

**LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO**

Marta Chamorro Oter

Abogado del Estado - Abogacía del Estado en Madrid

RESUMEN: La mediación actualmente está siendo empleada con éxito dentro de los procesos judiciales como un método para la resolución de los conflictos privados, logrando una solución pactada por ambas partes y, en consecuencia, satisfactoria para ellas. En estos momentos, el nuevo reto es lograr su implantación en el ámbito administrativo, como un mecanismo de resolución de los conflictos que surgen entre los administrados y la Administración, o entre dos Administraciones Públicas, que se encuentran litigando en un proceso judicial. Esta obra tiene por objeto analizar el marco jurídico existente para sustentar esta posibilidad, o más bien la ausencia del mismo, y las debilidades que en el grado actual de desarrollo se plantean y que es preciso superar para implementar con éxito la mediación con las Administraciones Públicas.

ABSTRACT: Mediation is nowadays being successfully used in judicial proceedings as a method for the resolution of private conflicts, obtaining an agreed solution by both parties and, in consequence, satisfactory to all of them. The new challenge is its progressive development in the administrative area, as a mechanism to solve conflicts that arise between citizens and Public Administrations, or between two Public Administrations. This work analyzes the lack of a legal frame for intrajudicial-mediation in the administrative litigation proceedings and the weaknesses and problems than should be solved to successfully implement mediation with Public Administrations.

PALABRAS CLAVE: Mediación intrajudicial. Proceso contencioso-administrativo. Guía Práctica para la mediación intrajudicial. Artículo 77 LJCA.

KEY WORDS: Intra-judicial mediation. Administrative litigation proceedings. Practical guide for intra-judicial mediation. Article 77 LJCA.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y principios básicos. 3. Régimen jurídico aplicable. 3.1. Antecedentes normativos. 3.2. Ausencia de regulación propia. 3.3. Protocolo de mediación. 4. Disponibilidad de derechos y obligaciones de la Administración Pública. 5. Ámbito material de aplicación. 6. Problemas prácticos de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

La mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo.

1. Introducción.

La implantación de la mediación intrajudicial en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es una realidad inminente, razón por la que es conveniente que todos los profesionales del mundo del Derecho, y entre ellos, quienes asumen la representación y defensa en juicio de las Administraciones Públicas, participen en este proceso de cambio, para lo que es necesario en primer lugar, conocer en qué consiste el proceso de mediación, su espíritu y la forma en que se desarrolla, a partir de lo cual será posible ya elaborar un juicio crítico de este instrumento y efectividad en el ámbito contencioso-administrativo.

Las reflexiones sobre la materia comenzaron en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a raíz de una providencia dictada por la Sección de Ejecución de Títulos Judiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en la que se informaba que se derivaba a mediación la ejecución de una sentencia que llevaba tiempo pendiente, considerando que era un caso idóneo para evaluar las posibilidades de éxito del uso de la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo.

En la citada resolución se indicaba literalmente lo siguiente: “... *de conformidad con lo preceptuado en el Art. 77 de la LRJCA, en relación con lo prevenido en el Art. 19.3 de la LEC, de aplicación supletoria en virtud de la Disposición Final Primera de la LRJCA, se estima factible la posibilidad de alcanzar un acuerdo que puede poner fin a la controversia, habida cuenta de que la mediación se presenta como un medio alternativo de resolución de conflictos con una identidad material y procesal análoga a la conciliación a la que refiere el precitado artículo 77 de la LRJCA*”.

A continuación, la resolución citaba a las partes a una sesión informativa, indicando fecha, hora y lugar, y advirtiendo “*que la falta de asistencia no justificada podrá considerarse contraria a la buena fe procesal*”.

A partir de aquí fueron muchas las preguntas que surgieron, la primera de ellas si era obligatorio o no asistir a la sesión informativa; en su caso, quién debía asistir y cuál era el funcionamiento y el desarrollo de este procedimiento.

Si bien es cierto que hay algunos órganos judiciales, como por ejemplo, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo número 2 y 3 de las Palmas de Gran Canaria, los Juzgados número 5 y 17 de Barcelona y los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Murcia, que vienen aplicando ya la mediación, en el ámbito de la Comunidad de Madrid esta es la primera vez que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid derivaba a mediación un asunto en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en que estuviera implicada la Administración del Estado. Se entendía por la Sala que, estando bloqueada la ejecución de la sentencia de ese procedimiento, la intervención de un mediador podría ayudar a que las partes llegaran a un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la ejecución. Sin embargo, a pesar de que la intención era buena, fracasó desde el mismo momento de la derivación, debido, entre otras cosas, al desconocimiento del proceso por las partes y a la falta de un marco regulador adecuado que garantizase su desarrollo en condiciones de legalidad y seguridad jurídica.

A pesar de ello, la mediación en el proceso contencioso-administrativo no parece que vaya a ser flor de un día, sino que, por el contrario, ha venido para quedarse, y con esta finalidad se ha diseñado un proyecto piloto de implantación en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el que se pretende la instauración progresiva de la mediación en este orden jurisdiccional, hasta su definitiva operatividad como una alternativa viable y a disposición de las partes y del órgano judicial para someter la resolución de las controversias que los administrados sostienen con la Administración.

Por ello, es responsabilidad de los Servicios Jurídicos de las distintas Administraciones Públicas y del personal al servicio de la Administración de Justicia profundizar en el estudio de la mediación y participar activamente en este nuevo camino, aportando su conocimiento y experiencia administrativa, que sin duda resultará fundamental para definir el régimen jurídico de esta institución, sobre todo en lo que se refiere a los asuntos susceptibles de mediación, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los intereses en conflicto en los procesos contencioso-administrativos y la sumisión de

la Administración en su actuación al principio de legalidad, lo que dificulta en gran medida el encaje de la mediación en este ámbito.

Es evidente que la principal ventaja práctica de la mediación es que, en caso de que se revele como un instrumento de solución de conflictos que funcione, se producirá una descarga del volumen de asuntos que pasan a votación y fallo en los Tribunales y, por tanto, una disminución importante de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. De ahí que exista un interés creciente por parte de los Juzgados y Tribunales y las instituciones de mediación en que sea cada vez mayor su difusión, y que los ciudadanos lo conciban directamente como una opción para resolver sus conflictos que sostienen con la Administración Pública.

2. Concepto y principios básicos.

Centrada la cuestión procede, en primer lugar, abordar el estudio del concepto de mediación para, con posterioridad, poner de manifiesto los problemas que, a nuestro juicio, puede implicar su implantación en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo.

Hay que comenzar indicando que nos estamos refiriendo a la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar una vez que el asunto ha sido judicializado y las partes se encuentran en un proceso contencioso-administrativo. Existe también la posibilidad de desarrollar una mediación previa, en la vía administrativa, habiéndose avanzado también bastante en este ámbito, destacando por ejemplo la labor desarrollada por el Ayuntamiento de Madrid, que cuenta con una unidad de mediación a la que se deriva la resolución de ciertos asuntos administrativos susceptibles de ello y que hasta hoy está dando importantes frutos¹. Durante los once meses que este servicio ha estado en fase experimental, se ha alcanzado un 67% de acuerdo en los expedientes en los que todas las partes han participado en el proceso de mediación, habiéndose desarrollado mayoritariamente en el Área de Medio Ambiente y Movilidad, en lo relativo a la adopción de medidas para hacer cumplir normativas municipales en materia de instalación o

¹ <https://diario.madrid.es/blog/notas-de-prensa/el-ayuntamiento-de-madrid-pionero-en-la-creacion-de-una-unidad-de-mediacion-administrativa/>.

elevación de chimeneas de humos, cese de ruidos de la maquinaria de los ascensores, así como autorizaciones para acceder a viviendas para realizar mediciones.

Volviendo a la mediación intrajudicial, la definición nos viene dada en el Protocolo *“Infraestructura organizativa de la Mediación conectada a los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”*, elaborado a iniciativa de la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, con la colaboración de la Unidad de Mediación del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, el Protocolo).

Este Protocolo constituye la base sobre la que se pretende la implementación de los servicios de mediación en los órganos judiciales contencioso-administrativos de la Comunidad de Madrid, y en él se contiene la definición, principios, ámbito de aplicación y regulación de todo el proceso de mediación.

En el punto IV, relativo a la definición y principios básicos de la mediación, el Protocolo se remite al artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Directiva 2008/52/CE), quedando definida como *“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”*.

Como vemos, la nota fundamental que define la mediación no es tanto la intervención de un mediador, como el hecho de que son las partes en el litigio las que alcanzan por sí mismas el acuerdo. El objetivo es ofrecer una solución eficaz y pacífica a los conflictos que surgen entre los ciudadanos y la Administración.

Los principios básicos que rigen la mediación son cuatro:

i. **Voluntariedad.** La participación en un proceso de mediación es voluntaria, tanto para las partes como para el mediador, quienes deberán ser debidamente informadas al respecto antes de prestar su consentimiento a la mediación, no existiendo obligación de participar ni de continuar en la mediación iniciada, como tampoco supone para las partes la obligación de llegar a un acuerdo.

ii. **Imparcialidad.** Por lo que el mediador debe procurar el equilibrio e igualdad de las partes en todo el proceso, lo que resulta especialmente interesante en el ámbito administrativo, en el que tradicionalmente la Administración ostenta una posición de superioridad. Asimismo, el mediador debe carecer de interés alguno en relación con las partes y el objeto del proceso.

iii. **Neutralidad.** Evitando posibles injerencias por parte del mediador, pues no corresponde al mediador adoptar decisiones sobre la resolución de la controversia, sino que son las partes las que adoptan el acuerdo por sí mismas.

iv. **Confidencialidad.** Se trata de una obligación que se extiende al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, y que implica el deber de no revelar el contenido de lo actuado en el proceso de mediación, salvo en casos excepcionales estrictamente enumerados en la normativa vigente, como, por ejemplo, cuando las partes lo consientan expresamente, o cuando la información no sea personalizada y se use con fines de formación, investigación o estadística. El respeto de la confidencialidad es un requisito imprescindible, puesto que, de fracasar la mediación, las partes han de tener la seguridad de que, de vuelta al proceso judicial, la información vertida en el clima de confianza del proceso mediador no va a ser utilizada en su contra.

Por último, no podemos terminar de definir plenamente la mediación si no la diferenciamos de los demás medios alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje. La nota más característica de la mediación es, sin duda, el hecho de que son las partes las que buscan la solución y el mediador se centra en rebajar

la tensión y ayuda a generar la comunicación entre las partes, pero nunca da la respuesta al conflicto.

En la mediación, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje y la conciliación, las partes desarrollan un papel activo en la solución, son los actores del proceso. El tercero, el mediador, debe permanecer neutral, pues la intervención de este, como hemos dicho, se limita a facilitar la comunicación entre ellas, respondiendo al principio de imparcialidad.

Esta es, por tanto, la nota diferenciadora de la mediación y también su principal bondad como mecanismo de solución de conflictos, puesto que es de sentido común reconocer que si son las partes las que buscan la solución por sí mismas, el acuerdo que puedan alcanzar será siempre mucho más satisfactorio para ellas que si viene impuesto por un tercero, ya sea en un proceso de conciliación, arbitraje, o en el propio proceso judicial.

La pericia del mediador, por tanto, es fundamental para el éxito de la mediación, pero hemos de advertir que tal y como se ha configurado esta institución, su papel se desarrolla más en el plano de lo psicológico que en el plano jurídico. Para entenderlo, nos remitimos al “*Manual para Mediación Laboral*”², en el que se indica que buena parte del trabajo del equipo mediador consiste en crear una conversación nueva que oriente a las partes a salir de la situación de conflicto. En la mediación se necesitan palabras que alienten, limpien, acojan, posibiliten, sanen, respeten, disculpen, aclaren, inviten, y abran puertas. Positivizar consiste en eliminar impedimentos y barreras al proceso a través de pequeñas intervenciones que se hacen frecuentemente a lo largo de la mediación; actividades que van transformando poco a poco el matiz de la conversación y la dinámica del conflicto.

De este modo, tanto la labor del mediador como el propio proceso de mediación tienen mejor encaje en los litigios de carácter privado, entre particulares (ya sean personas

² Munduate, L. Butts Griggs, T, Medina, F.J. Roberto Martínez-Pecino. Capítulo XI: Creando una conversación nueva: Positivizando la dinámica. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 143-167.

físicas o jurídicas), puesto que en este tipo de conflictos hay una parte muy importante de emoción y, por ello, rebajando la tensión, escuchando y positivizando, se puede alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, resulta más complicado el éxito de la mediación en el ámbito administrativo o contencioso-administrativo, en que la controversia se suscita entre la Administración y los sujetos privados o entre varias Administraciones Públicas, las cuales, no es que “no tengan alma”, como en ocasiones se dice, sino que están sometidas al principio de legalidad y a la defensa del interés público, sin que sin embargo haya una implicación emocional de la Administración en ello. Los representantes de la Administración que intervengan en el proceso de mediación se regirán por las instrucciones previamente recibidas, sin que, por tanto, en estos casos, la labor del mediador tenga tanta influencia en el resultado final. En los procesos contencioso-administrativos, por muy buena que sea la dinámica de la conversación creada por el mediador, llega un punto en que la Administración no puede hacer concesiones, debido a que está sometida al principio de legalidad y jerarquía de forma estricta.

De todo lo anterior se desprende claramente cuál es el espíritu de la mediación, positivizar, idea de la que ha de partir nuestra reflexión sobre la compatibilidad de este medio de resolución de conflictos con la especial naturaleza del ámbito administrativo y contencioso-administrativo.

3. Régimen jurídico aplicable.

i. Antecedentes normativos.

El estudio del régimen jurídico aplicable a la mediación intrajudicial contencioso-administrativa debe comenzar con el examen de los antecedentes normativos, los cuales, adelantamos, se han desarrollado siempre en el ámbito del derecho privado, que, como hemos apuntado, es donde mejor encaja.

La mediación opera ya en algunos sectores de nuestro ordenamiento, como en el ámbito laboral, donde se configura el intento de mediación o conciliación extrajudicial

como un requisito previo necesario para la tramitación del proceso, contemplando también la conciliación intrajudicial (artículos 63 y 83 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social); o también en materia de propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

En el ámbito del derecho de familia, sin duda, es donde mayor desarrollo ha tenido; así destacamos el artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispone que *“en las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas: (...) 7ª. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”*.

Dentro del proceso civil general, también se ha fomentado que las partes puedan alcanzar una solución extrajudicial, tal y como evidencia la finalidad que prescribe el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fase de audiencia previa.

Igualmente, dentro de su ámbito de competencias, las Comunidades Autónomas fueron pioneras en introducir una regulación de la mediación, básicamente, en el ámbito familiar. Ahora bien, como se desprende de muchos de sus textos normativos, esta regulación autonómica se ha llevado a cabo, en su mayoría, en virtud de las competencias sobre servicios sociales y asistencia social que tienen atribuidas (art. 148.1.20ª de la Constitución Española). Estas normas autonómicas sobre mediación se centraban, principalmente, en la organización de los servicios de mediación, regulando sus propios procedimientos, el funcionamiento de los registros, las normas deontológicas y el procedimiento sancionador. Es preciso hacer una mención especial al caso de la Comunidad Valenciana, comunidad en la que se está trabajando de forma intensa en este campo, y ha dictado recientemente la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, con la que pretende extender su aplicación más allá del ámbito del derecho de familia, a otros campos aparentemente heterogéneos como el sanitario, medioambiental, cooperativo, empresarial, comunitario o el administrativo.

El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, apostó por el recurso a la mediación dentro de su Plan de Modernización de la Justicia aprobado en su sesión de 12 de noviembre de 2008, incluyendo entre las reformas procesales que debían impulsarse la relativa a la mediación civil y mercantil, que venía dando sus frutos en el ámbito penal y familiar.

Como consecuencia de lo anterior se dicta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Ley 5/2012), que supone la incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE y que constituye el hito fundamental de la regulación concreta de la mediación.

La directiva establecía unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles y, aunque se justifica como una *“medida de cooperación judicial transnacional en materia civil necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”* (considerando 1), refiriéndose a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, tiene un objetivo mucho más amplio, que es fomentar, con carácter general, el uso de la mediación y garantizar a las partes un marco jurídico predecible que aborde los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

En el ámbito nacional, la Ley 5/2012 no puede entenderse como una mera trasposición de la directiva, sino que propone una regulación más amplia. Su regulación desborda la concepción de la llamada mediación familiar con relación a situaciones procesales principalmente de ámbito matrimonial y concebida como una mediación intrajudicial. La ley diseña la mediación, no como un sistema complementario dentro de la actividad judicial, sino como un sistema alternativo a esta, donde el acuerdo de mediación se constituye como una *“pieza esencial del modelo”*, toda vez que al acuerdo que resulta de la misma se le confiere condición de cosa juzgada y se le otorga fuerza ejecutiva como título suficiente para instar la ejecución forzosa.

Esta ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de Mediación, que aborda cuatro aspectos esenciales: la formación del mediador, su publicidad a través de un registro dependiente del Ministerio de Justicia, el aseguramiento

de su responsabilidad y, finalmente, la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Por tanto, como puede observarse, la mediación en nuestro ordenamiento jurídico no es un mecanismo absolutamente nuevo, sino que se ha venido empleando para la resolución de los conflictos suscitados en el ámbito del derecho privado, sobre todo familiar, y que en los últimos años sí que ha recibido mayor atención por parte del legislador, que sin embargo, todavía no ha dado el salto a una regulación propia para los asuntos administrativos, como veremos a continuación.

ii. Ausencia de regulación propia.

La mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo constituye una novedad importante y, a pesar de contar en el ámbito del derecho privado con los antecedentes normativos expuestos, en lo contencioso-administrativo el único precepto que podría amparar su implantación es el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

Este precepto dispone lo siguiente:

“Artículo 77.

1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

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

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

El precepto no se refiere a la mediación de forma expresa, sino que habla de “*intento de conciliación*”, lo que algunos autores interpretan como una remisión tácita a la mediación, amparando su empleo al permitir que el órgano judicial pueda someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

Este acuerdo, como indica el precepto, debe recaer sobre materias susceptibles de transacción, lo que nos permite dejar ya una idea apuntada, cuyo examen abordaremos más adelante, y es que para que la mediación tenga cabida y pueda prosperar, debe operar sobre “*materias susceptibles de transacción*” o “*derechos y obligaciones disponibles*”; en caso contrario, no se podrá someter al acuerdo de las partes la controversia. Coincide en este punto el artículo 77 LJCA con lo previsto en la Directiva 2008/52/CE y en la propia Ley 5/2012.

Continuando con el análisis del régimen jurídico, podemos afirmar que, en el campo de la mediación contencioso-administrativa, el artículo 77 LJCA es el único sustrato normativo con rango legal que encontramos, sin que proceda la aplicación supletoria de la Ley 5/2012, como se ha pretendido en algún caso ante la ausencia de una regulación concreta.

El propio Protocolo elaborado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se remite en una parte importante de su regulación a esta Ley 5/2012, de forma incluso incongruente con las propias manifestaciones contenidas en el mismo, puesto que por otro lado reconoce que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene unas características y connotaciones propias, derivadas de los sujetos del proceso, la Administración y los sujetos privados, y su distinta supremacía jurídica, que le hace acreedora de una

regulación normativa propia en este ámbito. Entendemos que la ausencia de regulación normativa propia no debe suplirse mediante una remisión normativa a la ley que regula la mediación en el ámbito del derecho privado, sino a través de la adopción de una disposición normativa *ad hoc*.

Esta tesis fue además la sostenida por el Consejo de Estado en el dictamen del expediente 2222/2010, en el que se informaba sobre el “*Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”. Este dictamen resulta ciertamente expresivo de la intención con la que finalmente se aprobó la ley, limitándola de forma intencionada al ámbito civil y mercantil, puesto que en ese momento se planteó ya en el anteproyecto como posibilidad la de extender la aplicación de esta ley a los litigios contencioso-administrativos mediante la introducción de una modificación en el artículo 77 LJCA, lo que, sin embargo, fue finalmente desechado.

En el anteproyecto, la remisión se plasmaba en la modificación de la redacción del artículo 77 LJCA, en el que se incluía en su primer apartado *in fine* lo siguiente:

“1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, someterá a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. En este supuesto el Juez o Tribunal podrá imponer a las partes el sometimiento a las normas de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles relativas a los principios de la misma, el estatuto del mediador y el procedimiento.”.

Sin embargo, examinada esta posibilidad, el Consejo de Estado, en el punto Cuarto, iv. p) del dictamen en el que se formulan sus observaciones sobre las disposiciones complementarias de la ley de mediación en asuntos civiles, en las que se preveía la “*Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, señaló la improcedencia de incluir la modificación pretendida en el artículo 77 LJCA.

Como apuntaba el Consejo de Estado, una decisión tan relevante como es la extensión de la mediación al ámbito administrativo, que constituye una absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico, requeriría dotar a tal figura de una regulación sustantiva propia.

A la hora de acometer tal regulación, habrían de ponderarse las notorias especialidades que presenta el ámbito administrativo en relación con la esfera civil y mercantil. Así, es de recordar que esta última se rige, como regla general, por el principio de autonomía de la voluntad, que permite, no solo crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-privadas de carácter material, sino también afectar al ámbito sustantivo, en cuanto que las partes pueden también decidir libremente cómo resolver -por vía judicial o por medios alternativos al sistema judicial como la mediación o el arbitraje- los conflictos que puedan tener sobre sus propios intereses privados. Es claro que este principio de libre disposición es mucho más reducido en el ámbito público, que tiene como principio rector la legalidad.

Todos los casos en que se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de alcanzar soluciones convencionales han sido dotados de una regulación *ad hoc*, lo que parece también que debe ser el camino a seguir a propósito de la instauración de la mediación en el orden contencioso-administrativo. Esta regulación, además, deberá abordar tanto las materias en que es posible la aplicación de la mediación, como el procedimiento que ha de seguirse para que el proceso se desarrolle correctamente y con todas las garantías.

Por todo lo anterior, entendió el Consejo de Estado que lo aconsejable era que la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que regula la mediación en los asuntos civiles y mercantiles, por lo que finalmente se eliminó tal previsión en la Ley 5/2012, desechando la idea de una regulación por remisión.

En línea con lo anterior, la imposibilidad de articular una regulación por la vía de la remisión deriva de la propia normativa contenida en el apartado segundo del artículo 2 de la Ley 5/2012, relativo al ámbito de aplicación, en el que expresamente excluye, en todo caso, la mediación con las Administraciones Públicas.

El legislador español excluye la mediación con las Administraciones Públicas “*en todo caso*”, de forma mucho más categórica que el legislador comunitario, que en la Directiva 2008/52/CE declaraba que “*No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)*”.

El ámbito material de la ley española ya de por sí es más amplio que el de la directiva, puesto que, como hemos indicado previamente, no se trata de una mera trasposición de la norma comunitaria, lo que le ha permitido diseñar su propio ámbito subjetivo de aplicación, del que pretende excluir la mediación con las Administraciones Públicas en todo caso.

La dicción del precepto es clara, por lo que no cabe entender que el legislador ha olvidado por error concretar si pretende excluir todos los actos de la Administración o únicamente los actos *iure imperii*. De la propia estructura de la ley se deduce que está pensada y articulada de forma independiente a la directiva, sin perjuicio de aprovechar la oportunidad de trasposición de la misma para afrontar la regulación de la mediación, pero siempre desde una perspectiva nueva, más extensa que la abordada por la directiva, singularidad que impide que pueda interpretarse por analogía la exclusión referida.

Por último, la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 declara que “*las exclusiones previstas en la presente 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*”.

De esta declaración resulta que la intención del legislador al excluir de su ámbito de aplicación ciertas materias no es negar la introducción de la mediación en esos ámbitos, sino advertir que su regulación no está en esta amparada en esta ley y que deberá ser abordada en una normativa *ad hoc*.

Por lo tanto, si el legislador excluye la mediación con las Administraciones públicas de su ámbito de aplicación para reservar su regulación a las normas correspondientes, será de suyo abordar esta tarea normativa dotando a la mediación

contencioso-administrativa de una regulación propia, que atienda a las singularidades que se derivan de la propia dinámica en la que se desenvuelve el derecho administrativo y con las directrices necesarias para resolver las dificultades que conlleva utilizar la mediación en un escenario de derecho público en el que existe, *a priori*, una situación de desigualdad real entre las partes, como consecuencia de las prerrogativas administrativas y la sumisión al principio de legalidad.

No parece razonable, por tanto, que en este momento, los partidarios de emplear la mediación con las Administraciones Públicas simplifiquen el problema de la ausencia de regulación mediante una mera remisión a la Ley 5/2012 al amparo del artículo 77 LJCA, opción ya contemplada y desechada, siendo muchas las razones por las que hemos visto y que analizaremos a continuación por las que la mediación contencioso-administrativa necesita una regulación propia.

iii. Protocolo de mediación.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, la falta de un sustento normativo adecuado ha llevado a la elaboración del Protocolo “*Infraestructura organizativa de la mediación conectada a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*”, a iniciativa de la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo y de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El objetivo de este Protocolo, según se indica en el mismo, es crear una infraestructura administrativa de carácter funcional que facilite el desenvolvimiento de la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa y poner en marcha el proyecto piloto de mediación que se va a desarrollar al amparo del Convenio celebrado entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid para aplicar la mediación a los conflictos con la Administración Pública, celebrado el 20 de junio de 2017. Este convenio de colaboración se ha prorrogado por un año más, según acuerdo adoptado el pasado día 7 de junio de 2018³.

³ Página web del Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios>.

El punto de partida, por tanto, es este convenio, que tiene por objeto fundamental la colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados para el fomento e implantación de la mediación en este ámbito, indicando que el programa de mediación se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en los protocolos aprobados por aquel, que podrán ser adaptados a las concretas necesidades de la localidad donde se preste el servicio, de común acuerdo por los jueces y mediadores involucrados en este proyecto.

El Consejo General del Poder Judicial ha elaborado una “*Guía Práctica de la Mediación Intrajudicial*”, que se puede consultar directamente en su página web⁴, y que recoge en el último punto el “*Protocolo de la mediación contencioso-administrativa*”, que ha servido de base para la redacción del Protocolo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la colaboración del Colegio de Abogados de Madrid, a través de MediaICAM, que es el órgano que se ha elegido para que se encargue de la mediación.

Lo que se pretende con este Protocolo es, por tanto, la implementación de un plan piloto de procesos de mediación, a raíz de los cuales se obtendrán suficientes datos para posteriormente elaborar una norma que regule la mediación en el ámbito contencioso-administrativo. Sin embargo, este planteamiento de “*empezar la casa por el tejado*” resulta contrario a los más básicos principios de seguridad jurídica y de legalidad, ya que se propone a las partes que se sometan a un proceso de mediación sin un sustento normativo más allá del Protocolo que les dé seguridad y garantía de que se van a seguir los trámites y reglas del procedimiento, con el agravante de que, de ser efectivo, se obtendrá un acuerdo ejecutivo y vinculante para las partes, pero en caso de no serlo, se volverá al proceso judicial, sin que tampoco se pueda asegurar que la confidencialidad de la información conocida en mediación sea respetada, puesto que no hay una norma que lo imponga.

⁴ Página web del Consejo General del Poder Judicial.
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial>.

4. Disponibilidad de los derechos y obligaciones de la Administración Pública.

No podemos hablar de mediación con la Administración Pública sin abordar la cuestión relativa a la disponibilidad de sus derechos y obligaciones, ya que, como hemos apuntado previamente, si hay una exigencia común en toda regulación de la mediación, aparte del carácter neutral del mediador, es la disponibilidad de los bienes y derechos en conflicto.

Así, por ejemplo, la Ley 5/2012 comienza en su Exposición de Motivos declarando que se dicta para regular en nuestro ordenamiento jurídico la mediación, como fórmula de autocomposición, siendo un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. En el artículo 2, apartado primero, concreta esa previsión, regulando el ámbito de aplicación del siguiente modo: *“Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”*.

Por lo tanto, el legislador deja claro, desde el principio, que únicamente podrá emplearse este instrumento cuando los derechos subjetivos en conflicto sean disponibles, lo que habrá que analizar si concurre cuando una de las partes es una Administración Pública.

Adelantamos, al respecto, que son numerosas las previsiones normativas que establecen la indisponibilidad como principio rector, habiendo abordado igualmente esta cuestión el Tribunal Supremo⁵, declarando que esto es así porque el principio dispositivo, inherente a la transacción, el arbitraje y la mediación, termina donde comienza la vinculación indisponible al derecho imperativo, al que la Administración no puede dejar de sustraerse, siendo expresión gráfica de esta regla el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos,

⁵ Sentencia número 2039/2017, de 20 de diciembre, Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Recurso de casación 1715/2015).

pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado “*siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción*”. En consecuencia, la viabilidad jurídica de esta institución únicamente será posible en aquellos supuestos legalmente admisibles, que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir no es sólo predicable de la relación jurídica de derecho público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de derecho privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles al régimen común, como los de la interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3. CE); servicio de intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1 CE). Toda actividad administrativa, también en la que se desenvuelve en régimen de derecho privado, se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no pueda ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un sustrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Desde esta perspectiva, se explica la regulación contenida en el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), que se refiere a la transacción y sometimiento a arbitraje, declarando que “*No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno*”.

Este precepto, como puede observarse, excluye de transacción judicial todas las contiendas relativas a bienes y derechos del patrimonio del Estado, siendo que este concepto debe interpretarse en los términos previstos en los artículos 9 y 10 LPAP, como

el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos, por lo que no puede entenderse constreñido a los bienes de dominio público, sino que precisamente por referirse globalmente a los bienes y derechos integrantes de ese patrimonio, se proyecta también sobre los patrimoniales.

Si bien es cierto que no se trata de una prohibición absoluta, puesto que sí permite la transacción cuando exista acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, exigencias formales estrictas difíciles de compatibilizar con la agilidad que se pretende obtener mediante la implantación de la mediación y que, aun siendo cumplidas, no permiten de forma incondicionada la transacción sobre cualquier cuestión que afecte a estos bienes, sino que solamente será posible en aquellas sobre las que exista poder de disposición.

En este mismo sentido, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP), determina en su artículo 7 que *“no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”*.

Los derechos de la Hacienda Pública estatal se definen según el artículo 5 LGP como aquellos derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos, clasificados en derechos de naturaleza pública, como los tributos y demás derechos que deriven del ejercicio de potestades públicas, y derechos de naturaleza privada. Por tanto, en el concepto de derechos de la Hacienda Pública estatal se encuentran los tributos, las sanciones, los derechos derivados de un contrato administrativo, etc., lo que excluiría la posibilidad de transigir en aquellos litigios en que estos derechos estén comprometidos, que son indisponibles, imponiendo igualmente los trámites formales consistentes en aprobación de Real Decreto por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

En consecuencia, la indisponibilidad de los bienes y derechos del patrimonio del Estado y de la Hacienda Pública estatal es el primer impedimento material que nos encontramos para implementar la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, ya que, aunque tengamos una norma propia, habrá que salvar esta limitación de transacción. Ciertamente que no es lo mismo transacción judicial que mediación, si bien la intención del legislador es clara, ya que declarando indisponibles estos bienes y derechos en una transacción ante el juez, parece difícil pensar que sí que sea concebible su disposición en un proceso de mediación, por mero acuerdo de las partes, sin ni siquiera la intervención garante de un órgano judicial.

Como consecuencia de lo anterior, la norma que se dicte para regular la mediación con las Administraciones Públicas deberá definir de forma exacta su ámbito material de aplicación, ya que las previsiones anteriores impiden su aplicación en muchos de los conflictos sometidos al orden contencioso-administrativo.

5. Ámbito material de aplicación.

La premisa para la aplicación en la práctica de la mediación es definición previa de su ámbito material, lo que no constituye una tarea nada sencilla pero que es fundamental para terminar con la inseguridad jurídica actualmente existente.

En el Protocolo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, conscientes de la dificultad que entrañaba este punto, se optó por realizar una enumeración muy amplia de las materias en que procedería la mediación, indicando expresamente que no se trataba de una lista cerrada, reconociendo además la limitación que supone la sumisión de la Administración al principio de legalidad⁶ para la implantación de la mediación en el orden contencioso-administrativo.

A pesar de su amplitud, esta enumeración es bastante útil como punto de partida para reflexionar sobre este punto, siendo muy aconsejable dar voz a los expertos en las

⁶ Art. 103.1 CE: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

distintas áreas administrativas para que puedan contribuir a la definición del ámbito material de aplicación con su propia experiencia administrativa, exponiendo las posibilidades de éxito que un instrumento como este puede tener en cada campo de actuación.

El Ámbito Material definido en el Protocolo comprende la siguiente enumeración de materias, al hilo de las cuales aprovecharemos para plantear algunas cuestiones:

- *La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.*

En lo que se refiere a la fijación del justiprecio, por ejemplo, hay que recordar que la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, prevé ya en el artículo 24 el acuerdo amistoso sobre justiprecio, señalando que *“La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo”*.

El legislador, como vemos, en estos casos planteaba ya la posibilidad de un acuerdo posterior sobre el justiprecio en cualquier estado del proceso, lo que podría amparar el empleo de la mediación en este campo, por lo menos en vía administrativa, en tanto que el conflicto no haya sido judicializado.

- *Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.*

- *Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.*

En el ámbito administrativo, parece que los conflictos relativos al urbanismo o las licencias administrativas pueden ser un campo en el que desarrollar los procesos de mediación, por lo menos a nivel local. Un acuerdo en esta materia permite hacer menos gravosa la aplicación de algunas normas medioambientales, de ordenación, o exigencias para los locales en que se desarrollan actividades nocivas, insalubres o peligrosas, logrando mediante el diálogo del administrado con los técnicos de la Administración la adopción de soluciones de compromiso, que permiten cumplir con la norma pero de una forma fácil para el interesado.

- *La inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.*

Según el Protocolo, se propone la mediación en estas materias con el fin de que pueda persuadirse a la Administración del deber de dictar una resolución definitiva o de pronunciarse sobre la controvertida vía de hecho. Lo anterior entendemos que es del todo punto innecesario, puesto que no hay en modo alguno indefensión en nuestro ordenamiento jurídico en los casos de silencio administrativo, inactividad o vía de hecho, estando abierto el régimen de recursos administrativos para tales supuestos.

Asimismo, resulta difícil aceptar que un instrumento de pacificación y encuentro, como es la mediación, pueda concebirse a la vez como instrumento para “persuadir” a la Administración para que cumpla su obligación de resolver.

- *La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.*

Esta previsión comprendería la posibilidad de derivar a mediación sanciones administrativas de todo tipo (multas de tráfico, sanciones medioambientales, etc.) o medidas disciplinarias (suspensión de funciones adoptadas en el ámbito del Cuerpo Nacional de la Policía por infracciones de su régimen disciplinario), lo que entendemos que es una afirmación muy arriesgada. Cualquier negociación en esta materia es incompatible con la exigencia de igualdad en la aplicación del derecho, tal y como prevé el artículo 14 CE, y ello porque podríamos encontrarnos ante dos infracciones iguales,

con distinta sanción, en función del mayor o menor éxito de una mediación, incluyendo la pericia del mediador y la implicación de las partes que acuden al proceso de mediación.

Es muy grande el camino que ha recorrido la Administración para conseguir una aplicación del régimen sancionador justo y equitativo, como para hacer dejación de esos principios posteriormente en un proceso de mediación.

Pensemos, además, que desde el punto de vista práctico, si para salvaguardar esta igualdad en la aplicación de la ley, el representante de la Administración acude al proceso de mediación con unas instrucciones tasadas sobre el margen de negociación del que dispone, de acuerdo con unos estándares equitativos, se da al traste con el espíritu de la mediación, y ya no sería necesaria la intervención de ningún mediador, puesto que no habría acuerdo alguno posible, convirtiéndose en un nuevo trámite para valorar la proporcionalidad de la sanción, con la que el sancionado puede no estar de acuerdo.

- *Ejecución de sentencias.*

Se prevé la posibilidad de emplear la mediación para aquellos casos en que la ejecución de una sentencia se encuentre bloqueada por imposibilidad material o jurídica de cumplimiento.

Como vimos anteriormente, un supuesto de ejecución fue precisamente el elegido por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para intentar introducir la mediación en el ámbito contencioso-administrativo que, sin embargo, fracasó. No obstante, contamos también con un ejemplo muy reciente en que la mediación sí ha demostrado su efectividad en el ámbito de la ejecución de sentencias⁷. El pasado 15 de febrero de 2019 se notificaba por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia un auto por el que aprobaba la homologación judicial de los acuerdos de mediación alcanzados por las partes en el pleito. La ejecución *in natura* de la sentencia obligaba a la reposición de la antigua sede de Unión Fenosa al momento anterior al otorgamiento de la licencia anulada, para poder así recuperar la edificación destinada a oficinas conforme a los permisos de 1962 y 1964. Para ello había

⁷ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-Sala-de-lo-Contencioso-del-TSXG-declara-finalizado-el-pleito-del-antiguo-edificio-Conde-de-Fenosa>.

que demoler las obras de rehabilitación ejecutadas hasta alcanzar la estructura anterior que aún permanece y, sobre ella, reconstruir nuevamente el antiguo inmueble hasta alcanzar una réplica del mismo, cuya legalidad conforme al Plan General de Ordenación Municipal actual requeriría de ulteriores legalizaciones. Ante el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia, casi 18 años, y desde que se inició el proceso, se resolvió la petición del Ayuntamiento de A Coruña de iniciar el proceso de mediación intrajudicial con el fin de procurar la ejecución de la sentencia y no su inejecución, habiéndose conseguido el acuerdo de forma muy satisfactoria.

Las experiencias, como vemos, pueden ser distintas, por lo que cabe preguntarse si en estos casos, en los que es evidente que resulta necesario dar un impulso al proceso, el recurso a la mediación es el único medio de que se dispone para terminar con la situación de inejecución. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con mecanismos legales como el incidente de ejecución, aunque es cierto que en muchas ocasiones se convierte en un mero intercambio de alegaciones escritas sin descender a la realidad del asunto; es posible también la celebración de una vista en sede ejecutiva para que las partes expresen la situación en que se encuentra la ejecución y que el juez pueda orientar la ejecución de la sentencia; y, por último, siempre está abierta la vía de una negociación extrajudicial entre las partes, sin precisar la intervención de un tercero para alcanzar el acuerdo.

Entendemos que se precisa voluntad administrativa para solucionar este tipo de supuestos, lo que no se consigue simplemente por la intervención de un mediador, sino que se trata de una cuestión interna de impulso administrativo, que ha de solucionarse en el seno de cada Administración Pública, con el fin de evitar los bloqueos e inejecuciones de los procesos.

- *Función Pública.*

Desconocemos a qué se refiere concretamente el Protocolo cuando prevé la posibilidad de emplear la mediación en la “función pública”. No obstante, entendida la función pública en un sentido amplio, comprensivo de todos los conflictos que puedan generarse en este ámbito (régimen retributivo, adquisición de la condición de funcionario, concursos, situaciones administrativas, etc.), el empleo de los procesos de mediación, al

igual que ocurre con el régimen sancionador, podría operar en detrimento del principio de igualdad entre funcionarios que se encuentren en una misma situación jurídica, dando lugar a soluciones diferentes simplemente por el hecho de que la mediación haya sido más o menos efectiva y de la flexibilidad de las partes en la renuncia de sus propios intereses.

- *Recaudación ejecutiva por vía de apremio de tributos o ingresos de derecho público cuando el deudor haya sido declarado en concurso.*

Aquí concluye el Protocolo con la exposición del ámbito material, abordando a continuación de forma diferenciada la “*Tipología de Asuntos*”, haciendo extensivas a este punto muchas de las reflexiones que acabamos de realizar. Los tipos de asuntos susceptibles de mediación quedan definidos del siguiente modo:

- *Asuntos sustancialmente iguales a otros que ya han sido tratados en otros procesos sustanciados en el órgano judicial o Tribunal y que han dado lugar a la estimación o desestimación del recurso.*

Entendemos que con la regulación vigente, esta cuestión podría resolverse, sin necesidad de derivar el asunto a mediación, mediante la solicitud de extensión de efectos de una sentencia, según el régimen previsto en el artículo 110 LJCA, en los supuestos en que resulta de aplicación.

- *Asuntos en los que pueda apreciar dificultad de grado para conocer de las pretensiones que se diriman en el proceso por existir cuestiones prejudiciales, colaterales o incidentales al proceso.*

- *Asuntos cuya discrecionalidad en la decisión administrativa permite a través de la mediación realizar una valoración más adecuada del acto administrativo que se impugna en la medida en que se puede buscar otra alternativa de entre las legalmente posibles.*

- Asuntos en los que deban concretarse conceptos jurídicos indeterminados o se actúe en ejercicio de funciones administrativas caracterizadas por la “discrecionalidad técnica”.

Plantear la mediación en un ámbito en que la Administración goza de discrecionalidad técnica para adoptar sus decisiones supondría que, llegados al proceso de mediación, se arrebataría a los órganos administrativos la potestad discrecional de que gozan, sometiendo a acuerdo su criterio técnico como experto en la materia, olvidando que precisamente el legislador les ha atribuido esta potestad por la especialización e imparcialidad de que son acreedores.

- Supuestos de imposibilidad de ejecución de sentencia y determinación de la indemnización sustitutoria y aquellos asuntos de ejecución de sentencia donde el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, reconocida en la sentencia, permita varias soluciones legales.

Esta solución se encuentra ya prevista en nuestro ordenamiento jurídico, contemplando el artículo 105 LJCA precisamente esta posibilidad, sin que, por tanto, la mediación suponga ninguna novedad al respecto.

- Supuestos de ejecución de sentencias que condenen al pago de cantidad líquida cuando las dificultades para hacer frente a tal condena justifican el aplazamiento de cumplimiento de la obligación o su sustitución por otras formas resarcitorias.

- Asuntos en las que como consecuencia del “petitum”, se evidencie que una estimación de la sentencia no satisface el derecho del ciudadano a no resultar posible su eventual ejecución.

- Asuntos relacionados con la inactividad administrativa y en especial, con la desestimación presunta y el silencio administrativo positivo o negativo.

- Supuestos de extensión de efectos de una sentencia firme a otros interesados que se encontraran en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo (Art. 110 LJCA).

- *Supuestos relativos al llamado “procedimiento testigo”, por el cual se tramita un solo procedimiento con carácter preferente dejando en suspenso la tramitación de los demás, previa audiencia e las partes y extendiendo el resultado del mismo a todos los restantes (Art. 111 LJCA).*

Al igual que para la extensión de efectos, en este caso, la LJCA regula el procedimiento a seguir.

- *Cuando un inicial análisis jurídico de la viabilidad de las pretensiones en conflicto evidencia ya la fundada sostenibilidad de alguna de ellas.*

Como sabemos, los jueces y magistrados se encuentran sometidos al imperio de la ley⁸, por lo que, si una de las pretensiones de las partes se evidencia fundada, será la misma la que deba ser estimada, careciendo de sentido una derivación a mediación, dilatando un proceso de forma innecesaria y con el riesgo de obtener una solución no conforme a derecho.

Finalmente, de forma acertada, el Protocolo excluye expresamente de la mediación los procedimientos de protección de derechos fundamentales de la persona a los que se refieren los artículos 114 y siguientes LJCA.

Como puede observarse, la definición del ámbito material de la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa está en una fase muy primitiva aún, y requiere una profunda reflexión y estudio para definir de una forma más exacta y segura las materias concretas en que podrá tener una aplicación práctica eficaz y eficiente.

6. Problemas prácticos de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa.

⁸ Art. 117.1 CE: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Las bondades que se predicán de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa en el Protocolo del Tribunal Superior de Justicia son muchas, declarando que constituye un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-administrativos y un instrumento de modernización de la Administración de Justicia. Asimismo, se indica que es una institución que promueve el diálogo directo entre los ciudadanos y la Administración, lo que redundará en una mejor “imagen” de la Administración Pública, más cercana, y que debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena administración reconocido como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, el régimen hasta ahora diseñado adolece de debilidades, que enumeraremos a continuación, que no pueden ser ignoradas, sino que, por el contrario, las Administraciones Públicas tienen que ser muy conscientes de los problemas que entraña la implantación de los procesos de mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo, puesto que únicamente de este modo se conseguirá encauzar el proceso de cambio y conseguir, en su caso, un sistema real disponible y exitoso.

a. Agilidad.

En primer lugar, la mediación se presenta como un medio para reducir la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer una fórmula más rápida de resolución de numerosos conflictos que los ciudadanos tienen con la Administración. No obstante lo anterior, la introducción de la mediación intrajudicial en sí misma no elimina la sumisión del administrado al régimen de recursos administrativos, por lo que, para que suponga una verdadera agilización de los procesos, debería ir unida al desarrollo de una mediación en la vía administrativa previa, evitando de esta forma que los asuntos lleguen a la vía judicial, y obteniendo los administrados una solución satisfactoria desde el primer momento.

Por otro lado, si bien entendemos que la mediación ha de ofrecerse como una opción disponible, su difusión nunca debe llevar aparejada un juicio de reprobación para

aquellos administrados que prefieran optar por el tradicional sistema de los recursos administrativos y posterior acceso a la vía judicial.

Asimismo, hoy por hoy no puede hablarse de agilidad cuando se trata de derechos y bienes del Estado indisponibles, respecto de los que hemos visto que el acuerdo ha de someterse a un farragoso proceso interno (aprobación del Consejo de Ministros previo acuerdo del Consejo de Estado).

Por último, es preciso evitar que, frente a la agilidad pretendida, la mediación se convierta en la práctica en una estrategia para dilatar aún más los procesos judiciales, y ello porque las partes, al someter su proceso judicial ya iniciado a mediación, pueden pedir la suspensión del mismo, que será posteriormente reanudado si no hay un acuerdo, habiendo obtenido entretanto de forma sencilla su suspensión del pleito al margen del tradicional sistema previsto en las normas procesales.

b. Coste.

No podemos dejar de referirnos al coste que supondrá el desarrollo de los procesos de mediación, que si bien se indica que es inferior al proceso judicial, podría no ser así siempre, por las razones que se apuntan seguidamente.

Por un lado, en cuanto a los costes en que tendrán que incurrir las partes para asistir al proceso de mediación con la asistencia letrada, puesto que desde que se cita a las partes a la sesión informativa, se aconseja que acudan acompañadas de sus letrados, de modo que deberán satisfacer a los letrados los honorarios de asistencia jurídica que se devenguen durante el proceso de mediación, con el agravante de que si continúa el proceso judicial por fracaso de la mediación, a los gastos derivados de la intervención anterior se unirán los honorarios de las actuaciones de los letrados propias de todo proceso judicial, por lo que finalmente, lejos de conseguir un ahorro, terminará incrementándose la minuta a pagar.

Del mismo modo, al proceso de mediación las partes podrán asistir también acompañadas de aquellos asesores y técnicos que estimen oportuno, lo que también les

supondrá un coste, como el que puede suponer en el proceso judicial la aportación de prueba pericial, por lo que tampoco en este punto se obtendría reducción de gasto alguna.

A lo anterior se une, además, que no existe una regulación sobre el régimen de distribución de gastos similar a las costas de los procesos judiciales, por lo que, en principio, se entiende que los costes en que haya incurrido cada parte serían de su exclusivo cargo. En la Ley 5/2012 sí se aborda expresamente en el artículo 15 el coste de la mediación, indicando que se dividirá por partes iguales entre las partes, pudiendo exigir el mediador a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender este. Nuevamente nos encontramos con la ausencia de regulación en el ámbito contencioso-administrativo que redundará en una falta de seguridad para las partes.

Por otro lado, la mediación requiere la intervención de un mediador y la disponibilidad de unas instalaciones donde llevarla a cabo, por lo que habrá que saber quién va a asumir el coste del proceso, de las instalaciones donde se desarrolle y, sobre todo, quién paga al mediador. En un principio, en el Protocolo se indica que la mediación se va a realizar por MediaICAM de forma gratuita, creando una unidad de mediación formada por mediadores externos especializados, si bien, entendemos que llegará un momento en que la intervención de los mediadores empezará a ser retribuida, en cuyo caso habrá que aclarar estas cuestiones.

Por último, las consecuencias económicas que la participación en los procesos de mediación puede tener para la Administración del Estado exige definir previamente los costes en que se incurrirá, a quién corresponderá satisfacerlos y, en caso de correr a cargo de la Administración, a qué crédito presupuestario deberían imputarse.

c. Seguridad jurídica.

La seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando *“la claridad y no la confusión normativa”*, así como *“la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho”* (STC 36/1991, de 14 de febrero).

Partiendo de esta definición, podemos afirmar que mientras no contemos con una regulación normativa propia, sistemática y detallada, de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa, no podemos hablar de seguridad jurídica, y ello porque ni el ámbito material está definido con precisión, lo que impide que las partes puedan tener certeza sobre los asuntos en los que podrán acudir a mediación, ni tampoco se han definido normativamente las condiciones en que se desarrollará el proceso.

d. Igualdad.

Nos remitimos a lo expuesto al tratar el ámbito material de aplicación, apuntado como un problema a resolver el relativo a la posible incidencia que pueda tener en el principio de igualdad la ejecutividad de los acuerdos derivados de un proceso de mediación, y ello porque ante dos supuestos idénticos, la solución adoptada puede ser distinta, dependiendo del éxito de la mediación en cada caso.

e. Transparencia.

Otra cuestión que preocupa bastante desde el punto de vista administrativo es la relativa a la transparencia del proceso de mediación, lo que debe ponerse en relación con la “confidencialidad”, que como hemos analizado es uno de los principios rectores del proceso de mediación.

El hecho de que el proceso se desarrolle en este clima de confidencialidad, fuera de las tradicionales salas de vistas de los Juzgados, incluso en la propia sede del mediador, sin que se esté grabando lo que ocurre durante las sesiones, puede dar al traste con los logros en materia de transparencia obtenidos por las Administraciones Públicas, pudiendo ponerse en duda en algunos casos las condiciones en las que se han alcanzado determinados acuerdos, lo que es de todo punto indeseable.

f. Voluntariedad.

Si bien el principio de voluntariedad de la mediación, entendida en el sentido de que las partes no están obligadas a participar ni continuar en la mediación iniciada, ni tampoco a llegar a un acuerdo, se ha definido con claridad, surgen dudas a raíz de las

manifestaciones contenidas en el propio Protocolo, en el que la asistencia a la sesión informativa sí se prevé como obligatoria, indicando que en la resolución judicial por la que se deriva a las partes a mediación se les explicará de forma sucinta en qué consiste esta, pudiendo comunicar además que la falta de asistencia injustificada de las partes a la sesión informativa podría considerarse contraria a la buena fe procesal.

Por un lado, el hecho de que la ausencia injustificada a la sesión informativa se aprecie como una conducta contraria a la buena fe procesal implica la obligación de las partes de acudir en todo caso a la misma, incluso en aquellos supuestos en los que la derivación haya sido realizada de forma incorrecta por parte del órgano jurisdiccional, por ejemplo en un asunto en que claramente no haya disponibilidad de los bienes y derechos en litigio, o lo que es aún más grave, que se trate de supuestos en los que la parte contraria esté solicitando el recurso a la mediación como mera estrategia procesal con una intención claramente dilatoria para obtener la suspensión del proceso judicial. Del mismo modo en que las partes pueden oponerse a la admisión de las pruebas inútiles e innecesarias propuestas de contrario, no puede concebirse una derivación a mediación respecto de la que la parte no pueda pronunciarse siquiera, sobre todo, cuando se deja a disposición de una de las partes la posibilidad de pedir la derivación del pleito a mediación.

Por otro lado, vista la obligatoriedad de la sesión informativa, y habiéndose puesto en marcha ya el proyecto piloto de implantación de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa, hay que ser conscientes de que se darán de inmediato situaciones en las que se cite a las Administraciones Públicas a la sesión informativa, lo que apremia la adopción de posiciones institucionales por parte de las mismas, en las que manifiesten si van a admitir el recurso a la mediación como medio para la resolución de los litigios contenciosos en que sean parte y qué participación van a asumir en este tipo de procesos, lo que exige comenzar decidiendo quién debe acudir en representación de la Administración a las sesiones de mediación (un representante del organismo que sea parte en el procedimiento, los servicios jurídicos del organismo o el representante del servicio jurídico del Estado, Comunidades Autónomas o Ayuntamientos).

g. Margen de actuación de los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas.

La última cuestión que ha de plantearse es la relativa al margen de actuación con que cuenta tanto el Servicio Jurídico del Estado como los de las demás Administraciones Públicas sobre los bienes y derechos en conflicto, en la medida en que, contrariamente a lo que ocurre con los defensores de los particulares que actúan de acuerdo con las instrucciones y defensa de los intereses de sus clientes, los defensores de la Administración deben someter su actuación no solo a las instrucciones del organismo sino también a las exigencias formales definidas en las normas legales correspondientes a cada servicio jurídico.

El Protocolo sobre mediación intrajudicial contencioso-administrativa pretende dar solución a este problema de forma sencilla expresando lo siguiente:

- El acuerdo de mediación intrajudicial deberá ser autorizado por la autoridad competente cuando afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda Pública.

- No será necesaria la autorización y bastará la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración cuando el acuerdo de mediación intrajudicial se refiera a:

i. Afectaciones patrimoniales indirectas y asuntos de menor cuantía que no alcancen el límite de cuantía casacional.

ii. Reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración.

iii. Las demás previstas en la Ley.

No obstante, la cuestión entraña mayores dificultades que las contempladas en el Protocolo. Concretamente, para el caso de la Abogacía del Estado, el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, declara lo siguiente sobre la disponibilidad de la acción procesal:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, para que el Abogado del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de querellas, o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, precisará autorización expresa de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente”.

Para poder llegar a un acuerdo en mediación, por tanto, habría que cumplir con las formalidades previstas en el precepto transcrito, contando con la preceptiva autorización de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado con informe previo del organismo o entidad pública correspondiente. Esto plantea, como primer problema, la necesidad de determinar el momento en que deberá ser recabada la autorización y el informe del organismo, si previamente a las sesiones de mediación o con posterioridad una vez adoptado el acuerdo. Del mismo modo, exige una comunicación dinámica entre el organismo o departamento implicado y el servicio jurídico de la Administración de que se trate, para recabar con rapidez las instrucciones oportunas para la negociación, lo que en ocasiones resulta difícil de gestionar internamente dado el volumen de la actividad administrativa y la gran dispersión departamental existente.

Por lo tanto, como vemos, si son muchas las bondades de la mediación, también son muchas las dificultades y extremos que al no estar perfectamente perfilados alejan a las Administraciones Públicas de su participación en este tipo de procesos y amenazan su pervivencia a largo plazo.

7. Conclusión.

De lo expuesto en los apartados anteriores resulta una idea fundamental, y es que la implantación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo es una realidad inminente. Se trata de una nueva forma de entender la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la Administración, o las Administraciones Públicas entre sí, pero que tiene aún un largo camino por delante para conseguir su efectividad, al menos, en el ámbito judicial.

La gestión del cambio es el punto más importante y a la vez el más complicado de todo el proceso, por lo que es nuestra responsabilidad como operadores del derecho administrativo abordar su estudio en profundidad para posteriormente participar activamente en el proceso de introducción de la mediación en la dinámica administrativa y contenciosa.

Es esencial que contemos con un marco normativo que termine con la inseguridad jurídica que existe actualmente, con una regulación por remisión o de valor infranormativo como es el Protocolo, al que tantas veces nos hemos referido en esta obra. Es una necesidad de primer orden elaborar una ley sobre mediación intrajudicial contencioso-administrativa propia, en la que quede definido el ámbito material de aplicación, el procedimiento y las condiciones en que se desarrollará con todas las garantías y seguridad. Igualmente, es preciso crear un proceso en el que se hayan depurado todos los problemas que hemos visto que aún están pendientes de solución.

La implementación de la mediación en el ámbito administrativo y el hecho de que existan ya experiencias de mediación administrativa que se están desarrollando a nivel local con éxito, por ejemplo, en el seno de Ayuntamientos, debe conducir también a las Administraciones a realizar una autocrítica a nivel interno. Así, si determinados conflictos con la Administración se están resolviendo satisfactoriamente para el administrado simplemente mediante un acercamiento de la Administración, dándoles voz y escuchando sus peticiones, esto indica que algo se está haciendo mal y que no están funcionando los trámites de audiencia o de alegaciones con que actualmente cuentan los procedimientos administrativos, convirtiéndose en meros trámites rituarios, pero sin una efectividad real.

Esto no significa que la única manera de conseguir la satisfacción de los administrados con el proceder administrativo sea creando unidades de mediación en cada organismo, sino precisamente lo contrario. Seguramente se trata de mejorar simplemente la actuación administrativa dentro de la dinámica y los procedimientos administrativos tradicionales, donde podemos encontrar otras fórmulas que ayuden a la Administración a cumplir sus fines de interés general, con sumisión a la legalidad pero de forma más dialogada y empática con el administrado.

8. Bibliografía.

- *Guía Práctica para la Mediación Intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial.
- *Infraestructura organizativa de la Mediación conectada a los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Munduate, L. Butts Griggs, T, Medina, F.J. Roberto Martínez-Pecino. *Manual para la mediación laboral*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 143-167.