguna manera, que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser resueltos por vías diferentes de la jurisdiccional.

Dicho de otra forma, la justicia, que emana del pueblo aunque se administra por jueces y magistrados (artículo 117.1 CE) y que constituye igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 CE, no solo puede lograrse, en su realización material, a través de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado —que, ésta sí, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales— sino que también puede ser alcanzada a través de mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a la Administración de Justicia, o pongan fin a un proceso judicial contencioso ya iniciado, cual es el caso de la mediación.

En definitiva, el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas que se atribuye en exclusiva al poder judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 106 y 117 de la Constitución, no excluye la institución de otros órganos o la implantación de técnicas compositivas intrajudiciales o extraprocesales no específicamente incardinadas en la función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» que contribuyan a la protección jurídica de los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>10</sup> MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, «Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos», *La Mediación Penal, Cuadernos Digitales de Formación* 55-2009 del CGPJ.

M.ª Concepción García Vicario

El principio constitucional de reserva de jurisdicción, no ha de impedir, sin embargo, que la comunidad instituya fórmulas o técnicas, como la mediación, que contribuya a resolver los conflictos que oponen a los ciudadanos con las Administraciones Públicas, debiendo recordarse al efecto que la compatibilidad de estos medios alternativos de resolución de conflictos con la reserva de jurisdicción prevista en el artículo 117 de la Constitución ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional, al declarar la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre que cita en su texto, por todas, la STC 60/1989 y 162/1989).

Estamos, por tanto, ante un modo de resolver conflictos compatible con la vía judicial, y consecuentemente, pueden coordinarse ambos sistemas para la mejor gestión y resolución del conflicto. No olvidemos que la principal función del derecho, del proceso y del poder judicial es la de pacificar conflictos que surgen en el seno de la vida de la sociedad, y a este fin debe ir orientada la actividad jurisdiccional<sup>11</sup>.

Ahora bien, debe quedar claro que el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de conflictos no conlleva un intento de externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen un acuerdo por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible.

No se está hablando tanto de una alternativa a la justicia, como de una justicia alternativa, por cuanto el impulso y potenciación de mecanismos como la mediación obedece y se enmarca en una nueva concepción del acceso a la justicia, que se concibe como todo procedimiento apropiado para la resolución de un conflicto, logrando así tanto una mayor agilidad en la solución de los litigios, como un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia.

## 9. EXIGENCIAS PARA SU IMPLANTACIÓN

El éxito de la implantación de este modo alternativo de resolución de conflictos, requiere la cooperación de todos los operadores jurídicos y que estos se conzengan de los beneficios de la mediación y de la bondad de la medida. Se ha

---

<sup>11</sup> MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, «Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos», *La Mediación Penal, Cuadernos Digitales de Formación 55-2009* del CGPJ.

de concienciar a los Jueces, Secretarios, Abogados, Procuradores y demás partes en conflicto de que la mediación es factible también en el ámbito contencioso-administrativo, vistas las experiencias habidas en países de nuestro entorno.

Nos encontramos en una jurisdicción donde no tiene implantación este modo de proceder, carecemos de cultura de mediación, y no en pocas ocasiones observamos la misma con recelo y desconfianza, por la dificultad de encajar la misma en este concreto orden jurisdiccional.

Por ello, resulta esencial la formación de todos los intervinientes en técnicas de mediación, para mejorar las habilidades y capacidades mediadoras, ya sea desde las Facultades de Derecho, Colegios Profesionales, así como en la formación inicial y continuada de Jueces y Magistrados. Por lo que respecta a estos últimos, han de estar convencidos de su cometido como mediadores y conocer las técnicas para ser capaces de proponer soluciones idóneas dentro del más estricto respeto al Derecho.

Asimismo, resulta conveniente que los Abogados reciban formación en esta materia al objeto de que se conciencien de que las soluciones negociadas garantizan los derechos e intereses legítimos de sus clientes, siguiendo las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la última de ellas de 1999, siendo recomendable que los Abogados acompañen y asesoren a sus clientes, ya que su asistencia puede favorecer la consecución del acuerdo porque el litigante se encontrará asistido de un profesional de su confianza, lo que disipará dudas y recelos.

Resulta ineludible la presencia de los propios litigantes, ya sean personas físicas o jurídicas, resultando imprescindible en este último caso, que quien acuda tenga plena capacidad para la negociación, pues la inasistencia de las partes frustrará, casi siempre, las posibilidades de llegar a acuerdo, siendo preciso asimismo que se realicen las modificaciones legislativas necesarias para flexibilizar el régimen de la autorización necesaria para que las Administraciones Públicas puedan transigir y llegar a acuerdos.

Se ha de incidir también en la necesidad de una formación adecuada del Mediador, para lo cual es precisa una implicación activa de los poderes públicos, a fin de garantizar la prestación del servicio de mediación si se opta por mediadores externos, debiendo ser profesionales preparados y competentes en la materia de que se trate, así como imparciales y neutros con el fin de poder ayudar y facilitar a las partes la adopción de acuerdos.

Debe establecerse un Estatuto del Mediador, con inclusión de los derechos y deberes específicos, o en su caso, exigir la adhesión a un código deontológico

M.ª Concepción García Vicario

o de conducta que se acomode al Código de Conducta Europeo de Mediadores, debiendo establecerse medidas de control para valorar la capacidad y dedicación de los mediadores en su función, mediante evaluaciones externas.

En cuanto al coste de la mediación, sería deseable que fuese gratuita, por lo que el coste debiera ser asumido por el Estado, pudiendo destinarse parte de las tasas que se cobran por la Administración de Justicia a tal coste, al tener que ser destinadas estas a la modernización de la justicia, y estar integrada la mediación en el Plan de Modernización de la Justicia. En otro caso, el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, habrá de recaer de manera proporcional sobre las partes, pudiendo en tal caso, exigir a las mismas la provisión de fondos que se estime necesaria para atender el coste de la mediación.

En último término, resulta necesario promover las oportunas reformas legislativas que regulen en una norma específica la mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, adaptada al marco normativo previsto con carácter general en la Directiva 2008/52/CE, sin perjuicio de que en tanto no se desarrolle el modelo concreto de mediación intrajudicial y se delimite la figura del mediador, resulte conveniente la instauración de programas pilotos en determinados Juzgados o Tribunales conforme a unos protocolos de actuación pautados, como se ha hecho con notable éxito en otras jurisdicciones, para fomentar el uso de la mediación.

## 10. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Llegados a este punto cabe preguntarse y replantarse si ante la masificación de recursos, el incremento de la litigiosidad y la demora en el dictado de las decisiones judiciales, la mediación se presenta como un medio de solución de conflictos eficaz y ágil, que puede aliviar la situación de sobrecarga de los juzgados y contribuir a disminuir la litigiosidad.

Ciertamente, la mediación no es una panacea, ni una solución a los problemas que actualmente plantea nuestra Administración de Justicia, pero puede coadyuvar activamente al ofrecer a la ciudadanía más alternativas, y en muchos casos mejores, para la resolución de sus conflictos.

Ya se ha dicho que estamos ante un sistema alternativo y complementario a la vía judicial, perfectamente compatible con esta. La mediación permite a las partes retomar el protagonismo en la forma de resolver sus propios conflictos, porque nadie mejor que las partes conocen y saben la forma más efectiva de resolver la contraposición de sus intereses, y todo ello sin perjuicio de que una

vez alcanzada una solución será más fácil cumplir el acuerdo voluntariamente y en sus justos términos.

La mediación intrajudicial se nos presenta en realidad no tanto como una alternativa al proceso, sino como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia, que implica el que se actúe para que, aun dentro de un proceso contencioso, se dé la oportunidad a las partes de llegar a una solución consensuada por ellos, con la ayuda de un mediador, insertándose así en una nueva concepción del acceso a la justicia, beneficiosa para lograr tanto una mayor agilidad en la solución de los conflictos como un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, contribuyendo a la protección jurídica de los derechos de los ciudadanos.

Frente al ejercicio unilateral de potestades administrativas, se propugna una actuación de la Administración que propicie el contenido convencional de sus actos. Una Administración eficiente necesita celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos para resolver convencionalmente procedimientos, en la línea mantenida en los artículos 88 y 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>12</sup>.

Hemos de tener presente que estamos ante un sistema de resolución de conflictos voluntario, flexible, que reduce los costes económicos del proceso, que se desenvuelve en un ambiente de respeto y de absoluta confidencialidad, permitiendo el protagonismo de las partes en la búsqueda participativa de soluciones, favorece la comunicación de las partes, y permite a estas ajustar sus pretensiones a sus intereses reales, disminuyendo las tensiones y asumiéndose responsabilidades.

Ha llegado el momento de modernizar nuestra Administración de Justicia, igual que se viene haciendo en otras ramas del Derecho, y potenciar la posible solución de los conflictos de los ciudadanos con la Administración que sean susceptibles de ser negociables, por no pertenecer a la esfera soberana de la Administración, mediante el cauce de la mediación<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ MOLTAVO, Rafael; TESO GAMELLA, Pilar; AROZAMENA LASO, Ángel, «El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo», *Bolsa de investigación CGPJ/Fundación Wellington*, Volumen II, año 2004.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ DE BENITO, María Jesús, «La mediación intrajudicial», *Estudios de Derecho Judicial del CGPJ*, número publicación: 154, año 2009.

M.<sup>a</sup> Concepción García Vicario

## 11. SITUACIÓN ACTUAL

En enero de 2011, concretamente los días 19, 20 y 21 de enero, tuvo lugar en la sede del Consejo General del Poder Judicial, el Seminario «*Mediación contencioso-administrativa: soluciones prácticas a planteamientos masivos de recursos/unificación de criterios*».

El citado Seminario contó con la participación activa de Presidentes de Sala, Magistrados, Abogados del Estado, Secretarios Judiciales y Abogados ejercientes, todos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente, contó con la presencia y colaboración en el debate de la Vocal Delegada del Consejo General del Poder Judicial para la implantación y coordinación de la mediación Doña Margarita URÍA ETXEBARRÍA, un representante del Consejo General de la Abogacía y un profesor universitario, Asesor del Defensor del Pueblo.

Después de intensos debates en los que se examinó la viabilidad de esta institución en el ámbito contencioso administrativo, se llegaron a una serie de conclusiones y se elevaron diversas sugerencias al CGPJ. El Consejo fue receptivo a las mismas y en el Pleno celebrado el 30 de junio de 2011 tomó conocimiento de una propuesta de la Vocalía para la Mediación, para la constitución de un Grupo de Trabajo, formado por expertos/as en lo Contencioso-Administrativo, a los efectos de estudiar y delimitar el marco de actuación y protocolo para la posible implantación de un proyecto piloto de mediación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En julio de 2011 en el seno del propio Consejo General del Poder Judicial se constituyó un Grupo de Trabajo del que formó parte, integrado por la Vocal Delegada de Mediación, un Magistrado de la Sala 3.<sup>a</sup> del T.S., un Profesor de Derecho Administrativo, un Asesor del Defensor del Pueblo, un Catedrático de Derecho Administrativo, el Abogado General del Estado, el Fiscal Jefe de la Sala 3.<sup>a</sup> del T.S., un representante del Consejo General de la Abogacía y el Jefe del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial del CGPJ.

Conscientes de las dificultades de orden legal y práctico que podemos encontrar en el desarrollo del proceso de implementación de la mediación en este orden jurisdiccional, se estimó necesario, como punto de partida, constituir esta Comisión de Trabajo integrada por profesionales de las distintas áreas administrativas sobre las que puede interactuar la mediación, para estudiar la posibilidad de establecer una hoja de ruta que permitiese clarificar los objetivos de la mediación, los concretos supuestos de aplicación y, en definitiva, crear las condiciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento de dicha institución.

En este marco, el Grupo de Trabajo ha elaborado un Protocolo de Actuación para la implantación de un proyecto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, como paso previo a la puesta en marcha de un proyecto piloto a desarrollar en los órganos judiciales y tribunales del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este Protocolo actualmente se encuentra pendiente de aprobación —en su caso— por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por lo que habrá que estar a lo que nos depare el futuro en relación con una institución que aún se encuentra en fase embrionaria.