

TESIS DOCTORAL

La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad

Autor:

María Avilés Navarro

Directora:

Helena Soleto Muñoz

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E HISTORIA

Getafe, abril de 2014

TESIS DOCTORAL

LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EVOLUCIÓN HACIA UNA NUEVA REALIDAD

Autor: María Avilés Navarro

Directora: Helena Soletó Muñoz

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

Concédame el lector la licencia de comenzar el presente trabajo haciendo un guiño a la Constitución Española, Norma Suprema y, como el Profesor Enrique Tierno Galván, señaló “senda por la que hemos de avanzar todos hacia el logro de nuestra dicha privada y bienestar público, modelo excelso entre cuantos existen de cuáles han de ser las normas mejores para conseguir la paz y la felicidad de los hombres y de los pueblos”¹.

Artículo 23

*1. Los ciudadanos **tienen el derecho a participar en los asuntos públicos**, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

¹ Constitución Española del Ayuntamiento de Madrid de 1981.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
AGRADECIMIENTOS	17
INTRODUCCIÓN	19
CAPITULO 1. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL SISTEMA DE JUSTICIA	21
1.1. LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO	21
1.2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	24
1.3. EL CONFLICTO Y SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LOS MISMOS.	31
1.4. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EUROPA	45
1.4.1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS EN LA UNION EUROPEA	45
1.4.1.1. NORMATIVA UE.....	46
1.4.1.2. MECANISMOS SOBRE ADR	50
1.4.2. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS Y EL CONSEJO DE EUROPA	52
1.4.2.1. RECOMENDACIONES.....	52
1.4.2.2. MECANISMOS SOBRE ADR	54
CAPITULO 2. LA MEDIACIÓN COMO METODO ADECUADO PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS	57
2.1. DEFINICIÓN.....	57
2.2. CLASES DE MEDIACIÓN	62
2.3. MECANISMOS PARA INCENTIVAR LA MEDIACION.....	66
2.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN	72
2.5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	84
2.5.1. LA MEDIACIÓN Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	88
2.5.2. EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN.....	100
2.6. LOS AGENTES DE LA MEDIACIÓN.....	103
2.6.1. EL MEDIADOR Y PRINCIPIOS BÁSICOS EN SU ACTUACIÓN	103
2.6.2. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE SERVICIOS Y COLEGIOS PROFESIONALES	112
2.6.3. OTROS AGENTES DE LA MEDIACIÓN	114
2.7. LA MEDIACIÓN EN LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES	117

2.7.1.	ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL	118
2.7.1.1.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR	120
2.7.2.	LA MEDIACIÓN EN EL MARCO PENAL	123
2.7.2.1.	DERECHO DE MENORES.....	132
2.7.2.2.	LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO	134
2.7.3.	LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL	135
2.7.4.	MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.	140
2.7.4.1.	LA VÍA ADMINISTRATIVA	143
2.7.4.2.	JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA.....	148

CAPITULO 3. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS 155

3.1.	MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	155
3.1.1.	CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	155
3.1.2.	CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.....	156
3.1.3.	MODELO DE REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	158
3.1.3.1.	EL MODELO ANGLOSAJÓN.	158
3.1.3.2.	MODELO FRANCÉS O CONTINENTAL.....	159
3.1.3.3.	MODELOS MIXTOS.	159
3.1.4.	RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL MODELO CONTINENTEAL.....	161
3.1.5.	POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO	162
3.1.6.	PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	165
3.1.7.	PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL... ..	168
3.1.7.1.	PRINCIPIOS EXPLÍCITOS.....	169
3.1.7.2.	PRINCIPIOS IMPLÍCITOS.....	170
3.1.7.3.	ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE EFICACIA.	171
3.1.7.4.	EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN	173
3.1.7.5.	ESPECIAL MENCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL.....	174
3.2.	LOS RECURSOS DEL CIUDADANO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	179
3.2.1.	LA REVISION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE DE REGIMEN JURIDICO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN	179
3.2.1.1.	RECURSOS ORDINARIOS.....	179
3.2.1.1.1.	RECURSO DE ALZADA.....	181



3.2.1.1.2.	RECURSO DE REPOSICIÓN	182
3.2.1.1.3.	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	183
3.2.1.2.	REVISIÓN DE OFICIO	184
3.2.1.2.1.	NULIDAD DE PLENO DERECHO	184
3.2.1.2.2.	DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS ACTOS ANULABLES	185
3.2.1.2.3.	REVOCACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE ACTOS NO FAVORABLES POR ERROR	186
3.2.2.	LA REVISION ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	187
3.2.2.1.	ORGANIZACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	187
3.2.2.2.	LEGITIMACIÓN ACTIVA	191
3.2.2.3.	OBJETO DEL RECURSO	193
3.2.2.4.	EL PROCEDIMIENTO	194
3.3.	LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA Y LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	196
3.3.1.	PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA..	196
3.3.2.	EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ESPAÑOLA TRAS LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 29/ 1998, DE 13 DE JULIO .	199
3.3.2.1.	CONSOLIDACIÓN DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES	201
3.3.2.2.	LA IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS PROCESALES CON LOS QUE HACER FRENTE AL INCREMENTO DE RECURSOS CONTENCIOSOS- ADMINISTRATIVOS	201
3.3.2.3.	ADAPTACIÓN DEL ORDEN ADMINISTRATIVO A LA DEMANDA SOCIAL	203
3.3.3.	EL ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA	204
3.3.3.1.	INCIDENCIA DEL PROCESO IMPLANTACIÓN DEL EXPEDIENTE DIGITAL EN LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO.....	219
3.3.3.2.	IMPACTO DE LA LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL	221
3.3.3.3.	LA LEY 10/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN DETERMINADAS TASAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES	223
3.3.4.	LA ADECUACIÓN DE LOS ADR AL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO	227

3.3.4.1.	PRETENSIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	227
3.3.4.2.	LOS ADR UNA APUESTA DE MEJORA.....	230
3.3.4.3.	DIFICULTADES PARA LA UTILIZACIÓN DE LOS ADR EN CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN	236

CAPITULO 4. MARCO PARA LA MEDIACION EN EL ORDEN

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO..... 239

4.1.	DEFINICIÓN Y FINALIDAD.....	239
4.2.	MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	245
4.3.	VENTAJAS Y DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	251
4.3.1.	VENTAJAS.....	252
4.3.2.	DIFICULTADES	256
4.4.	AGENTES DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	261
4.5.	PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	275
4.5.1.	LA MEDIACION Y LAS MEDIDAS CAUTELARES	279
4.5.2.	MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	283
4.5.3.	EJECUTIVIDAD DEL ACUERDO	289
4.6.	LA SELECCIÓN DE ASUNTOS PARA DERIVAR A MEDIACIÓN.....	290
4.6.1.	PRESUPUESTOS FORMALES DE LA MEDIACIÓN.....	291
4.6.2.	SISTEMA IDÓNEO DE DERIVACIÓN A MEDIACIÓN. LISTAS TASADAS O ABIERTAS.....	292
4.6.3.	CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL ÁMBITO MÁS ADECUADO PARA LA MEDIACIÓN	298
4.6.4.	CLASIFICACION DE MATERIAS PROPIAS DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y VIABILIDAD DE MEDIACIÓN.....	304
4.6.4.1.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	307
4.6.4.1.1.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	307
4.6.4.1.2.	MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	308
4.6.4.1.3.	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	310
4.6.4.1.4.	PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA	311

4.6.4.1.5.	EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	314
4.6.4.1.6.	¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?.....	316
4.6.4.2.	EXTRANJERÍA	317
4.6.4.2.1.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	317
4.6.4.2.2.	¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?.....	318
4.6.4.3.	MATERIA TRIBUTARIA.....	321
4.6.4.3.1.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	321
4.6.4.3.2.	¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?.....	324
4.6.4.4.	FUNCIÓN PÚBLICA	330
4.6.4.4.1.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	330
4.6.4.4.2.	NORMATIVA DE APLICACIÓN.....	331
4.6.4.5.	MEDIO AMBIENTE, URBANÍSTICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	335
4.6.4.5.1.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	335
4.6.4.5.2.	¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?.....	338
4.6.4.6.	MATERIA ELECTORAL.....	342
4.6.4.6.1.	NORMATIVA A TENER EN CUENTA.....	342
4.6.4.7.	POTESTAD SANCIONADORA	343
4.6.4.8.	MEDIACION EN LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	346
4.6.4.9.	OTRAS MATERIAS	349

CAPITULO 5. . ESTUDIO DE OPINIÓN SOBRE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO..... 351

5.1.	METODOLOGÍA	351
5.2.	POBLACIÓN	352
5.2.1.	COLECTIVO JURISTA	354
5.2.2.	COLECTIVO: NO JURISTA.....	356
5.3.	RESULTADOS	358

CAPITULO 6. UNA PROPUESTA DE FUTURO PARA LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.. 405

6.1. PROTOCOLO	405
6.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES	405
6.1.2. SESIÓN INFORMATIVA	407
6.1.3. SESIÓN CONSTITUTIVA	410
6.1.4. DESARROLLO DE SESIONES DE MEDIACIÓN	411
6.1.5. RESULTADO DE LA MEDIACIÓN	412
6.2. MODELO DE SERVICIO DE MEDIACIÓN	413
CONCLUSIONES	423
BIBLIOGRAFÍA	431
OTRAS FUENTES	443
WEBGRAFÍA	445
ANEXO	447

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
ADR	Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos
BATNA	Best alternative to a negotiated agreement
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEJ	Centro de Estudios Jurídicos
CEPEJ	The European Commission for the Efficiency of Justice
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CMC	Civil Mediation Council
CP	Código Penal
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
GCC	Gestión Cooperativa de Conflictos
GEMME	Asociación Europea de Jueces y Magistrados por la Mediación
L	Ley

LAJG Ley de asistencia jurídica gratuita

LC..... Ley Concursal

LCSP Ley de Contratos del Sector Público

LDP Ley de Demarcación y Planta Judicial

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LGP Ley General Presupuestaria

LGT Ley General Tributaria

LJCA Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

LJS Ley reguladora de la jurisdicción social

LO Ley Orgánica

LOCE Ley Orgánica del Consejo de Estado

LOFAGE..... Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

LOPD Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

LORPM Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor

LPAP Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas

LRBRL..... Ley Reguladora de Bases del Régimen Local

LRJPAC..... Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

NCCUSL National Conference of Commissioners on Uniform State Laws

ODR Online Dispute Resolution

PGOM Plan General de Ordenación Municipal

PNPM Puntos Neutros de promoción de la Mediación

R..... Recomendación
RD Real Decreto
RPT Relaciones de Puesto de Trabajo
SEPCYS.....Sociedad Española de Psicología Clínica y de la Salud
ST..... Sentencia
SMAC Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
SPIDR Society of Professionals in Dispute Resolution
STJCE..... Sentencia del Tribunal de Justicia Unión europea
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STSSentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social
STS (Civil).....Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil
STS (CA)..... Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-
Administrativo
STSJSentencia del Tribunal Superior de
Justicia

AGRADECIMIENTOS

Mis primeras palabras de agradecimiento van dirigidas a mi guía y directora de estas tesis doctoral, la Profesora Helena Soleto, por haberme dado la oportunidad de conocer y buscar otras fórmulas alternativas a la resolución de conflictos, acercarme a la realidad de la mediación y animarme a explorar sus posibilidades en aquellos casos en que la Administración pública forma parte del conflicto. Pero además, quiero agradecer el enorme trabajo que realiza al reunir a diferentes profesionales para conseguir la máxima eficacia y operatividad en el marco de la Administración de Justicia, logrando una fusión perfecta entre el mundo universitario y la realidad práctica de los Tribunales.

El presente trabajo contiene un cuestionario cumplimentado por personas anónimas, que han participado de forma voluntaria y desinteresada, cuya colaboración quiero agradecer.

La explotación de estos datos no hubiera sido posible sin la ayuda de mi gran amigo Carlos Mingorance quien ha creado *ex profeso* una aplicación informática posibilitando la recogida y posterior estudio de los datos recabados.

A mi amiga y compañera Lourdes Escoda que me animó a ponerme en contacto con GEMME y que ha sido, junto con la Secretaria de Gobierno Antonia Amigo, mi amigo y gran Magistrado, Roberto Ceniceros y Emma, la principal ayuda para la difusión de este cuestionario en Cataluña.

A GEMME, por haberme dado la oportunidad de participar en el III Simposio Tribunales y mediación en España, en el que además de compartir los conocimientos de muchos colegas, he podido comprobar la enorme tarea desarrollada por todos ellos encabezados por Pascual Ortuño.

A Julio Cesar Díaz Casales, por su amistad, generosidad, apoyo y conocimiento, ejemplo de sabiduría y humildad. Sin los ejemplos, que su experiencia como Magistrado me ha transmitido, no hubiera podido culminar este estudio.

A Carmen Marín, Secretaria judicial, a quien deseo todo el éxito posible en ese maravilloso objetivo de crear una unidad de mediación intrajudicial en Murcia.

Y como no a Gerardo Carballo, que además de concederme su tiempo, ha sido una de las piezas claves para que el CGPJ reflexionará sobre la posibilidad de la mediación en el orden contencioso-administrativo. Gracias a personas como él y como Helena Soletó, la mediación en España es hoy una realidad.

A mi familia y amigos por el esfuerzo que han realizado para ayudarme a difundir el cuestionario y en especial a mis padres por ser un ejemplo de fuerza de voluntad, trabajo y constancia y por ayudarme a levantarme cada vez que lo necesito.

A Julio por animarme a comenzar esta tesis y apoyarme en cada momento de mi vida, sin él nada tendría sentido.

A Ferny el “Rey de la maquetación”, sobre todo, por su incondicional amistad.

A Godoy que cada día tiene unas palabras de ánimo para mí.

A todos gracias.

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo pretendemos contribuir, en la medida de lo posible, a la divulgación en el ordenamiento español de la mediación como técnica alternativa o complementaria en la resolución de los conflictos, en especial en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ante el desconocimiento general de esta figura así como su deficiente regulación.

Este fenómeno no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de los países europeos que nos rodean, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de nuestra exposición.

Comenzaremos con una breve referencia a las alternativas a la vía judicial existentes para la resolución de los conflictos ante la situación actual del sistema de Justicia y dedicaremos unas palabras a la mediación y su adecuación en los distintos órdenes jurisdiccionales para garantizar una Administración de Justicia de calidad y eficiente, todo ello como paso previo al análisis de la materia concreta objeto de nuestro estudio.

Son muchas las ventajas e inconvenientes que se atribuyen a la mediación, por lo que procuraremos hacer una valoración de las mismas, así como de los supuestos más idóneos para acudir a ella en esta parcela del ordenamiento jurídico, sin ignorar la dificultad de esta tarea, sobre la que queda mucho por escribir e investigar.

Haremos un recorrido por la situación de la Administración de Justicia, la evolución y cambios experimentados en la Administración pública que demandan nuevas formulas para resolver los conflictos, entre las que se encuentra la mediación, incluiremos un estudio de opinión basado en la cumplimentación y explotación de unos cuestionarios que nos permitirán

conocer el panorama actual y defender su viabilidad, para lo que será necesario emprender los cambios legislativos oportunos así como la adopción de una serie de medidas.

Finalizaremos la exposición con una propuesta de futuro del modelo de servicio de mediación intrajudicial.

Toda referencia que en el presente trabajo se haga Proyectos, Anteproyectos o borradores normativos, se hace con la debida cautela y advirtiendo al lector de la posibilidad de su modificación, fruto de los numerosos estudios y revisiones de que son objeto.

CAPITULO 1. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL SISTEMA DE JUSTICIA

1.1. LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO

Para comprender las relaciones humanas, el conflicto inherente a ellas y su forma de resolución, hemos de tomar como referencia tres conceptos básicos: sociedad, Estado y Derecho.

Los seres humanos necesitamos vivir en sociedad, entendida ésta como *“la agrupación natural o pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida”*², ya sean fines individuales o colectivos.

Como sostiene COSCULLUELA MONTANER, el Estado, en definitiva, traduce una interrelación de todos los elementos considerados: comunidad o pueblo, territorio y aparato organizativo jurídicamente ordenado para la satisfacción de los intereses públicos³.

SCHMITT⁴, tras poner de manifiesto las dificultades de encontrar una definición precisa de Estado, proponía la definición consistente en el estatus político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales.

Siguiendo la definición de Max Weber y Poggio, DE BLAS y RUBIO consideran que el Estado puede definirse como un poder político

²En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

³ COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 23.

⁴ SCHMITT, C.; *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, pág.49.

institucionalizado que ejerce el monopolio de la violencia legítima(la que se ejerce conforme a lo establecido en la ley) sobre una población y un territorio delimitado geográficamente⁵.

Basada en las aportaciones de Carl Schmitt y Max Weber, URIARTE incorporando otros elementos imprescindibles, define el Estado como la organización política en el interior de un pueblo limitado por fronteras que se caracteriza frente a otras instituciones por poseer la violencia legítima, por dirigir y organizar el funcionamiento de la sociedad en todas sus esferas y por asumir el papel de regulador de las relaciones y encauzador de conflictos de la sociedad⁶.

Por lo que respecta al modelo de Estado español, conforme al artículo 1 de la Constitución Española (en adelante CE), nos encontramos ante un Estado Social y democrático de Derecho, cuyos principios básicos son el principio de soberanía popular, división de poderes, legalidad y el de reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano.

Característica de un Estado Democrático es la atribución de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes, que actúan bajo unas normas pre-establecidas. Estos órganos están constituidos por profesionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley, cuyas resoluciones son de obligado cumplimiento, de conformidad con el citado texto Constitucional.

Lo que es evidente es que la vida en sociedad necesita ser organizada y regulada, pues el conflicto es inherente a ella. Si analizamos el conflicto desde

⁵ DE BLAS GUERRERO, A. y RUBIO LARA, J.; "Concepto y teorías del Estado", en *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*, 2011, Madrid, pág. 16.

⁶ URIARTE, E.; "Estado, Gobierno, Nación", en *Introducción a la ciencia política. La política en las sociedades democráticas*. Madrid, Tecnos, 2008, pág. 63.

una perspectiva jurídica, podemos afirmar que el Derecho cumple una doble función: preventiva y coactiva, es el Derecho quien se encarga de regir la sociedad a través de una serie de normas o mandatos⁷.

DE BLAS Y RUBIO⁸ afirman que el Derecho ha de ser entendido como reglamentación que organiza la vida en comunidad.

Es de sobra conocido que, desde antiguo, han surgido otras formas de resolución de conflictos que constituyen el punto de partida, entre otras figuras, de la mediación⁹. Así, en numerosas culturas, el jefe de familia, por su experiencia y conocimientos, era designado para resolver las disputas entre sus miembros. Este hecho se ha producido en una enorme variedad de grupos étnicos y religiosos, que incluso han establecido históricamente sus propias instituciones o sistemas de resolución de conflictos¹⁰.

Es en el mundo romano donde se empieza a perfilar la figura del mediador que terminará plasmándose en el libro 50 del Digesto de Justiniano y en una Novela de Justiniano (Nov. 90,8)¹¹.

⁷ KELSEN, definió el ordenamiento jurídico como el conjunto de normas jurídicas que rigen una determinada sociedad de acuerdo con unos valores y principios, definición extraída del *Manual de Derecho Administrativo ...*, ob.cit., pág.55.

⁸ DE BLAS GUERRERO, A. y RUBIO LARA, J.; *Teoría del Estado I, El Estado y sus Instituciones*, Madrid, 2011, pág.284.

⁹ EGUZQUIZA SOLÍS, I.; *Introducción al uso práctico de la mediación y la conciliación : Herramientas y estrategias profesionales*, 2013, pág. 2.

¹⁰ Invitamos al lector a leer “Conferencia de grupo familiar con la tribu maorí en nueva Zelanda y su adaptación a modelos anglosajones de resolución de conflictos”, de Jacqueline N. Font Guzman, en *Mediación y solución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, SOLETO MUÑOZ, H, (dir.): Tecnos, Madrid, 2013, págs. 279 a 291.

¹¹ GARCIA GERBOLES, L. Y MUESMANN, M.; “El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en *La mediación, presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, 2010, pág. 24.

Por lo que se refiere al ordenamiento español la figura del mediador aparece, entre otras, en la Novísima Recopilación o en el Código de Costumbres de Tortosa y una primera reglamentación de la tradición mediadora se encuentra en las juntas vecinales, gremios medievales, hermandades agrarias y rurales y se legitima jurídicamente en el Fuero de Avilés en 1076, donde se documenta por vez primera el origen etimológico de la mediación¹².

Nos detendremos a continuación en el estado de la Administración de Justicia actual y como éste demanda potenciar otras vías adecuadas para resolver los conflictos y garantizar un sistema de calidad, lo que constituye también un derecho básico de los ciudadanos.

1.2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es necesario reflexionar sobre la situación actual de la Administración de Justicia, para comprender el papel que estas técnicas alternativas de resolución del conflicto pueden desempeñar en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde hace algún tiempo la imagen de la Administración de Justicia no pasa por su mejor momento: la opinión pública tiene una percepción negativa respecto de la Justicia basada en su lentitud, escasez de medios e insuficiente coordinación entre sus distintas instancias y órganos, que ponen en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva. Sirva de ejemplo los datos derivados del avance de resultados del Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante CIS) correspondientes al barómetro de febrero de 2014, donde el 3% de los encuestados consideran que el principal problema que existe actualmente en España es la Administración de Justicia, precedida por la preocupación por el

¹² *Ibidem*, págs. 30-31.

paro, la sanidad, la educación, los recortes, los políticos, problemas de índole económico, la corrupción y el fraude¹³.

Las causas de este desajuste son diversas, pueden atribuirse al bajo nivel de dotación de recursos y al crecimiento constante del número de asuntos propio de una sociedad avanzada, pero también a problemas organizativos y deficiencias estructurales, al carácter conservador y solemne de nuestro ordenamiento jurídico, agravada por la situación duradera de crisis económica actual.

El profesor NIETO¹⁴ adjetiva la Justicia como tardía, atascada, cara, desigual, imprevista, mal trabada, desgarrada e ineficaz.

SOLETO¹⁵ afirma que el mundo jurídico español ha sido, hasta la fecha, profundamente conservador, en el sentido de que los operadores jurídicos persiguen mantener *un status quo* en lo concerniente al Derecho y la forma de resolver los conflictos.

Es cierto que uno de los factores que contribuyen a esta situación es su propia estructura organizativa y la disgregación de los titulares de las políticas públicas, como señala PALOMAR OLMEDA¹⁶, al convivir las competencias del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas, dando lugar, en numerosas ocasiones, a problemas competenciales y problemas de

¹³ http://datos.cis.es/pdf/Es3013rei_A.pdf

¹⁴ NIETO, A.; *El desgobierno judicial*, 3ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2005, págs. 137 y siguientes.

¹⁵ SOLETO, H.; "Presente y futuro de la resolución de conflictos", en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas..., ob.cit.*, Madrid, Tecnos, 2013, pág. 32.

¹⁶ PALOMAR OLMEDA, A.; "La Administración de Justicia y sus límites organizacionales. Condicionamientos constitucionales y legales", en *Gestión Pública de la Administración de Justicia*. Aranzadi, 2010, págs. 28 y 58.

cooperación o coordinación entre los diferentes agentes, lo que desemboca en un modelo de disgregación funcional con una pérdida de referencias organizativas clásicas y que suponen la necesidad de encontrar otros elementos de organización y coordinación. Por todo ello, se hace necesario consagrar un modelo de cooperación y coordinación eficaz con todas las Instituciones involucradas en el ámbito de la Justicia en aras a garantizar el principio de igualdad e impedir que se dispense un trato diferenciado al ciudadano en función del ámbito territorial en el que nos encontremos. Esta coordinación será necesaria también en la materia que nos ocupa, pues el litigante tiene las mismas necesidades en todo el territorio nacional, por lo que merece una respuesta homogénea.

Esta imagen negativa no es exclusiva de la Administración de Justicia española, los datos nos revelan que uno de los países que más condenas ha recibido por este motivo en Estrasburgo es Suiza. Los países que gozan de una mejor posición son los países escandinavos y ello, como señala PECES MORATE¹⁷, gracias a los sistemas de autocomposición extrajudicial, que actúan como factor disuasorio. Otro país que escapa de esta situación de colapso es Japón, pero en este caso debido a un factor cultural, pues tener allí un pleito equivale a una enorme deshonra.

Usando un término que está muy de moda, podemos decir que la Administración de Justicia está “en crisis” y, siguiendo el modelo de la cultura china en que dicha palabra tiene un doble significado: por una parte significa “peligro” y por otra “oportunidad”, esta situación reclama cambios positivos que redunden en sistemas más eficientes.

¹⁷ PECES MORATE, J.; *La justicia en España*. Edición de Rafael Escudero Alday, 2008, Madrid, pág. 126.

La preocupación por una Justicia eficaz es uno de los objetivos perseguidos también en el ámbito europeo, así basta observar los interesantes datos que arrojan los Indicadores europeos de la Justicia de la Comisión Europea¹⁸, sobre los que luego volveremos. El Consejo de Europa afirma que la calidad, la independencia y la eficacia de los sistemas judiciales forman parte del proceso de coordinación de las políticas económicas de la Unión europea, cuyo objetivo es sentar las bases de una recuperación del crecimiento y la creación de empleo.

En relación con el crecimiento europeo la vicepresidenta REDING, comisaria de Justicia de la Unión europea (en adelante UE), ha declarado que: “El atractivo de un país como lugar para invertir y hacer negocios aumenta sin duda si dispone de un sistema judicial independiente y eficaz. Por este motivo, son importantes unas resoluciones judiciales previsibles, oportunas y ejecutables y las reformas judiciales nacionales se han convertido en un elemento estructural importante de la estrategia económica de la UE.” Y añade que “Puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un papel primordial en la primacía del Derecho de la UE, la eficacia de los sistemas judiciales nacionales también es fundamental para su aplicación efectiva. Por lo tanto, las deficiencias de los sistemas judiciales nacionales no son sólo un problema para el Estado miembro de que se trate, sino que también pueden afectar al funcionamiento del mercado único de la UE y a la aplicación de los instrumentos de la UE basados en la cooperación y el reconocimiento recíprocos, además de poner en peligro la protección que los ciudadanos y las empresas puedan esperar al hacer valer sus derechos al amparo de la normativa de la UE”.

¹⁸ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/130327_en.htm

En definitiva, un sistema de mercado único requiere de sistemas judiciales eficaces que abandonen el concepto tradicional de Justicia y acojan uno más amplio en el que tengan cabida otros sistemas de resolución de los conflictos.

En esta línea, entre las conclusiones obtenidas de los citados Indicadores de la Justicia 2013, se encuentra de forma expresa la necesidad de fomentar los métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, “puesto que reducen la carga de trabajo de los Tribunales y es por ello por lo que se recomienda su utilización de forma más amplia”.

Compartimos la expresión utilizada por MARGARITA URÍA quien especifica que más que reducir la carga de trabajo, estos métodos permiten obtener una resolución más satisfactoria del conflicto, esto es, la más idónea, pues lo importante no es la reducción de la carga de trabajo, sino utilizar los instrumentos adecuados para resolver los conflictos, sólo así podremos hablar de eficacia y calidad.

España consciente de esta situación está apostando por la modernización de la Justicia y su adecuación a las nuevas realidades sociales. Así, asistimos a un momento de enorme cambio en la organización de la Administración de la Justicia, que tuvo como punto de partida la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que persigue una estructura organizativa ágil, moderna y eficaz, basada en la optimización de los recursos personales y materiales y en una apuesta por la incorporación de las nuevas tecnologías que permitan dar un mejor servicio al ciudadano en su demanda de tutela judicial.

Dicha regulación tiene como antecedentes inmediatos el Libro Blanco de la Justicia¹⁹, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial de fecha 8 de

¹⁹ El Libro Blanco constituye una verdadera radiografía de la Justicia en España, afrontando la perspectiva de entenderla como un servicio público y asumiendo que la percepción

septiembre de 1997, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia que se firmó en el 28 de mayo del año 2001 entre diversos grupos políticos, y el Acuerdo alcanzado en la Conferencia Sectorial celebrado en Canarias suscrito entre el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en fecha 22 de mayo de 2001.

Todas las reformas que a partir del Pacto se han ido introduciendo tienen como objetivo que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con procedimientos más modernos y menos complicados²⁰.

La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia señala en su preámbulo que “en los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”.

En definitiva la reforma y modernización de la Administración de Justicia descansa sobre tres pilares: la modernización organizativa, procesal y la tecnológica, cuyo éxito estará condicionado a la capacidad para conseguir que los distintos agentes que participan en la Administración de Justicia asuman y hagan suyo el proceso de modernización, todo ello para obtener una Justicia de calidad.

Hemos subrayado la importancia de la calidad de la Justicia, lo que nos lleva al estudio del significado de este vocablo. Conforme al Diccionario de la

ciudadana de la misma y el grado de insatisfacción que genera es motivo para proponer una serie de reformas de gran calado.

²⁰ TEROL GOMEZ, R.; “La calidad y los indicadores de gestión de la Justicia”, en *Gestión Pública de la Administración de Justicia*, Aranzadi. 2010, pág. 611.

Real Academia de la Lengua Española, la calidad, es la *“propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permite juzgar su valor”*.

Por lo expuesto, podemos concluir que resulta necesario potenciar los “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos”, a los que de forma confusa aluden las distintas leyes procesales, en cuanto que contribuirán a mejorar la situación actual de la Administración de Justicia por las ventajas que los mismos ofrecen y que en un momento posterior describiremos.

Dichos sistemas son especialmente aconsejables en estos momentos de crisis económica, dado que, en ocasiones, supone un notable ahorro de tiempo y dinero, pero a los que habrá de acudirse con cautela y dar el merecido tratamiento a fin de evitar que se conviertan en una mecanismo de resolución de “segundo grado” para aquellos que carecen de los medios económicos necesarios para acudir a los Tribunales. Lo más significativo es que estos sistemas permitirán además al ciudadano acudir al instituto más acertado para la solución de su conflicto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En esta línea, el Plan estratégico de modernización de la Justicia del Ministerio de Justicia (2009- 2012) preveía, entre sus ejes de actuación, el desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias, asimismo el Plan de Acción de la Secretaría General de la Administración de Justicia (2012-2014), entre las reformas organizativas prevé la creación de vías alternativas a la resolución de conflictos, haciendo referencia expresa a la mediación., asimismo el reciente Plan de de Acción de la Secretaría General de la Administración de Justicia (2012-2015). En el mismo sentido se pronuncia el Plan de Modernización del Consejo General del Poder Judicial, en el número sexto relativo al impulso de las reformas procesales.

Como curiosidad citar que recientemente, con la finalidad de incentivar la solución de litigios por medios extrajudiciales, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios. Posteriormente el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, amplía los supuestos de devolución al establecer que *“ Se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. Esta devolución también será aplicable en aquellos supuestos en los que la Administración demandada reconozca totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante”*.

1.3. EL CONFLICTO Y SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LOS MISMOS

En el presente trabajo nos detendremos en el estudio de la mediación como técnica para la resolución del conflicto que ya ha surgido, pero no nos olvidemos que algunas de estas técnicas, pueden servir también para evitar la aparición del mismo.

No hay una única definición del conflicto, si bien tomamos prestada la avalada por ALZATE SÁEZ DE HEREDIA²¹, como “desacuerdo entre dos o más personas”.

Como avanzamos, el conflicto forma parte de la vida en sociedad. Basta observar las noticias para comprobar las numerosas disputas internacionales²², políticas, personales, familiares que a diario acontecen.

El conflicto puede tener una vertiente positiva, pues supone una oportunidad de progreso de la sociedad gestionando satisfactoriamente los conflictos, evitando en exceso su judicialización. Desde esta perspectiva positiva, MORENO CATENA²³ afirma que el conflicto, en ocasiones, es un elemento dinamizador, que sirve para mover el patio de las relaciones sociales.

En este punto, me gustaría invitar a la reflexión sobre la necesidad de informar y educar a la sociedad dándole a conocer las diferentes vías de resolución de sus conflictos desde la infancia o juventud. Creemos que los educadores pueden jugar un papel decisivo para las nuevas generaciones, tienen en su poder la clave para gestionar el cambio cultural necesario que precisa la sociedad.

En una sociedad como la nuestra ante el conflicto, de ordinario, recurrimos a los Tribunales amparándonos en una norma pre-establecida, lo que ha llevado a un exceso de judicialización de los mismos. Sin embargo, desde la

²¹ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.;" La dinámica del conflicto" en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos; Madrid, 2007, pág.38.

²² El Derecho internacional impone la obligación de la resolución de este tipo de conflictos por vías pacíficas, evitando el uso de la fuerza, así el Convenio de la Haya de 1907, el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919 y el Pacto Briand –Kellog de 1928, el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, donde se recoge el compromiso de los Estados de acudir a medios pacíficos y en éste último artículo se contiene una referencia expresa a la mediación como sugerencia para la resolución pacífica del conflicto.

²³ MORENO CATENA, V.; “La resolución Jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas ...*, ob.cit., 2013, pág. 42.

década de los sesenta en los Estados Unidos y, de forma modesta, desde los noventa en España, ante la evidente crisis del sistema judicial han surgido nuevos sistemas de regulación social más encaminados a la gestión del conflicto, atendiendo a las circunstancias del mismo.

Es cierto que el artículo 24 de la Constitución española²⁴ reconoce como derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, y por tanto al proceso, pero ello no excluye la posibilidad legal de acudir a otros mecanismos de solución de conflictos pues, como con más detalle explicaremos, se trata de buscar alternativas complementarias que no excluyentes de la tutela judicial²⁵. El poder judicial, ha sido, es y seguirá siendo elemento fundamental de los sistemas democráticos.

Sobre este punto, matizar que cuando se utiliza el calificativo “alternativas” entendemos adecuada la segunda acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como aquella “*Capaz de alternar con función igual o semejante*”, no en el sentido de “contrapuesto a lo oficial o establecido”, a que alude SAIZ GARITAONAENDIA²⁶.

²⁴ En la misma línea el artículo 6 CEDH, donde se establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

²⁵ En el mismo sentido la Directiva 2008/52/CE, que establece que: en ningún caso la legislación nacional de los Estados Miembros podrá impedir a las partes su derecho de acceso al sistema judicial.

Y la Directiva 2013/11/UE, al afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un Juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea. Por consiguiente, los procedimientos de resolución alternativa no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales.

²⁶ SAIZ GARITAONAENDIA, A.; “El medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013, pág. 89.

Con acierto SAIZ GARITAONAENDIA, aclara que estos métodos no tratan de eliminar el sistema jurisdiccional tradicional como fórmula principal de resolución de los conflictos, sino que vienen a cumplimentarlo y superar algunas deficiencias que éste debe afrontar, por lo que propone introducir el término “sistemas complementarios” por ser más acorde con su propia naturaleza.

Entendemos que el vocablo “alternativa” indica la posibilidad de acudir al sistema más adecuado de resolución de conflicto, por tanto comprende una oportunidad de elección, por su parte la palabra “complementaria”, definida, en su primera acepción en el RAE, como lo “*Que sirve para completar o perfeccionar algo*”, se refiere a los diferentes sistemas que pueden complementar en cualquier momento al proceso judicial.

Llegados a este punto merece la pena detenerse en la distinción que, propósito de los modelos de justicia restaurativa, efectúa SOLETO²⁷, entre:

- a) Sistemas complementarios a los Tribunales
- b) Iniciativas ajenas a la Justicia
- c) Sistemas alternativos al enjuiciamiento

Los primeros, considera, que son programas conectados con los Tribunales y que de concluir con un acuerdo producirá unos efectos procesales.

Los alternativos al enjuiciamiento, según la autora, son aquellos que constituyen una verdadera alternativa al sistema de Justicia penal, en España, y por lo que a la mediación se refiere, sería la desarrollada en programas de menores cuando se realizan en un momento inicial y se archiva el asunto.

²⁷ SOLETO, H.; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto 2013, págs.83-84.

Y respecto a las iniciativas ajenas a la Justicia, son aquellas que carecen de toda relevancia procesal y conexión con los Tribunales.

Lo que es cierto, es que los diferentes sistemas no deben excluir nunca al proceso judicial.

Señala CARRETERO MORALES²⁸, que el sistema judicial sólo ha de ser utilizado cuando no exista otro medio más adecuado o eficiente para la resolución del conflicto y, añade el autor²⁹ que por ello la mediación pretende además de complementar a la vía judicial, protegerla, en cuanto que intenta evitar su uso indiscriminado.

Alternative dispute resolution, o ADR, traducido al español como Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, también conocidos como medios Alternativos de resolución de Conflictos o MARCs, comprende una variedad de figuras³⁰, como el arbitraje, la conciliación, la mediación, el medarb, el ombudsman, la negociación o la transacción, figuras que habitualmente se cofunden, incluso, en los propios textos legales³¹.

Modernamente los autores prefieren referirse a estas técnicas como sistemas adecuados de resolución de conflicto, por constituir una terminología más precisa con el objetivo perseguido.

²⁸ CARRETERO MORALES, E., “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos” en *Mediación y ...*, ob.cit., pág. 58.

²⁹ *Ibidem*, pág. 86.

³⁰ *Ibidem*, pág.13.

³¹ Confusión frecuente también en el ámbito de la UE, tal como y como se recoge en el *Estudio sobre sistemas judiciales europeos. Edition 2012 (Data 2010), Efficacy and quality of Justice*. European Commission for the Efficacy of Justice, pág. 130.

Todo texto que refiera a los sistemas o métodos alternativos no debería obviar una cita y agradecimiento al Profesor SANDER³², quien en la Conferencia celebrada en 1976, ante la insatisfacción del modelo judicial propuso una visión de la justicia americana, hasta el momento, radicalmente diferente, en la que los Tribunales tendrían varias puertas, algunas guiarían a litigar y otras a buscar un proceso alternativo, desde entonces su propuesta se ha ido extendiendo de forma paulatina y como veremos armoniza con el modelo descrito al final de nuestra exposición y acorde con nuestro modelo organizativo judicial.

Con el fin de aproximarnos a cada una de estas alternativas vamos a intentar dar una breve definición que nos permita distinguir las unas de las otras, lo que constituye una ardua tarea, pues en el caso de algunas figuras como la conciliación y la mediación, la línea divisoria no siempre resulta fácil de delimitar.

El arbitraje, es el sistema alternativo más conocido y regulado. Es el ADR por el que uno o más árbitros, tras escuchar a las partes y practicar las pruebas necesarias, emite/n una decisión o laudo vinculante para las mismas. Requiere menos formalidades que un juicio, pero necesita recurrir a la jurisdicción en algunos casos como en el caso de los recursos o la ejecución.

En España la, ya derogada, Ley 36/1988, de 5 de diciembre confundía la mediación con el arbitraje al considerar este último en el artículo 3, como *“el medio por el que dos o más personas podían pactar, en cualquier forma, la intervención dirimente de un tercero, aceptando o rechazando sus propuestas una vez que éste hubiera dictado la preceptiva resolución”*. Lo que ha

³² Vid; SANDER, F.; “Varieties of Dispute Processing”, in *The Pound Conference. Perspectives on Justice in the future*, edited by A. Leo Levin and Russell R. Wheeler, Minnesota, 1979, págs. 65-87.

contribuido a que gran parte de la población no tenga clara la distinción entre una y otra figura.

La diferencia más clara entre arbitraje y mediación radica en el carácter vinculante del arbitraje, frente a la nota de voluntariedad que preside la mediación.

Los procesos arbitrales han alcanzado un carácter cuasi-judicial, las partes tienen un escaso poder de disposición, han de someterse a unas reglas pre-establecidas y sus costes están empezando a ser elevados.

Por lo que respecta al ordenamiento español la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su artículo 2 afirma que *son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*.

El 21 de mayo del 2011, se publicaron en el BOE dos leyes, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y Regulación del Arbitraje en la Administración General del Estado y la Ley 5/2011, complementaria de la anterior y entre cuyos objetivos está el de impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos, así como proporcionar mayor seguridad jurídica a esta institución, para acrecentar la celebración de procedimientos arbitrales, sobre todo desde el plano internacional.

En su preámbulo refiere a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia. Además, modifica el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil haciendo hincapié en el hecho de que quien acredite ser parte del convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales podrá pedir al Tribunal medidas cautelares. Del mismo modo ha supuesto la modificación, entre otros, del artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que

la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Vemos como el legislador en los últimos tiempo ha intentado marcar la diferencia entre una y otra figura.

La **conciliación**, es la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no, para la solución del mismo con el fin de evitar el pleito o poner término al ya comenzado. Puede tener o no carácter obligatorio.

En la mediación, las partes tienen un papel más activo, son las mismas partes en conflicto las que construyen por sí mismas la solución del conflicto, lo que genera una mayor propiedad en la solución, teniendo mayores posibilidades de cumplimiento. En cambio en la conciliación, las partes tienen un papel menos activo frente al papel del conciliador, que puede proponer soluciones al conflicto. En cierta forma las partes no elaboran por sí mismas la solución, sino que se ven influenciadas por las propuestas del conciliador.

La mediación, es el ADR de carácter voluntario en el que un tercero, denominado mediador, de forma neutral, imparcial y confidencial, guía a las partes para que sean éstas las que alcancen un acuerdo, careciendo en todo caso de capacidad decisoria sobre el fondo de la situación conflictiva. Tiene carácter voluntario y el mediador precisa de una formación específica, como con más detalle estudiaremos.

El medarb ³³, consiste en un método híbrido, que se inicia con una mediación, en la que se procura que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a su disputa y en caso de que no dé los frutos deseados, se pasa a una

³³ Vid. SAIZ GARITAONAENDIA, A.; "El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras", en *Mediación y solución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, 2013, Tecnos, pág.88-102.

segunda fase de arbitraje, que concluiría con una decisión del árbitro de obligado cumplimiento para las partes. A través de esta vía se evita la principal crítica que recae sobre la mediación, que es que resulte infructuosa por no poner fin al conflicto. A su vez, caben dos posibilidades que la persona que medie y arbitre sea la misma o que, por el contrario, sean dos personas distintas.

Otra forma híbrida³⁴ de resolución del conflicto sería el **arb-med**, donde, a la inversa del método anterior, primero se acude al arbitraje y como siguiente paso a la mediación.

Como SAIZ GARITAONAENDIA³⁵, la realización previa de la fase de arbitraje elimina el problema de la potencial falta de confianza de las partes en el mediador y sus reticencias hacia una mediación con un proceso de arbitraje posterior dirigido por la misma persona. De hecho, considera que la decisión ya tomada puede estimular a las partes para acercar posturas y mostrarse flexibles en la fase de mediación, lo que puede favorecer la consecución del acuerdo, si bien conlleva una inversión de tiempo y dinero.

La negociación, puede ser definida³⁶ como la forma de autocomposición en la que las partes discuten por sí mismas la resolución de su conflicto y controlan el resultado.

³⁴ Respecto de los procedimientos mixtos se encuentran contemplados de forma expresa en la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013, donde se establece que los procedimientos de resolución alternativa son muy variados, tanto en la Unión como en el interior de los Estados miembros. pudiendo consistir en una combinación de dos o más de estos procedimientos. La Directiva debe entenderse sin perjuicio de la forma que revistan los procedimientos de resolución alternativa en los Estados miembros

³⁵ SAIZ GARITAONAENDIA, A.; en “El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos...”,ob.cit.,pág. 93.

³⁶ MORENO CATENA, V.; “La resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos...*,ob. cit., pág. 51.

La actividad destinada a obtener el acercamiento entre partes enfrentadas, ha constituido siempre la primera alternativa que las partes han tenido a su disposición para resolver el conflicto.

Como indica CUVILLO CONTRERAS³⁷, la negociación debe ser un proceso continuo, iniciable incluso antes del conflicto y ha de contribuir a que este no surja o, si surge por causas externas, este se resuelva pronto.

Mini Trial. Bajo esta denominación se alude a la forma de resolución de disputas consistente en una representación oral realizada por abogados ante directivos de empresas en las que se ha suscitado un conflicto y que pretenden llegar a una solución. Es frecuente en asuntos corporativos y entre sociedades comerciales.

Alquiler de un Juez, en Estados Unidos existe esta posibilidad que, a priori, en un país como el nuestro nos resulta lejana. Se trata de un proceso similar al arbitraje, más formal, sin público en el que interviene un Juez retirado y con prestigio por su idoneidad e imparcialidad. Este procedimiento es legal en California y otros Estados norteamericanos, con ligeras variantes, como Kansas, Missouri, Carolina del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur y el Estado de Washington. Permite a las partes de común acuerdo solicitar a la Corte que refiera un caso a un Juez privado, que tendrá plena jurisdicción sobre el mismo y cuya decisión será obligatoria como la de cualquier otra Corte de Justicia. Las sentencias por ellos dictadas admiten ser recurridas ante una instancia superior, como las Cámaras de Apelación. Sin embargo, la principal objeción que se atribuye a esta vía de resolución de conflicto es que constituye un cierto privilegio reservado a aquellos que puedan costearla.

³⁷ DEL CUVILLO CONTRERAS, I. ;“La negociación y la mediación como sistemas de resolución de conflictos. La Directiva 2008/52, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *en Actualidad Civil*, 2010, pág. 5.

El ombudsman, frecuente en los países nórdicos y anglosajones, es un órgano de supervisión de la actuación de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención e incluso resolución de las reclamaciones o quejas que se presenten en el ámbito de su competencia. Emite un dictamen que en determinados ámbitos es vinculante y en otros consultivo. En España esta figura desembocó en el año 1978 en la institución del Defensor del Pueblo.

Como manifestaciones del poder disposición de las partes podemos citar **la transacción**, es el contrato que recoge concesiones recíprocas de las partes de un conflicto, evitando la provocación de un pleito. Definida en el artículo 1809 del Código Civil español (en adelante CC) como *“el contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*. La diferencia principal con la mediación lo constituye el hecho de que en ésta no hay un menoscabo de los derechos en conflicto, pues no hay una cesión de los mismos por las partes. Además la intervención del tercero no constituye requisito de la transacción.

El allanamiento, puede ser definido como una manifestación de conformidad del demandado con la pretensión contenida en la demanda³⁸. A diferencia de la mediación, nos encontramos con un acto unilateral en el que por tanto no podemos hablar de acuerdo de voluntades, además el allanamiento requiere ser ratificado por el Juez en sentencia.

La renuncia, hace perder al actor la acción ejercitada o el derecho en que funda su pretensión, pone término al proceso y evita otro ulterior sobre el

³⁸ STC núm.119/1986, de 20 de octubre.

mismo objeto. Nos encontramos, de nuevo ante un acto unilateral, si bien en esta ocasión del actor, que no de la parte demandada.

El desistimiento, supone un abandono del proceso, pero no del derecho subjetivo material o de la pretensión, que puede plantearse en otro proceso ulterior, por lo que es necesaria la conformidad de la parte pasiva. Pone fin al proceso, pero no al litigio, lo que constituye el objeto de la mediación.

La satisfacción extraprocésal, supone un reconocimiento tardío por parte de la Administración de la pretensión del recurrente que pone fin al litigio mediante auto del Juez.

Son muchas las clasificaciones que se han hecho de los sistemas alternativos de resolución del conflicto, siguiendo distintitos criterios, así:

Algunos autores distinguen entre sistemas que aseguran una solución al conflicto (como la transacción o el arbitraje) y los que simplemente intentan alcanzar un acuerdo sin asegurar el resultado (como la mediación o la conciliación)³⁹.

Otros, distinguen entre aquellos sistemas que requieren la participación de un tercero (como el arbitraje, la mediación, la conciliación o el ombudsman) o aquellos en los que esta participación no es necesaria (como en la negociación o en la transacción).

³⁹ HUERGO LORA, A.; "La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos", en *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 2000, pág. 15.

Otra clasificación es la que distingue entre métodos autocompositivos⁴⁰, como la negociación, la conciliación y la mediación, que se caracterizan por ser las partes las que deciden poner fin al conflicto, frente a los métodos heterocompositivos, como el arbitraje o la vía jurisdiccional, en los que intervine un tercero imparcial cuya decisión, siempre vinculante, impone la solución al conflicto. Esta nota junto con el carácter definitivo de la resolución son las que diferencian los métodos heterocompositivos de los autocompositivos, pues en éstos son las partes las que resuelven el conflicto y de hacerlo, será necesaria la homologación judicial para que el conflicto quede resuelto de forma definitiva.

BARONA VILAR⁴¹, distingue entre cauces jurisdiccionales y extrajurisdiccionales. Los primeros son aquellos métodos institucionalizados y basados en la intervención de los órganos jurisdiccionales, como el proceso o el arbitraje, los segundos son aquellos surgidos al margen del proceso y desarrollados por órganos no vinculados al poder estatal.

Al margen de las clasificaciones, lo más importante, como ya adelantamos, es que los ADR son alternativas al sistema judicial, pero en ningún caso excluyente de éste⁴².

Todas estas alternativas de resolución del conflicto, pueden y deben convivir de forma simultánea, pues no todos los conflictos son iguales, ni tiene la misma intensidad, por lo que dependiendo del conflicto en cuestión será conveniente recurrir a uno u otro sistema, será por tanto imprescindible tener

⁴⁰ MORENO CATENA, V.; "La resolución jurídica de conflictos", en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, editorial Tecnos, Madrid, 2013, págs. 48-50.

⁴¹ BARONA VILLAR, S.; *Solución extrajudicial de conflictos, alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, págs. 167-169.

⁴² En este sentido la Recomendación 98/257/CE, pág. 3, en la misma línea el considerando 14 de la Directiva 2008/52/CE.

en cuenta las necesidades concretas de cada conflicto en particular. Esta es la razón, por la que algunos autores apuestan por el cambio de nomenclatura y en su lugar sugieren se utilice el término de “Gestión Cooperativa de Conflictos” (GCC)⁴³ .

El Juez BRAZIL⁴⁴, afirma que los Tribunales, en cuanto instituciones públicas, tienen la responsabilidad de encontrar el método adecuado de resolución de los conflictos que surjan en la sociedad, que no tiene que ser necesariamente el sistema judicial tradicional.

BRAZIL⁴⁵ considera que a través de su programa de ADR el Tribunal puede acercarse a la gente, y al comprometer algunos de sus recursos al ADR, el Tribunal puede demostrar estar verdaderamente intentando entregar a las partes un servicio ventajoso. Esta manera de relacionarse puede inspirar respeto y gratitud hacia el Tribunal, fortificando el sentido de conexión entre la gente y sus instituciones.

Compartimos con BRAZIL que los Tribunales pueden ayudar a extender y dar a conocer los beneficios de la mediación y del resto de sistemas, lo que reforzará la confianza que en ellos puedan tener los ciudadanos, dada la preocupación de la institución por encontrar la solución más adecuada para las partes.

⁴³ SAIZ GARITAONAENDÍA;A.; “Mediación, Medarb y otra posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, *en Mediación...ob.cit*, pág. 75.

⁴⁴ BRAZIL, cita de Mc DOO, B y WELSH, N; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, *en ADR Handbook for Judges*, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, pág. 7.

⁴⁵ BRAZIL WAYNE D.; *Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role*, OHIO State Journal on Dispute Resolution, Vol. 3, nº 1, 1987.

1.4. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EUROPA

Entre los instrumentos europeos que aconsejan acudir a los sistemas alternativos de conflictos, podemos distinguir entre los dimanantes de la Unión europea y del Consejo de Europa.

1.4.1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Como SOLETO⁴⁶ apunta, a nivel de la Unión europea se ha asentado una idea más amplia de Justicia de la tradicional, focalizada en la satisfacción de los ciudadanos y la calidad de las soluciones que se les ofrezcan y la necesidad de promover la resolución ágil y eficaz de los conflictos para favorecer el mercado común. La inclusión de la resolución de conflictos se ha consolidado en los últimos años al enfocarse como parte del derecho de acceso a los Tribunales, desde el Consejo de Tempere de 1999, y evolucionado en un concepto amplio del derecho a la Justicia.

La Unión europea en su afán por garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, ha mostrado su interés en la creación de procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos, sobre todo, en materia de consumo, destacando su mayor celeridad, menor formalidad en su tramitación y menor coste económico⁴⁷.

⁴⁶ SOLETO, H.: "Presente y futuro de la resolución de conflictos", en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas...*, ob.cit., pág. 34.

⁴⁷ Resolución del Comité Económico y Social C295/9

1.4.1.1. **NORMATIVA UE**

Desde un primer momento se fomentó la utilización de los ADR principalmente a través de dos Directivas: la Directiva 2000/31/CE⁴⁸, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/ 2003 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre del 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, de modificación y adaptación de la normativa comunitaria a la legislación de los seguros privados y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Fruto de una consulta propuesta en el Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴⁹, se publicó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre determinados aspectos de la mediación en materia civiles y comerciales, cuyo objeto es asegurar un mejor acceso a la Justicia y promover el uso de la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias transfronterizas, con vistas a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia⁵⁰.

⁴⁸ No olvidemos, que las Directivas sólo obligan a los Estados Miembros, a los que va destinada a cumplir un resultado en un plazo determinado, quedando a la elección de éstos la forma y medios para su consecución.

⁴⁹ COM 2002, 196

⁵⁰ Considerando 5 de la Directiva 2008/52/CE.

Esta Directiva ha sido el resultado de un largo proceso de debate en el marco de la Unión europea y su objetivo consiste en conseguir “una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”. Abarca los conflictos en los que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás en la fecha en que todas ellas convienen en acogerse a la mediación o en la fecha en que un órgano jurisdiccional ordena la mediación.

Esta Directiva establece cinco pautas sustantivas:

- Obliga a los Estados miembros a promover la formación de los mediadores y garantizar una mediación de calidad. Estimamos que una mediación de calidad puede comportar una justicia de calidad, dándose cumplimiento a uno de los derechos reconocidos a la ciudadanía.
- Si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación podrán adquirir carácter ejecutivo.
- Faculta a todo Juez para invitar a las partes en un conflicto que prueben la mediación si lo considera adecuado a las circunstancias del caso concreto.
- Garantiza el respeto por la confidencialidad en el procedimiento de mediación.
- Garantiza que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio, quedando suspendidos los plazos para interponer una acción judicial durante el procedimiento de mediación. Lo que armoniza con la afirmación anterior de que nos encontramos con alternativas no excluyentes del poder judicial. Sin perjuicio de que resulte necesario regular en detalle los efectos o plazos de la suspensión a fin de evitar dilaciones indebidas e indeseadas.

La Directiva citada excluye de su ámbito de aplicación aquellos asuntos sobre derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente, los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y los que atañen a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su actividad soberana.

El plazo concedido a los Estados Miembros para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Directiva finalizaba el 21 de mayo del 2011, a excepción del artículo 10 sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para la mediación, cuya fecha límite era el 21 de noviembre del 2010.

Por lo que al Estado Español se refiere la trasposición se llevó a cabo a través del Real Decreto-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, convalidado el seis de julio del 2012 por la Ley 5/2012, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, objeto de corrección de errores materiales en el BOE del 16 de marzo de ese mismo año. Esta Ley articula un marco mínimo para el ejercicio de la mediación sin perjuicio de las disposiciones aprobadas por las Comunidades Autónomas.

El pasado 27 de diciembre de 2013, se publicó el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El Parlamento europeo ya adelantaba por primera vez, en su Resolución de septiembre de 2011, que la Directiva sobre la mediación parecía haber producido resultados modestos, un año después, el 11 de diciembre de 2012, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo volvió a manifestar oficialmente la necesidad de facilitar el acceso a los ADR y fomentar la resolución amistosa de los conflictos mediante la mediación.

En respuesta a esta necesidad se ha publicado recientemente un estudio⁵¹ del Parlamento Europeo sobre el impacto de esta Directiva, en el se ha reflejado como la misma, pese a que no ha adquirido aun el uso deseado, ha contribuido a avanzar en el discurso de la mediación en toda Europa.

El Parlamento ha efectuado este estudio con el objetivo de impulsar el uso de la mediación entre los Estados Miembros y ha contado con la participación de 816 expertos de la Unión europea, siendo significativo que la mayoría de las respuestas procediesen de Rumanía, seguida de Grecia, Italia y el Reino Unido, lo que podría indicar⁵² un gran y especial interés en la mediación por parte de esas naciones.

De fecha más reciente, hemos de tener en cuenta la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013, que tendrá que ser aplicada por los Estados miembros antes del año 2016 y pretende impulsar el consumo entre los Estados miembros.

Surge ante la realidad de que, pese a constituir una solución extrajudicial sencilla, rápida y asequible para los litigios entre los consumidores y los comerciantes, la resolución alternativa de litigios no está desarrollada todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión. Las disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros constituyen un obstáculo para el mercado interior y se hallan entre las razones por las cuales muchos consumidores se abstienen de comprar más allá de las fronteras, del mismo

⁵¹ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS *“Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU”*.2014, pág. 6.

⁵² *Ibidem*, pág. 119.

modo, los comerciantes se abstienen de vender sus productos a los consumidores de otros Estados miembros.

Junto con la Directiva 2013/11/UE hemos de tener en cuenta el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n ° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

Son dos instrumentos legislativos interrelacionados y complementarios. El Reglamento (UE) n° 524/2013 establece la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea que ofrece a los consumidores y a los comerciantes una ventanilla única para la resolución extrajudicial de litigios en línea mediante entidades de resolución alternativa que están vinculadas a esa plataforma y que ofrecen la resolución alternativa a través de procedimientos de calidad.

1.4.1.2. **MECANISMOS SOBRE ADR**

De otro lado, en el marco de la Unión europea para facilitar la comunicación y el conocimiento de los ADR, la Comisión Europea creó en el año 2001 la red extrajudicial europea (Red EJE o EEJ_NET) y la red para la solución extrajudicial de litigios transfronterizos en el sector de los servicios financieros (N- NET).

La red extrajudicial europea, ofrece información sobre los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos, como las Juntas Arbitrales de consumo, y facilita la creación de puntos centrales nacionales de intercambio de información con el objeto de crear una red a escala comunitaria.

La red para la solución extrajudicial de litigios transfronterizos en el sector de los servicios financieros, se creó en el año 2001 con la finalidad de intercambiar información entre los sistemas europeos existentes y permitir al consumidor ponerse en contacto con el órgano de gestión de reclamaciones de su país de origen, aún en el caso de que la empresa/profesional denunciado sea extranjero, quién la facilitará la información sobre el sistema de solución de conflicto más adecuado al caso concreto.

Por último la Comisión ha creado una nueva red de resolución de conflictos llamada SOLVIT⁵³, especializada en los casos de aplicación incorrecta de la legislación de la Unión por parte de la autoridades Públicas, los ciudadanos y las empresas de la Unión europea que consideren que se les ha denegado el ejercicio de sus derechos en relación con el mercado único pueden ponerse en contacto con los centros SOLVIT en su Estado miembro de origen o en aquel donde tenga su residencia o desarrollen una actividad económica.

Su objetivo es mejorar la eficacia de las Administraciones públicas europeas y la colaboración con ellas.

SOLVIT es una red de resolución de conflictos en la que los Estados Miembros de la Unión europea, incluyendo Además Noruega, Islandia y Liechtenstein, trabajan en la colaboración para la resolución de forma pragmática y gratuita de los problemas que provoca la aplicación incorrecta de la legislación relativa al mercado interior por parte de las autoridades públicas.

⁵³ http://ec.europa.eu/solvit/site/index_es.htm

1.4.2. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS Y EL CONSEJO DE EUROPA

Por lo que al Consejo de Europa se refiere, en 1998 el Comité de Expertos de Derecho del Consejo de Europa puso de manifiesto los buenos resultados que en materia de mediación familiar demostraba la experiencia de otros países europeos, la de América del Norte, Australia y Nueva Zelanda, lo que dio lugar a una serie de recomendaciones, entre las que se encuentra, las que expondremos a continuación y que como SOLETO⁵⁴, señala persiguen que los Estados miembros centren su atención en la consecución de una Justicia eficaz.

1.4.2.1. RECOMENDACIONES

- Recomendación R (81) 7 del comité de Ministros sobre el acceso a la Justicia que propone incentivar la conciliación de las partes y el arreglo amistoso de las controversias antes de cualquier proceso judicial así como en los procedimientos en curso.
- La Recomendación R (83)7 está orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tienden a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima.
- La Recomendación R (85)11, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso y del derecho penal.
- Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros aboga que la resolución amistosa de las controversias, cualquiera que sea el orden

⁵⁴ SOLETO, H.; "Presente y futuro de la resolución de conflictos", en *Mediación y solución de conflictos. Técnicas...*, ob.cit.,pág.33.

jurisdiccional, se pueda producir antes o durante el procedimiento judicial.

- La Recomendación R (87)18, sobre la simplificación de la justicia penal, recomienda a los gobiernos a potenciar la aplicación de los principios de no criminalización y de intervención mínima. Se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas.
- Recomendación R (94) 12 sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces que consagra como una verdadera obligación judicial, el estimular a las partes para obtener un arreglo amistoso de la controversia.
- Recomendación R (95) 5 sobre la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales que indica a los Jueces que traten de estimular los arreglos amistosos.
- Recomendación R (96) 1 del Comité de Ministros, que sugiere el acceso efectivo de las personas sin recursos a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, como parte del derecho a la justicia gratuita.
- Recomendación R (98) 1, que refuerza el recurso a la mediación familiar.
- Recomendación R (99)19, que tiene como objetivo la mediación penal y su desarrollo.

- Recomendación R (2001) 9, que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas.
- Recomendación R (2002) 10, que refuerza la mediación en materia civil.

1.4.2.2. MECANISMOS SOBRE ADR

Para The European Commission for the Efficiency of Justice, en adelante CEPEJ, la eficiencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia en los Estados Miembros constituye su principal objetivo, por ello, entre sus tareas, se encuentra la de analizar la situación de los sistemas judiciales de los diferentes Estados Miembros, identificar las dificultades que detecten en los mismos, definir caminos adecuados para conseguir su funcionamiento eficaz, prestar a los Estados Miembros la asistencia que puedan precisar para ello e incluso proponer al Consejo de Estado las medidas legislativas que estime oportunas. Con todo ello persigue facilitar la implementación de la mediación.

El CEPEJ, al analizar la situación de los diferentes sistemas judiciales de los Estados Miembros, expuso en sus informes una situación muy heterogénea en lo que toca a los mecanismos ADR y su uso.⁵⁵ la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa acuden a diferentes vías alternativas de resolución del conflicto, mientras que otros Estados miembros no ofrecen ninguna fórmula alternativa de resolución de conflictos, como Azerbaiyán, República Checa y San Marino⁵⁶ (si bien en el caso de la República Checa, tal y como se desprende del reciente estudio del Parlamento europeo⁵⁷, la Ley de

⁵⁵ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej_en.asp

⁵⁶ European Judicial System.2012 Edition. CEPEJ, pág. 131.

⁵⁷“*Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation...*,ob.cit. pág. 79.

Mediación fue adoptada por el Parlamento checo el 2 de mayo de 2012 y entró en vigor el 1 de septiembre de 2012).

En cuanto a ADR en el ámbito administrativo, y como con mayor detalle examinaremos, la situación tampoco es homogénea, así en Francia, en materia administrativa, distinguen una transacción en el curso del juicio “en cours d’instance” y una transacción más allá del juicio “en dehors du juge”. De hecho la prohibición contenida de acudir al arbitraje en materia administrativa en el artículo 2060 del Code Civile cada vez está conociendo de mayores excepciones.

En Alemania el artículo 55 de la ley de procedimiento administrativo ha reconocido la figura del Vergleichsvertrag, del contrato de derecho Público de transacción entre ciudadanos y Administración pública y en su artículo 40 reconoce la posibilidad de acudir al arbitraje en aquellas materias en que las partes tengan disposición sobre las mismas.

En el marco europeo no podemos dejar de hacer referencia a la Asociación Europea de Jueces y Magistrados por la Mediación (GEMME). GEMME⁵⁸ es una asociación constituida al amparo de la Ley de Asociación francesa en 2004, cuyo objetivo es promover, desde la jurisdicción, la metodología de la mediación como instrumento complementario al proceso judicial tradicional, en aquellos conflictos en que una solución mediada pueda garantizar una relación futura viable entre las partes. También persigue promover buenas prácticas en la conciliación judicial y facilitar la cooperación judicial internacional.

GEMME España, en su informe de 1 de abril de 2006, resalta la conveniencia de acudir a la mediación, sobre todo, cuando las partes en

⁵⁸ La sección española se constituyó en el año 2007.

conflicto deban seguir manteniendo algún tipo de relación en el futuro y propone la creación de un Observatorio de mediación intrajudicial.

En este contexto se están constituyendo por todo el territorio español, los Puntos neutro de promoción de la mediación con profesionales jurídicos para el desarrollo de la mediación, en adelante PNPM, como grupos informales de trabajo de personas procedentes de diferentes colectivos del campo del derecho, que surge ante la necesidad de compartir experiencias, compaginar proyectos y establecer estrategias comunes para que la inserción de la metodología de la mediación en el sistema de justicia español se realice en las mejores condiciones de calidad y eficacia. Estos PNPM expusieron sus conclusiones en el III Simposio sobre Tribunales y mediación en España⁵⁹.

⁵⁹ Entre dichas conclusiones, se encuentran:

- 1-. Mantenimiento de los Puntos Neutros de Profesionales de la Mediación.
- 2-. Formación del mediador que integre conocimientos (saberes), habilidades (saber hacer) y actitudes (saber ser, con atención continuada a los principios éticos de la institución) y que identifique ámbitos de especialización.
- 3-. Mecanismos de acreditación solventes, ligados a sistemas abiertos y procurando que no coincidan en una misma persona formador y evaluador.
- 4-. Formación específica para los profesionales jurídicos que acompañen a las partes en la mediación.
- 5-. Difusión y profusión de Protocolos de derivación, con la progresiva relación entre los modelos existentes.
- 6-. Que la Oficina Judicial sea sede efectiva de fomento y derivación a mediación.
- 7-. Fomento de las cláusulas de mediación en los negocios jurídicos de todos los ámbitos posibles (contratos, protocolos familiares, testamentos...).
- 8-. Difusión de la mediación, por todos los mecanismos de marketing imaginados y como acción concreta: mantenimiento de la web www.mediacionesjusticia.com con la utilidad que ha desplegado hasta la fecha.
- 9-. Conocimiento y atención a la mediación on-line, que pese a algunas prevenciones (comprensibles) tendrá una innegable proyección en el futuro, con el soporte de la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) nº 524/2013.
- 10-. La necesidad de que todas las acciones que se realicen para la consolidación de la mediación en nuestro país, se efectúen desde una continuada prudencia.

CAPITULO 2. LA MEDIACIÓN COMO METODO ADECUADO PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS

2.1. DEFINICIÓN

Apostamos por la mediación conectada a los Tribunales puesto que la experiencia norteamericana⁶⁰, nos ha demostrado que de los programas de ADR conectados a los Tribunales, ha sido el sistema que mayor éxito ha obtenido y es el preferido tanto por las partes como por los Abogados.

Como avanzamos, BRAZIL⁶¹ afirma que los programas de ADR conectados con los Tribunales generan un sentimiento de gratitud y confianza de la ciudadanía respecto del Gobierno.

La mediación, en los últimos tiempos está alcanzando un notable reconocimiento, gracias a los resultados satisfactorios que la experiencia de los países de nuestro entorno está demostrando, sin embargo en nuestro país aún es una figura desconocida para el ciudadano e incluso, como veremos, para los diferentes operadores jurídicos. A esta misma conclusión, y en lo que se refiere al ámbito europeo, llega el estudio del Parlamento europeo de 2014.

Partimos de la realidad consistente en la diferente regulación y desarrollo de la mediación entre los países anglosajones y la de los países europeos.

⁶⁰ Mc DOO, B. y WELSH, N.; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, en *ADR Handbook for Judges*, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, pág. 5.

⁶¹ BRAZIL, W.; “Should Court-Sponsored ADR Survive?”, en *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol.21, nº 2, 2006, pág. 251.

La mediación en los países anglosajones se ha desarrollado notablemente⁶², en el resto de Europa el proceso ha sido más lento y desigual. Se ha avanzado rápidamente en países como Francia y Holanda, mientras que en otros, como Italia, su uso es más reciente, en éste último caso, impulsado en gran medida por la crisis económica y su relación con el menor coste económico.

Los últimos estudios del Parlamento europeo⁶³ demuestran que Italia ha sido el país donde se ha llevado a cabo el mayor número de mediaciones, superando las 200. 000 al año, sin embargo como ese mismo estudio refleja el 95% de los encuestados consideran que no existe una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial⁶⁴.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, contiene diversas acepciones de la voz mediar, así:

1. *Llegar a la mitad de algo.*
2. *Interceder o rogar por alguien.*
3. *Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.*
4. *Dicho de una cosa: Existir o estar en medio de otras.*
5. *Dicho de una cosa: Ocurrir entre dos momentos.*
6. *Dicho del tiempo: Pasar, transcurrir.*
7. *Tomar un término medio entre dos extremos.*

⁶² TRIGO SIERRA, E.; “La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012” en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº 32 – 2012, pág. 102.

⁶³ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS “*Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”, 2014, pág.6.

⁶⁴ *Ibidem*, pág.121.

La tercera de estas definiciones es la que más se aproxima al objeto de nuestro estudio.

La Directiva 2008/52/CE, en su artículo tercero, define la mediación como *“un proceso estructurado 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”*, del mismo modo establece que la mediación como modalidad alternativa de resolución de conflictos, permite a las partes volver a entablar el diálogo para encontrar una verdadera solución a su litigio mediante la negociación, en vez de encerrarse en el conflicto y confrontación.

El artículo primero de la Ley 5/2012, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, define la mediación como *aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, cualquiera que sea su denominación*.

Entre muchas de las definiciones aportadas por la doctrina, MEJÍAS GÓMEZ⁶⁵ considera que la mediación constituye una forma pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, pueden resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una situación consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes.

CALCATERRA⁶⁶ sostiene que la mediación es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisonal, busca

⁶⁵ MEJÍAS GOMEZ, J.F.; “Resolución alternativa de conflictos”, en *Cursos sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Consellería de Bienestar Social, Valencia, 1996, pág. 26.

⁶⁶ CALCATERRA, R.; *Mediación estratégica*, Barcelona: 2006, pág. 32.

soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas.

Por su parte, GROVER DUFFY⁶⁷ afirma que consiste en la intervención de un tercero neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver su disputa. Este tercero, mediador, utiliza diversas técnicas para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado para resolver su conflicto.

De las definiciones aportadas, como nota común, podemos destacar la necesidad de actuación de una tercera persona neutral e imparcial, llamada mediador, cuya misión es lograr que las partes por sí mismas consigan buscar la solución al conflicto existente, restableciendo o fomentando la comunicación entre ellas. Pero además, nos encontramos ante un instrumento que implica un mayor control del proceso y del resultado, que mejora la calidad de comunicación entre las partes y que aporta una nueva forma de abordar diferencias en el futuro.

La mediación se presenta como el instrumento idóneo de resolución de conflictos cuando las partes van a seguir manteniendo relación en el futuro, como ocurre en los casos de conflictos de vecindad, pequeñas sociedades, conflicto entre profesionales que trabajan dentro de un mismo ámbito, cuestiones de responsabilidad civil y, sobre todo, en el ámbito familiar. En cuanto al objeto concreto de nuestro trabajo, sólo apuntar el carácter duradero de muchas relaciones existentes entre los ciudadanos y las Administraciones públicas, como por ejemplo en materia tributaria.

⁶⁷ GROVER DUFFY, K.; "Introducción a los programas de mediación comunitaria: pasado, presente y futuro", en *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 52.

No puedo resistirme a citar unas palabras que en la jornada formativa de mediación organizada por el Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales y el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, el pasado 12 de diciembre del 2013 en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una de los asistentes⁶⁸ pronunció: “*el Derecho enseña a vivir y la mediación a convivir*”, traigo a colación esta frase porque me resultó muy gráfica y representativa.

La mediación conlleva un cambio importante de mentalidad, pues como apuntan MUNNÉ y MAC-CRAGH⁶⁹, este proceso se inicia con la creencia de que la persona que está en conflicto ha perdido la capacidad para negociar, sin embargo ésta puede, a través de un proceso de comunicación facilitado por un tercero que no se implica en la solución, llegar a un acuerdo. Resulta muy descriptivo el símil empleado por estas dos mediadoras cuando equiparan la figura del mediador con un oculista que pondrá a las partes, a través del proceso de mediación, unas gafas para su miopía que les impide ver con claridad que ellas mismas poseen la solución a su conflicto.

Lo cierto es que se requiere de un cierto grado de madurez de las partes en conflicto, pues serán ellas las que finalmente resuelvan el conflicto y no las que se sometan a una solución impuesta por tercero. Consideramos que el sueño de toda sociedad civilizada y avanzada es contar con una población madura capaz de dialogar y buscar la vía más adecuada, idónea y pacífica para la solución de sus conflictos y no una sociedad que se acomoda a lo que otros deciden para ella.

⁶⁸ Disculpe el lector por no recordar los datos identificativos del mismo.

⁶⁹ MUNNÉ, M. y MAC-CRAGH, P.; *Los 10 principios de la cultura de la mediación*; Barcelona, 2006, pág.15.

2.2. CLASES DE MEDIACIÓN

Son muchas las clasificaciones que de la mediación se vienen realizando, así:

- Podemos distinguir entre una mediación privada, que es la llevada a cabo por mediadores que prestan sus servicios como profesionales libres a cambio de una remuneración⁷⁰, frente a la pública que se lleva a cabo por mediadores que actúan dentro de un servicio de carácter institucional y administrativo, como integrante de un servicio social y de forma gratuita para las partes en conflicto, si bien el mediador conservará su derecho a percibir la remuneración, pero en este caso por parte de la Administración correspondiente, que no de las partes en conflicto.

También se conocen casos en los que el servicio se presta por mediadores de forma voluntaria y gratuita sin compensación, como ocurre en la unidad de mediación intrajudicial recientemente implantada en Murcia. Consideramos que esta situación debe tener una duración limitada en el tiempo, lo suficiente para promocionar, implantar y estabilizar el servicio. Lo contrario no sólo redundaría en perjuicio del mediador sino de la propia calidad del mismo. No obstante en el ejemplo citado, como compensación se ofrece a los mediadores otras motivaciones como la posibilidad de ganar experiencia, prestigio profesional, obtener una certificación oficial o asumir un compromiso con la sociedad.

- Como en el caso de la conciliación, también cabe distinguir entre mediación intrajudicial y extrajudicial, siendo ésta última la desarrollada

⁷⁰ Del estudio del CEPEJ sobre sistema judicial europeo edición 2012, se desprende que la mediación privada es el principal sistema de mediación en Europa. 31 Estados hacen uso de este sistema de mediación, conforme con los datos recogidos en la pág.134.

al margen del proceso judicial por un tercero no vinculado a la jurisdicción, mientras que la intrajudicial es aquella a la que se accede una vez iniciado el proceso judicial o en el curso de su tramitación (fase de ejecución), bien por remisión del órgano judicial (Juez o Secretario judicial) o por solicitud de las propias partes.

La mediación intrajudicial presenta como problema añadido un mayor nivel de conflicto al encontramos en una fase avanzada del mismo, lo que exige una mayor destreza del mediador en la utilización de técnicas para su solución o manejo.

La mediación extrajudicial es una práctica extendida de una u otra manera en nuestra vida diaria, pues todos en algún momento hemos hecho o necesitado ponernos al frente de un problema para, con la ayuda de un tercero neutral, encontrar soluciones que pudiéramos asumir⁷¹. A su vez, dentro de la extrajudicial podríamos distinguir entre la pre-judicial o la pos-judicial.

- Atendiendo al alcance de la función del mediador, se suele distinguir entre mediación facilitadora (facilitative mediation) o mediación evaluativa (evaluative mediation), en la primera de ellas el mediador se limita a la gestión del conflicto, facilitando la comunicación y consecución de acuerdos entre las partes, pero sin que pueda dar una solución o propuesta de solución a las mismas.

En la mediación evaluativa, lo relevante es la obtención de una solución al conflicto, llegándose a admitir una propuesta de solución no vinculante para las partes.

⁷¹ Seminario Sobre Mediación contencioso administrativa: soluciones prácticas a planteamientos masivos de recursos/unificación de criterios. Enero de 2011, CGPJ.

Los partidarios de la mediación facilitadora argumentan a favor de la no posibilidad de formular propuestas el respeto al principio de neutralidad que en todo momento ha de presidir la actuación del mediador⁷², sin embargo otros autores⁷³ consideran que tal posibilidad es deseable y afirman que dada su experiencia se encuentra en una posición adecuada para ofrecer a las partes propuestas de solución a su conflicto, si bien éstas han de recoger los intereses de las partes y no los del mediador para preservar así el principio de neutralidad.

Lo cierto es que como RISKIN⁷⁴ apunta, la distinción no es tan sencilla, pues la actuación del mediador variará en función del tipo de disputa o transacción.

Compartimos esta afirmación en cuanto que en un procedimiento de mediación es posible que el mediador actúe de una u otra forma atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso y momento concreto, pero siempre respetando los principios básicos de la mediación.

Para RISKIN⁷⁵ la distinción entre mediación facilitadora o evaluativa recae en el uso de las técnicas empleadas, no en las estrategia utilizada. Es decir, la estrategia, en uno y otro caso es la misma, informar a las partes de las ventajas que la mediación ofrece y de las consecuencias

⁷² Esta es la opinión, entre otros, de ALVAREZ MORENO, MT.; "La Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Revista del Poder Judicial*, nº 77, primer trimestre del 2005, pág.249 o de GARCÍA VILLALUENGA, L: *Mediación en conflictos...*,ob.ct., pág. 404.

⁷³ BLANCO CARRASCO, M.; *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid: Reus, 20 págs. 232-233.

⁷⁴ RISKIN, L.; *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the perplexed*, pág. 11.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 26-29.

derivadas del procedimiento de mediación y en su caso, del acuerdo alcanzado o las posibilidades existentes en caso de que éste no se logre.

La distinción radica en las técnicas empleadas en esta estrategia y en el caso de la facilitadora el mediador se abstendrá de efectuar evaluaciones, propuestas o predicciones.

KOVACH y LOVE⁷⁶, no comparten la teoría de Riskin, al considerar que la misma puede generar confusión con otros procesos de resolución de conflictos y afirman que el rol principal del mediador deber ser facilitativo, para lo cual se apoyan en la definición misma de mediación y estiman que ese rol constituye la nota característica de la mediación.

Lo cierto es que el límite entre mediación facilitadora y evaluativa puede ser muy sutil, KOVACH y LOVE⁷⁷, sostienen que en la primera, la responsabilidad de la evaluación por las preguntas formuladas por el mediador debe recaer en las partes, de lo contrario la mediación no favorecería la participación de las partes, principal nota característica de este sistema.

Entre 1992 y 1994 las tres organizaciones de resolución de conflictos más importantes en los Estados Unidos⁷⁸, the American Bar Association Sections of dispute Resolution and litigation(ABA), the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), and the American Arbitration Association(AAA), advirtieron de la necesidad de promover

⁷⁶ LOVE, L. y KOVACH, K.; "Mapping Mediation: the Risk of Riskin's Grid", *Harvard Negotiation Law Review*, VOL. 3, págs.76-77.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 81.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 84.

un modelo uniforme para la mediación y, por lo que al debate mediación facilitadora-evaluativa se refiere, se posicionaron a favor de que los mediadores no aconsejasen a las partes.

2.3. MECANISMOS PARA INCENTIVAR LA MEDIACION

En el marco europeo son diversos los mecanismos empleados por los Estados miembros para potenciar el uso de la mediación, entre ellos:

- En algunos países se incentiva el recurso a la mediación mediante la reducción o exención de la tasa judicial y/o de las costas.

Así, en Bulgaria las partes pueden recibir un reembolso de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los Tribunales si lo resuelven mediante mediación⁷⁹.

En Rumania y Hungría se contempla el reembolso total de las costas judiciales.

En Italia todos los acuerdos alcanzados mediante mediación quedan exentos de tasas y costas.

En Eslovenia las partes que de forma irrazonable rechazan el uso de la mediación podrían asumir los costes de los procedimientos judiciales, con independencia del resultado de la controversia⁸⁰.

⁷⁹ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS *“Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU”*. 2014, pág 23.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 63.

Por lo que respecta a España el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, amplía los supuestos de devolución al establecer que “ *Se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio*”. En relación con las costas el artículo 395 de la LEC a propósito del allanamiento del demandado y de la imposición de costas, entiende que ha habido mala fe, cuando con carácter previo al proceso judicial se hubiera iniciado un procedimiento de mediación.

Por su parte la reciente Directiva 2013/11/UE, recomienda que los procedimientos de resolución alternativa sean, preferiblemente gratuitos para el consumidor. En caso de que se cobren costas, tales procedimientos deben ser accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores. Con tal propósito, las costas no deben exceder una cuota mínima.

- Algunos países, como incentivo de la mediación establece que el Juez podrá deducir argumentos de prueba en el eventual proceso posterior contra aquellas partes que hayan rechazado la propuesta del mediador sin justificación, tal es el caso de Italia.
- Otros países, han impuesto acudir a mediación con carácter obligatorio antes del proceso judicial.

Italia utiliza esta vía en su legislación en el momento actual⁸¹.

En el caso de Inglaterra, entre las medidas para fomentar la mediación se ha establecido con carácter obligatorio la sesión informativa.

Respecto de este incentivo señalar que la posición de los Estados miembros ha ido cambiando con el paso del tiempo, como se desprende de la lectura del informe del Parlamento europeo, si bien en un primer momento los Estados eran reacios a la introducción de cualquier elemento obligatorio en mediación, hoy parecen estar la mayor parte de acuerdo en que la introducción de estos elementos obligatorios puede constituir el mejor incentivo para promover el uso de la mediación. Volveremos sobre ello al abordar del principio de voluntariedad, de entre los que debe regir el procedimiento de mediación.

- Incentivos financieros, como en los casos de Bulgaria y Rumania. En el primero de estos países, su uso se ha visto contribuido también por el interés demostrado por el ordenamiento jurídico búlgaro y a que el Centro de Solución de Conflictos vienen prestando desde 2010 servicios gratuitos de mediación e información a las partes implicadas en un proceso judicial en curso.

Respecto a Rumania, se ha creado el Consejo de Mediación, autoridad nacional para la práctica de la mediación, con estatuto de órgano jurídico autónomo, y que tiene entre sus cometidos la promoción de la mediación y el control de la calidad.

- Multas por temeridad o mala fe. En el III Simposio Tribunales y Mediación en España se recomendó la imposición por parte de los

⁸¹ Vid. La Ley 68/2013 y *“Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its ...ob.cit. pág.186.*

órganos judiciales de las multas o sanciones por temeridad o mala fe previstas en las diferentes leyes procesales, con lo que se evitaría también un uso abusivo de la justicia o, dicho de otro modo, un “mal uso” del acceso a la misma.

Sin embargo, del estudio del Parlamento citado puede extraerse la conclusión de que si bien algunos Estados miembros apoyan este tipo de medidas, carece de amplia popularidad en todo el espectro de los Estados miembros de la Unión europea⁸².

- El estudio del Parlamento europeo refleja que la mayoría de los Estados consideran que tendría un impacto positivo la medida consistente en la creación de una Agencia de Resolución de Disputas de la Unión europea para promover la mediación⁸³.
- Creemos, por lo que a nuestro país se refiere, que un incentivo que puede impulsar el recurso a la mediación es mostrar los resultados que ofrecen los diferentes proyectos piloto que se han ido implementando a lo largo de todo el territorio. Sobre el control de calidad volveremos en la parte especial objeto de estudio.

En nuestro ordenamiento jurídico son muchos los autores que ponen de manifiesto las ventajas que derivan de la utilización de la mediación como instrumento de resolución de conflictos, ventajas que constituyen también un atractivo para acudir a la mediación y potenciar su utilización, así CALCATERRA⁸⁴ destaca “la propiedad de equilibrar el poder entre las partes

⁸² *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its impl...*, ob.cit., pág.146.

⁸³ *Ibidem*, pág.159.

⁸⁴ CALCATERRA, R.A., “La Mediación como proceso grupal”, 12º Congreso Internacional de Psicoterapia de Grupo, *Los Grupos en el Umbral del Nuevo Siglo, trabajo presentado en el Foro Área Comunidad, Buenos Aires, 1995.*

estableciendo condiciones óptimas para lograr negociaciones exitosas y acuerdos duraderos, lo que se traduce en una disminución del índice de la litigiosidad y aumento de la paz social. Continua afirmando que los procesos de resolución por consenso como la mediación, pueden ofrecer cambios en diferentes niveles:

- En el nivel de la comunicación, que se ve favorecida y facilitada.
- En el nivel de la estructuración de los datos de la realidad externa.
- En el nivel de la disposición y el empeño personal hacia la búsqueda de soluciones integrativas del interés grupal por encima del interés individual y excluyente del de los demás.
- Su bajo coste.
- La consideración o respeto por los valores, intereses y necesidades de las partes la convierten en una alternativa posible de descarga de trabajo a los Tribunales.
- Se presenta como una vía que ofrece mayor privacidad a las partes”.

En la misma línea, OTERO PARGA⁸⁵, señala varias razones a favor de la mediación como vía alternativa a la judicial para la “composición de conflictos”, así:

- Alega razones de economía de costes.

⁸⁵ OTERO PARGA, M.; “Ventajas e inconvenientes de la mediación”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007,pág.47.

- Razones que inciden en el adecuado ejercicio de los derechos: como la de potenciar la capacidad de las partes para intentar la solución de sus conflictos sin intervención del Estado elevando así la creatividad de las mismas, incrementa la libertad de las partes que como único límite tienen las disposiciones legales, la mediación además permite la renuncia al proceso en cualquier momento y fomenta la responsabilidad de las partes.
- Razones que se refieren a la efectividad de la fórmula utilizada, como la facilidad de aplicación, mayor respeto a las partes involucradas, facilita la socialización del conflicto, así como el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Como FRÁBEGA RUIZ⁸⁶, indica la mediación constituye una forma de cumplir el precepto constitucional por el que se establece el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, ya que no hay mejor fórmula de participar cuando el conflicto nos afecta directamente. Esta afirmación casa perfectamente con la redacción del apartado primero del artículo 23 de la Constitución con el que comenzamos nuestra exposición.

Consideramos que el acceso a la Justicia no sólo refiere al acceso al proceso judicial, sino que comprende cualesquiera otras de las fórmulas alternativas de resolución del conflicto siempre que sea adecuada a éste y, en concreto, el acceso a la Justicia se obtiene dando la posibilidad al ciudadano de resolver sus conflictos a través del procedimiento de mediación y ello porque entre las definiciones de la palabra Justicia contenidas en el Diccionario

⁸⁶ FÁBREGA RUIZ, C.F. Y HEREDIA PUENTE M.; “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, publicado en *Bajo Estrado, Revista del Colegio de Abogados de Jaén*, pág.3.

de la Real Academia de la Lengua Española se encuentra la de “*Derecho, razón, equidad.*” No hay mayor equidad que la que se consigue a través del procedimiento de mediación en el que las partes tienen el poder de decisión sobre su conflicto o disputa.

Pese a las notas positivas citadas, resulta llamativo el desconocimiento general de esta figura, no sólo por parte del justiciable sino también de muchos profesionales, lo que hace necesario, además de una normativa que regule de forma clara y global la mediación, una campaña informativa promovida por las Administraciones públicas, evidenciando que es más probable que los acuerdos resultantes de una mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes para el futuro.

Como DI STEFANO⁸⁷ manifiesta “a un mayor conocimiento y familiaridad con la mediación corresponde un progresivo cambio cultural de la colectividad, que se traduce en una futura elección voluntaria de la mediación, sin que sea necesaria una derivación por parte del Tribunal”. En este punto, coincidimos con el autor en que un conocimiento adecuado de la mediación contribuiría a que las partes acudieran de forma voluntaria a ella, aunque consideramos que esa labor de derivación y asesoramiento por parte del Tribunal, o mejor del servicio común correspondiente, debe continuar existiendo. Sobre este punto volveremos en un momento posterior.

2.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN

La mediación se rige por unos principios que el lector debe conocer, y que exponemos a continuación.

⁸⁷ DI STEFANO, L.; “Mediación conectada con los Tribunales: estructuración y principio que regulan su funcionamiento”, en *Mediación...*, ob.cit., pág. 292.

Uno de los principios básicos de la mediación lo constituye su **voluntariedad**, lo que la distingue del proceso judicial, en el que se da la presencia de un tercero sobre las partes, obligándolas o instándolas a hacer valer sus derechos, que terminará dictando la resolución correspondiente. En mediación las partes son libres de acogerse o no a ella, así como de poner término a la misma sin necesidad de justificación alguna.

Para que este principio se cumpla será necesario que las partes cuenten con información suficiente sobre la mediación, el procedimiento, sus consecuencias, sólo así quedará garantizada la libertad de elección. Información que deberá suministrarse de forma cauta y realista para evitar expectativas que luego no puedan ser cumplidas, lo que redundaría en detrimento de la mediación.

Consideramos que la voluntariedad comprende el derecho de las partes a la libre elección del mediador. En el caso de la mediación intrajudicial somos conscientes de la dificultad de conjugar ese derecho de las partes con la propia estructura y funcionamiento de los órganos judiciales. Sin embargo, en la medida en que los medios lo posibiliten, somos partidarios de un modelo en el que las partes que no hubieran alcanzado ningún acuerdo al respecto, auxiliadas por el Secretario judicial y los funcionarios del servicio, sección, equipo o unidad de mediación, tuvieran esa facultad de elección de entre los mediadores que figurasen en las listas correspondientes y que hubieran superado un proceso previo de selección dirigido por el Secretario judicial. Atribuir participación a las partes en el proceso de selección del mediador constituye el primer paso en el trabajo colaborativo para la resolución del conflicto, afirman muchos autores⁸⁸.

⁸⁸ Mc DOO, B. y WELSH, N.; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, en *ADR Handbook*

En esta línea, podemos citar a título ejemplificativo el caso de Holanda, donde la elección corresponde a las partes, siendo ayudadas, de precisarlo, por funcionarios que les informan sobre los diferentes perfiles, de forma que resulta más sencillo elegir el mediador idóneo para el caso concreto.

Aún cuando hablamos de voluntariedad, debemos distinguir entre el intento de mediación (sesión informativa) y el procedimiento de mediación propiamente dicho, éste último nunca puede imponerse pues el derecho a resolver el conflicto fuera de los cauces procesales es una opción de las partes que el legislador no puede imponer, sin embargo si podría establecerse con carácter obligatorio el intento de mediación y consideramos que en el panorama actual europeo contribuiría a la implantación de la mediación conectada con los Tribunales.

Como adelantamos, el Parlamento Europeo en el estudio⁸⁹ sobre el impacto de la Directiva 2008/52/UE, puso de manifiesto que, pese a que han resultado probados los beneficios de la mediación en asuntos civiles y comerciales, todavía se utiliza en menos del 1% de los casos en la UE, por ello, los expertos concluyen que la introducción de elementos obligatorios en la mediación podría ser la única manera de hacer que la mediación finalmente se incorporara de lleno en los Estados Miembros.

Lo cierto es que la situación actual demuestra que en la mayoría de los países la utilización de la mediación depende de la voluntad de las partes, así

for Judges, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, pág.27.

⁸⁹ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS *"Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU"*.2014, pág.3.

ocurre en Austria, Francia, Grecia, Alemania, Países Bajos, Polonia, Reino Unido⁹⁰.

El 50% de los encuestados consideraron que impulsar una medida legislativa que estableciera con carácter obligatorio la sesión informativa podría tener un impacto positivo para fomentar la utilización de la mediación y el 25% consideraba adecuada la medida de conceder a los jueces la facultad de ordenar a los litigantes acudir a la mediación.

Los expertos vinculan el éxito de la mediación a su carácter obligatorio y citan como ejemplo el caso de Italia, donde los datos demuestran que en el periodo comprendido entre octubre 2012 a septiembre de 2013, en que dejó de ser obligatoria, allí el número de mediaciones cayó significativamente. Por ello los Estados consideran que los elementos obligatorios de mediación pueden contribuir a fomentar su utilización.

Los sistemas totalmente voluntarios requieren de una cultura, de la que nosotros carecemos en la actualidad, han demostrado su éxito allí donde se posee una formación y cultura suficiente en mediación, contando con el esfuerzo y colaboración de los órganos judiciales, como es el caso de Michigan, donde el apoyo de la actividad judicial, junto con la estructura administrativa han sido la clave del éxito de los programas de ADR, señalan Mc DOO y WELSH⁹¹.

La neutralidad, es otra característica propia de la mediación e implica para el mediador el respeto por los valores de las partes y ausencia de influencia de

⁹⁰ *Ibidem*, págs.18-32.

⁹¹ Mc DOO, B. y WELSH, N.; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, en *ADR Handbook for Judges*, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, pág. 15.

los suyos propios. La neutralidad del mediador es presupuesto necesario para garantizar un proceso justo.

Para CALCATERRA⁹² un buen mediador es aquel “que puede suprimir sus propios sentimientos y aún así alentar a otros, permanecer frío pero brindar apoyo, conservar la objetividad pero determinar el curso de la sesión. La labor mediadora en este punto, ha de ser prudente, si bien su postura no debe ser meramente pasiva sino que ha de buscar y aconsejar soluciones al conflicto sin anticipar la posible solución del juicio, no puede juzgar el fondo del asunto, si bien ha de tener una actitud activa propia de un conciliador”.

La neutralidad entronca con el debate surgido sobre la distinción entre mediación facilitativa y evaluativa a que nos referimos en el apartado relativo a las clases de mediación.

La imparcialidad, supone un requisito más para el mediador y que requiere de la ausencia de relación con las partes en conflicto e igualdad de trato para las mismas, éstas han de estar en igualdad de condiciones para la negociación.

El requisito de igualdad constituye el motivo por el que muchos excluyen la mediación en materia de violencia de género, sobre este punto volveremos en el epígrafe dedicado a la mediación en el orden procesal penal.

Lo que sí es cierto es que el mediador debe impedir que las partes estén condicionadas por el discurso del que intervenga en primer lugar, evitando en todo momento un discurso dominante.

⁹² CALCATERRA, R.A.; *La mediación como...*, ob.cit., pág. 45.

La imparcialidad impide que el mediador pueda participar en un procedimiento de mediación si tiene (o ha tenido) parentesco o intereses en común con una de las partes, o si se encuentra relacionado más estrechamente con una que con la otra, pues esto perjudicaría su imparcialidad y objetividad a la hora de conducir el procedimiento. Del mismo modo entendemos debería abstenerse de haber tenido una relación de enemistad con cualquiera de ellas.

La reciente Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013, con el fin de asegurar que no existan conflictos de intereses, establece que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios deben revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar a su independencia e imparcialidad o dar lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes en el litigio cuya resolución se les solicite.

En términos similares se contiene esta previsión en el artículo 13 de la Ley 5/2012, donde se establece que en todo caso, dichas circunstancias concurren cuando el mediador tenga alguna relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, interés directo o indirecto en el resultado de la mediación o cuando el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

La confidencialidad, implica una obligación para el mediador, que debe guardar secreto de lo que acontece durante el procedimiento de mediación incluso una vez finalizado el proceso mismo, pero también constituye una obligación para las partes, obligándolas a renunciar a proponer al mediador como perito o asesor en un eventual proceso.

Esta afirmación puede ser objeto de excepciones, como en los casos en los que las partes lo consientan expresamente, o cuando la información no sea personalizada y se use con fines de formación, investigación o estadística⁹³ o en los casos de riesgo para la vida o integridad física o psíquica de las personas.

El deber de confidencialidad constituye una de las cuestiones más delicadas de la mediación, pues no existe en España una Ley general de defensa del secreto profesional, a salvo que lo exija la profesión de origen del mediador, como en el caso de los Abogados. Por lo que resulta aconsejable suscribir un contrato de confidencialidad entre las partes y el servicio de mediación.

La confidencialidad es causa de muchos problemas por lo que deberán ser los Colegios de mediación correspondientes los que deberán cuidar la ética de sus profesionales.

La Ley 5/2012, dedica el artículo 9 a regular el requisito de la confidencialidad, y extiende la obligación de su observancia al mediador, las partes y a las instituciones de mediación, impidiéndoles declarar o aportar la documentación derivada de un procedimiento de mediación en un proceso judicial o arbitraje. Si bien entre las excepciones a esta regla se encuentran:

- La voluntad de las partes, exigiendo que conste de manera expresa y escrita.
- Por resolución judicial motivada del orden jurisdiccional penal.

⁹³ En esta línea el artículo 13.3 de la Ley 1/2001 de 15 de marzo de Cataluña, el artículo 9 de la Ley 7/2001 de 26 de noviembre de Valencia, entre otras.

La Directiva 2008/52/CE, garantiza la confidencialidad de la mediación, al establecer que *las informaciones y proposiciones presentadas por las partes no podrán ser utilizadas en su contra en el curso de un proceso judicial posterior*. Esta característica permitirá que las partes se sientan más libres para relatar lo sucedido y su percepción del problema.

Del mismo modo la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013, incorpora la necesidad de que durante el procedimiento de resolución alternativa deben respetarse en todo momento la confidencialidad y la privacidad, así como cumplir las normas sobre protección de datos personales establecidas en las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros adoptadas con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En el Derecho comparado también existe una preocupación por la confidencialidad como se desprende del estudio llevado a cabo por el Parlamento europeo⁹⁴.

En el artículo 18 de la Ley de mediación austríaca se establece esta obligación para el mediador registrado, pero no para las partes, en cuyo caso, se aconseja firmar el correspondiente contrato entre las mismas.

⁹⁴ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS "*Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*".2014, págs. 17 y siguientes.

En el caso de la legislación búlgara queda garantizada la protección de la confidencialidad de mediación, incluso antes de la aplicación de la Directiva y esta obligación alcanza tanto al mediador como a las partes. El Código civil expresamente establece que los mediadores pueden negarse a testificar sobre un conflicto en el que han mediado, si bien recoge determinadas excepciones como las derivadas de un proceso criminal o razones de orden público.

El nuevo decreto francés establece que los procedimientos de mediación serán confidenciales, salvo que las partes acuerden lo contrario.

En Alemania, se exige al mediador confidencialidad, aunque este requisito está sujeto a algunas excepciones, por ejemplo, por razones imperiosas de interés público o cuando resulte necesario para asegurar la protección de los mejores intereses de los niños o para evitar daños a la integridad física o psíquica de una persona. En contraste, la legislación no requiere que las partes u otras personas involucradas en el proceso de mediación deban mantener confidencialidad. Dicha confidencialidad, en su caso, debería ser acordada por las partes antes de la mediación con el fin de tener efecto. Si bien, todos los mediadores están exentos de la obligación de declarar en el juzgado o en el arbitraje las partes pueden liberar al mediador de esta exención para casos civiles.

Cuando se trata de la confidencialidad, el legislador neerlandés ha decidido optar por una protección limitada, es decir, se concede la confidencialidad sólo a los derechos y obligaciones voluntarias acordado entre las partes.

En Polonia, constituye básicamente una obligación del mediador, lo que viene siendo la tónica general en los países de la Unión.

En Rumania, la Ley de Mediación exige que esta responsabilidad de garantizar la confidencialidad está incluida en el contrato firmado por las partes y el mediador antes de que comience la mediación.

Del estudio citado, podemos concluir que la confidencialidad prácticamente está garantizada en todos los Estados miembros.

Profesionalidad, la mediación requiere de un tercero suficientemente formado que asista a las partes en la solución de su conflicto. Sobre la formación necesaria para desarrollar esta función volveremos cuando analicemos el papel del mediador.

Carácter personalismo de la mediación, que exige la asistencia personal de las partes y del mediador, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios.

VILALTA⁹⁵ cita otro principio de necesaria observancia, el de **legalidad**, al considerar que tiene su fundamento en el respeto necesario a los derechos fundamentales, libertades públicas, orden público y garantías de protección de determinados derechos a través de normas imperativas en los ordenamientos jurídicos. Este es un principio implícito, pero que a nivel europeo ha estado expresamente reconocido en diversas Recomendaciones⁹⁶.

⁹⁵ VILALTA, A.; “Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación”, en *Material del Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, pág. 42.

⁹⁶ Recomendación (2001)9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas y la Recomendación (2002) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación en materia civil.

La flexibilidad, que permita adaptar la mediación a las circunstancias concurrentes en cada caso, es otro de los principios que examinaremos al estudiar el procedimiento propiamente dicho.

Principio de buena fe, lealtad y respeto mutuo, principios que deberán estar presentes en la actuación de todos los participantes en el procedimiento de mediación.

Transparencia. Al comienzo de nuestra exposición anunciamos que uno de los objetivos perseguidos por la mediación es contar con un sistema de justicia de calidad, calidad que está íntimamente ligada a la transparencia, puesto que la transparencia genera confianza en el ciudadano, en cuanto que le permite tomar conocimiento de las decisiones que les afectan.

La Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013, establece que la aplicabilidad de determinados principios de calidad a los procedimientos de resolución alternativa refuerza la confianza en dichos procedimientos, tanto por parte de los consumidores como de los comerciantes y añade que las entidades de resolución alternativa deben ser accesibles y transparentes.

Por lo que a los conflictos con la Administración se refiere, el Apéndice de la Recomendación R (2001) 9, exige transparencia también en el uso de los sistemas alternativos.

En nuestro país hasta el momento contábamos con normas sectoriales en materia de transparencia, pero lo cierto es que eran insuficientes, lo que ha motivado que el pasado 10 de diciembre de 2013 se publicase en el BOE la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información

pública y buen gobierno⁹⁷, que como se señala en su Exposición de motivos, constituye el eje fundamental de toda acción política y favorece el crecimiento y desarrollo social.

Su pretensión radica en extender su ámbito de aplicación a todas las Administraciones Públicas, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, en la medida en que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, así como a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades Públicas. En relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo, la Ley se aplica también a las Corporaciones de Derecho Público, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Tribunal Constitucional y al Consejo General del Poder Judicial, así como al Consejo de Estado, al Defensor del Pueblo, al Tribunal de Cuentas, al Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas.

También afecta a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades mencionadas sea superior al cincuenta por ciento, a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades a las que se ha hecho referencia. Por último, las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones de

⁹⁷ El informe emitido por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) contiene la afirmación de que una economía competitiva exige unas AA.PP. modernas, transparentes y ágiles. Necesita un sector público libre de solapamientos, duplicidades y gastos innecesario, volcado al servicio de ciudadanos y empresas, y equiparable a los sistemas más eficaces de nuestro entorno.

esta Ley. Esta obligación se impone además a los adjudicatarios de contratos del sector público.

Esta Ley contempla las nuevas tecnologías como instrumento adecuado para garantizar la transparencia, haciendo referencia expresa a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, con la que se persigue la implantación de una cultura de transparencia que impone la modernización de la Administración, la reducción de cargas burocráticas y el empleo de los medios electrónicos para la facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información. Sin dejar a un lado el merecido respeto al derecho a la protección de datos personales, la Ley establece los mecanismos necesarios para lograr un equilibrio entre este derecho y el de acceso a la información.

Esta normativa es un paso más en el cambio de modelo de Administración Pública que nos exige la Unión europea y las necesidades sociales. En lo que toca a la relación con la mediación, precisamente la transparencia es requisito *sine qua non* para que las partes puedan alcanzar el equilibrio necesario en un procedimiento de mediación.

2.5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación responde a unas reglas o pautas de comportamiento, pero a su vez se caracteriza por su flexibilidad, permitiendo a cada mediador la búsqueda de la mejor solución posible, adaptada a las circunstancias de cada caso concreto, en especial atendiendo a las circunstancias de las partes y a la naturaleza del conflicto, lo que constituye una enorme ventaja frente a la rigidez general del proceso judicial, aunque esta rigidez varíe en función del orden jurisdiccional en el que nos encontremos.

Como SOLETO⁹⁸ apunta, frente a la necesidad de regulación del proceso tradicional y a la aplicación de los principios tradicionales, en el ámbito de la mediación es aplicable el principio de adecuación, flexibilidad, mínima regulación y protección de los participantes en el procedimiento.

La flexibilidad del procedimiento de mediación se encuentra íntimamente ligada a la nota de voluntariedad, que concede a las partes la posibilidad de elegir la forma concreta en que se desarrolle el procedimiento de mediación, tras las indicaciones del mediador y respetando una estructura básica.

Esta estructura básica requiere de una derivación o solicitud para acudir a mediación, una sesión informativa, una sesión constitutiva y una o varias sesiones de mediación en sentido estricto, así como la terminación del procedimiento de mediación.

Pero lo cierto es que como SOLETO⁹⁹ señala la maravilla de la mediación es precisamente la capacidad de adaptación de su estructura a las necesidades y voluntad de los participantes en cada caso, *“la mediación se adapta al medio”*.

Tradicionalmente se conocen tres corrientes o escuelas, que difieren en cuanto al modo en que se desarrolla el procedimiento de mediación, aunque esta división es muy controvertida entre la doctrina y los prácticos¹⁰⁰:

⁹⁸ SOLETO, H.; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos Penales José María Lidón, Deusto, 2013, pág. 106.

⁹⁹ SOLETO, H.; “El procedimiento de mediación”, en *Mediación y resolución...*, ob. cit., pág. 261.

¹⁰⁰ Estas corrientes deben relacionarse con la idea, anteriormente expuesta, de los estilos de mediador defendidos por Riskin.

- **La escuela tradicional-lineal de Harvard:** Toma su nombre de Harvard Negotiation Project, procedente de la facultad de Derecho de Harvard, previsto inicialmente para la negociación bilateral en política internacional y más tarde se extendió al sector de la economía y del derecho.

Su característica es entender la mediación como una técnica de negociación asistida por terceros, con la finalidad de resolver conflictos. Se centra en la metodología como principal objetivo para alcanzar un acuerdo. Su meta es alcanzar intereses negociables partiendo de posiciones contrapuestas.

La escuela de Harvard a partir de la negociación colaborativa inicia el camino de técnicas para el manejo del procedimiento de mediación.

Para esta escuela el conflicto parte de posiciones enfrentadas. La posición es la primera solución que cada uno expone para terminar con el conflicto y la posición de cada uno suele ser egoísta y no tiene en consideración las necesidades del otro. El interés es aquello que da sentido a las posiciones de cada una de las partes. Esta escuela afirma que si somos capaces de salir de la posición y bajar a los intereses empezamos a trabajar con la relación y con la comunicación, que son dos de los elementos esenciales del proceso de mediación. Al conjunto de posibilidades que pueden solucionar el conflicto desde la colaboración serían las denominadas opciones de acuerdo. Esta corriente propone que estas opciones se contrasten con el BATNA o MAAN (Best alternative to a negotiated agreement/ mejor alternativa a un acuerdo negociado), que vendría a ser lo mejor que cada parte podría hacer por separado, si entre ellos no llegan a un acuerdo.

Conocidas las opciones de acuerdo y el MAAN, las partes habrán de valorar cual es la solución más conveniente para ellos, si llegar a un acuerdo negociado o por el contrario no llegar a este acuerdo y escoger el MAAN.

- **La escuela circular-narrativa**, se centra en el reconocimiento del conflicto a través de un intercambio de información que fomente la reflexión del sistema que muestra el conflicto, trabaja el individuo como parte de un sistema. Entre sus seguidores se encuentran Sara Coob y Marinés Suares. Su meta es modificar las narraciones para llegar a modificar la percepción de la realidad. Es un modelo que procede de la lingüística y del construccionismo social. Para CALCATERRA¹⁰¹, el mediador tiene como tarea la reconstrucción del conflicto y la co-construcción de una nueva narrativa que conduzca a las partes a tomar decisiones responsables que podrán o no implicar poner fin a la disputa. La información que utiliza el mediador es elemento clave para el manejo estratégico del conflicto. CALCATERRA¹⁰², afirma que el acopio de datos, su categorización y ordenamiento, que es el proceso inteligente de su procesamiento, constituye el paso previo ineludible para la integración y el empleo de los mismos, que es la estrategia. El objeto del procesamiento inteligente no es sino la reducción de la incertidumbre, resulta decisivo para definir, analizar el problema y proponer alternativas al mismo.
- **La escuela transformativa**, persigue transformar el conflicto, las relaciones y los individuos y provocar cambios sociales. Pioneros de esta escuela son Folguer y Busch. Su meta es cambiar no solo las

¹⁰¹ CALCATERRA, R.A.; *La mediación como...*, ob.cit., pág. 43.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 65

situaciones, sino también a las personas. Es un modelo mayoritariamente utilizado en el ámbito de la mediación escolar.

Lo que es cierto es que ni las leyes ni la práctica real exigen una estructura definida de la mediación, aunque sí que concurren en ella los principios que le son propios, por ello compartimos la opinión de SOLETO al afirmar que la flexibilidad y adaptación a las circunstancias del caso concreto constituyen una de sus principales cualidades.

2.5.1. LA MEDIACIÓN Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Dentro del marco de flexibilidad que caracteriza a la mediación y fruto de los avances tecnológicos¹⁰³, destaca la posibilidad de desarrollar el procedimiento a través de medios electrónicos, posibilidad contemplada en el artículo 24 de la Ley 5/2012.

La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 16 de abril del 2002 como Proposición no de ley, señalaba en su preámbulo, que en los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados.

¹⁰³ Posibilidad recogida de forma expresa en la Directiva 2008/52/ CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, al establecer en su considerando 9, que *la presente Directiva en modo alguno debe impedir la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación.*

Cabe afirmar rotundamente que la Administración de Justicia no puede quedar al margen del desarrollo tecnológico. Como señala ABA CATOIRA¹⁰⁴ por todos es conocido el entramado normativo que se ha ido tejiendo en la construcción de la Sociedad de la Información, normas de rango legal y numerosas normas de rango inferior se suceden sin clarificar u ordenar la situación en demasiadas ocasiones. El ritmo trepidante de cambios tecnológicos se traduce en una sucesión normativa que demuestra, que la realidad va por delante de la norma. Ya en la Ley Orgánica del Poder Judicial se contemplan expresa o tácitamente las innumerables ventajas que aportan las nuevas tecnologías para la actividad jurisdiccional, siendo, sin duda, su artículo 230 la clave de bóveda. Entre las ventajas ofrecidas se encuentra la agilidad, la reducción de costes y tiempos y la flexibilidad.

Vemos que las nuevas tecnologías, al igual que la mediación, pretenden dotar de eficiencia y calidad a la Administración de Justicia.

Respecto a la situación española, desde la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, se está efectuando una apuesta importante por la incorporación de las nuevas tecnologías que permitan dar un mejor servicio al ciudadano en su demanda de tutela judicial.

La modernización de la Administración de Justicia y su acercamiento a los ciudadanos se diversifica en cinco metas fundamentales, metas que en el ámbito de la mediación también deberían estar presentes:

- Facilitar el acceso a la información judicial a ciudadanos y profesionales.

¹⁰⁴ ABA CATOIRA, A.; *La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas* (realidad y futuro de la administración de justicia. la aplicación de las TICS), 2009, pág. 5.

- Incrementar la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia mediante el despliegue de los sistemas de información procesal (gestión, información y documentación).
- Mejorar la calidad del servicio.
- Coordinar a todos los interesados a través de sistemas estándares y compartidos.
- Favorecer la comunicación entre las distintas instancias y operadores jurídicos, garantizando la interoperabilidad de los sistemas de información y comunicación.

En este sentido juegan un papel importante la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los ciudadanos a los servicios públicos y la Ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que ha pretendido adaptar la primera a las características específicas de la Administración de Justicia. El dictado de esta última Ley se justifica por diversas razones¹⁰⁵:

- La Administración de Justicia se enmarca en un poder del Estado, el Judicial, distinto del Poder Ejecutivo que integran las Administraciones públicas.
- La Administración de Justicia debe satisfacer un derecho fundamental, la tutela judicial efectiva, que a su vez es clave para sostener el Estado de Derecho.

¹⁰⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, E. J.; *Evolución en la función del Secretario judicial: del PC a las TIC. análisis de la ley 18/2011*, CEJ, págs. 4-5.

- La relación de los ciudadanos con los órganos judiciales se establece casi siempre a través de profesionales, mientras que la de aquéllos con las Administraciones públicas suele serlo de forma inmediata.
- Y por las diferencias entre el proceso administrativo y los distintos procesos judiciales.

Entre los objetivos de la Ley 18/2011 se encuentra el de definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales.

Interconexión, interoperabilidad y seguridad son requisitos básicos que deben cumplir también los sistemas informáticos utilizados en el procedimiento de mediación.

Defendemos que la mediación por medios electrónicos no es sinónimo de mediación on line, la primera engloba un concepto más amplio, no obstante, somos conscientes de la confusión terminológica y de que en numerosas ocasiones se utilizan de forma indistinta uno y otro concepto y con ello se hace referencia a la utilización de las tecnologías de la información de alguna forma significativa en algún momento del proceso.

GARCIA CUBERO¹⁰⁶ define los medios electrónicos de mediación como la herramienta o conjunto de herramientas que permiten gestionar la mediación utilizando medios informáticos y no sólo a través de internet.

En cuanto a los sistemas de ODR (Online Dispute Resolution), empiezan a popularizarse en los Estados Unidos en la década de los 90, en paralelo al gran despliegue en escala de internet.

Una de las premisas fundamentales, en aras a salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es regular el uso de los medios electrónicos como un derecho, que no como una obligación para los ciudadanos que se relacionen con la Administración de Justicia, Administración que no obstante deberá facilitar los medios necesarios para que este derecho se convierta en una realidad efectiva .

Este mismo derecho lo poseen los profesionales del ámbito de la Justicia, pero en este caso además constituye una obligación. La razón de que en el caso de los ciudadanos hablemos de derechos que no de obligaciones es obvia, no podemos exigir ni una formación ni una dotación de medios a la población, debiendo garantizarse en todo momento la igualdad entre los ciudadanos, para lo que las Administraciones deberán esforzarse en paliar las diferencias y acercar a los ciudadanos a las nuevas tecnologías.

En armonía con las últimas normas de carácter tecnológico dictadas, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 24 prevé que las actuaciones puedan desarrollarse por medios electrónicos. Así dispone que:

¹⁰⁶ GARCÍA CUBERO, G.; “Mediación por medios electrónicos: procedimientos y herramientas” en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013 pág. 350.

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

Ese mismo texto legal, en aras de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, prevé en la Disposición adicional cuarta que los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Por su parte la Disposición final séptima prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promueva la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad, y en los que la confrontación no sea estrictamente jurídica, a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrolle exclusivamente por medios electrónicos.

En cumplimiento de esta previsión el pasado 27 de diciembre de 2013 se publicó en el BOE el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este Real Decreto regula cuatro aspectos esenciales: lo concerniente a la formación del mediador, su publicidad mediante la creación de un Registro de mediadores e instituciones de mediación dependiente del Ministerio de Justicia, el aseguramiento de su responsabilidad con el fin de cubrir los daños y perjuicios que pudieran

derivar de su actuación y por último tiene por objeto, como su propio preámbulo indica, la determinación de las líneas básicas del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Respecto a este último y su ámbito de aplicación el RD dice literalmente que comprende “preferentemente” las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros o de otro interés que no exceda de esa cantidad, salvo que no sea posible para alguna de las partes o acuerden éstas un procedimiento diferente.

La utilización del vocablo “preferentemente” nos invita a concluir que el recurso a este procedimiento simplificado por medios electrónicos no excluye otro tipo de conflictos. En todo caso, debe primar la voluntad y posibilidades de las partes, posibilidad de medios así como de formación adecuada en la utilización de los mismos.

Será necesario que el mediador cuide de que los sistemas informáticos empleados cumplan las correspondientes medidas de seguridad, sean respetuosos con la normativa de protección de datos e información y aseguren la transparencia y confidencialidad de todo el procedimiento.

La seguridad jurídica y tecnológica constituye uno de los pilares de la regulación de este procedimiento simplificado, recayendo en el mediador o la institución de mediación la carga de habilitar los mecanismos necesarios para garantizar a las partes la seguridad, la privacidad, la integridad, el secreto de las comunicaciones, la confidencialidad y las previsiones exigidas en la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal. Todo ello exige de una cierta formación en el uso de las tecnologías por parte del mediador.

A este respecto el Real Decreto, y en cuanto al procedimiento simplificado se refiere, prevé en el artículo 31, que cuando el mediador o, en su caso, la institución de mediación contraten los servicios de mediación electrónicos con un proveedor, éste tendrá la condición de encargado del tratamiento de aquellos datos y dará cumplimiento a las previsiones exigidas en la normativa de protección de datos, sin perjuicio de la responsabilidad directa del mediador o de la institución de mediación frente a las partes por los daños que pudieran causar por incumplimiento de las obligaciones que les incumban.

Con el objetivo de acreditar la identidad de las partes y el mediador, el artículo 32 del RD contiene una remisión a Ley 59/2003, de 19 de diciembre, reguladora de la firma electrónica, en cuanto que constituye un instrumento capaz de permitir la comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas.

Este procedimiento en coherencia con los principios de flexibilidad y autonomía de la institución de mediación, permite pasar de una tramitación presencial a otra electrónica y al contrario, en atención a las necesidades de las partes. Del mismo modo, permite la existencia de procesos mixtos, en los que parte de las actuaciones se realicen de forma presencial y parte de forma electrónica. Además no está sujeta a horarios rígidos, de forma que las partes podrán organizar su tiempo de forma más libre y ajustada a sus necesidades o posibilidades, que deberán coordinar con las posibilidades del mediador y, en su caso, del servicio, sección o unidad de mediación del órgano judicial.

La agilidad está también presente en este procedimiento simplificado, en cuanto que se prevé una duración no superior a un mes, salvo prórroga por acuerdo de las partes. En este punto, se echa de menos una duración temporal

limitada para esta prórroga, justificada por razones de economía y seguridad jurídica.

En cuanto al expediente electrónico propiamente dicho contempla la existencia de formularios o impresos normalizados de solicitud de inicio y contestación y en su artículo 34 se recoge que será único el expediente para todo el procedimiento, constituido por la solicitud, la información descriptiva del conflicto, todas las comunicaciones de las partes y el mediador, documentos aportados por las partes y que no hayan deseado excluir, las actas y el acuerdo final.

Las medidas de seguridad del expediente deberán garantizar¹⁰⁷:

- La custodia de la información de acuerdo con cada uno de los niveles de seguridad establecidos en el artículo 80 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- El cifrado de las comunicaciones que garantice su privacidad.
- El acceso a la información, de forma que cada uno de los actores del proceso accedan a lo que necesitan en cada momento.

En todo caso, las partes deben estar informadas de la gestión y almacenamiento de la documentación, por razones de transparencia y de forma acorde al principio de calidad de datos y al derecho a la información en la recogida de datos, de los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

¹⁰⁷ GARCÍA CUBERO, G.; *Mediación por medios electrónicos...*, ob.cit., pág. 353.

diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD)¹⁰⁸.

Destaca el artículo 35 que regula el domicilio electrónico admitiendo que las comunicaciones se realicen en la dirección electrónica¹⁰⁹ que las partes indiquen de forma voluntaria y dejando a salvo los supuestos en que se acredite la imposibilidad de acceso.

Será necesario que el mediador mantenga una conducta activa, tal como exige el artículo 16 de la Ley y deberá velar por la salvaguarda del principio de igualdad de las partes, procurando asegurar el debido equilibrio entre las mismas. El mediador deberá evaluar si este es el procedimiento más adecuado al conflicto existente entre las partes, prestando especial atención a la necesidad o no de contacto personal y directo entre ellas, pudiendo asesorar a éstas pero no imponer la vía concreta de solución al conflicto. En todo caso, la tecnología debe estar al servicio de las partes y del mediador, pero en ningún caso debe llegar a automatizar el rol del mediador.

Somos conscientes de la necesidad de potenciar la cultura tecnológica entre los ciudadanos y llevar a cabo una adecuada gestión del cambio, sin

¹⁰⁸ En cuanto al almacenamiento de la información cuando se utilizan sistemas informáticos debe ser respetuosa con las exigencias derivadas de la LOPD y de su Reglamento de desarrollo.

¹⁰⁹ Esta posibilidad está siendo contemplada en diferentes disposiciones como en la Instrucción de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por la que se establecen criterios para la realización de actos de comunicación por los órganos de la jurisdicción civil ante la presentación telemática de demandas a propósito de las reclamaciones judiciales derivadas de la comercialización de determinados productos financieros(participaciones preferentes y obligaciones subordinadas).

olvidar que la tecnología debe servir de apoyo al procedimiento y no interferir con la propia naturaleza de éste, como manifiesta SANZ PARRILLA¹¹⁰.

De entre los conflictos más indicados de resolución por medios electrónicos podemos citar los de escasa cuantía, los conflictos transfronterizos, en cuanto que supone un ahorro de costes y elimina o reduce las barreras espaciales, los que tengan su origen en internet o cuando el encuentro personal de las partes pueda resultar contraproducente, entre otros.

SANZ PARRILLA¹¹¹, enumera algunos supuestos en que la mediación on line no será aconsejable, así cuando la cuestión a debatir sea extremadamente compleja, el número de sujetos intervinientes sea muy amplio o en el caso de las partes no estén familiarizadas con las TICs.

Ya citamos el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Dicho Reglamento esta previsto para la resolución extrajudicial de litigios iniciados por consumidores residentes en la Unión frente a comerciantes establecidos en la Unión que estén amparados por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

A través de este Reglamento se pretende promover la resolución alternativa de conflictos mediante una plataforma en línea y establece que los Estados miembros deben animar a los consumidores a que, antes de someter su reclamación a una entidad de resolución alternativa a través de la plataforma de resolución de litigios en línea, se pongan en contacto con el

¹¹⁰ SANZ PARRILLA, M.; “El uso de los medios electrónicos en la mediación”, en *Mediación y resolución de conflictos*, Madrid, 2013, Tecnos, pág.338.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 343.

comerciante por cualquier medio adecuado con el fin de resolver el litigio de forma amistosa.

El Reglamento prevé que la plataforma de resolución de litigios en línea debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a los consumidores y a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea.

Entre los requisitos exigidos el Reglamento establece que la plataforma de resolución de litigios en línea debe permitir el intercambio seguro de datos con las entidades de resolución alternativa y respetar los principios que subyacen en el Marco Europeo de Interoperabilidad adoptado con arreglo a la Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios europeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos. Del mismo modo, el tratamiento de la información debe estar sujeto a estrictas garantías de confidencialidad y ajustarse a las normas de protección de datos personales establecidas por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos de el Reglamento (CE) 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

Pese a lo expuesto, somos conscientes de los inconvenientes o críticas principales que se atribuyen al uso de las tecnologías en el procedimiento de mediación, entre ellas la ausencia de comunicación sensorial, ingrediente importante en el caso de la mediación. Pero como dijimos, no siempre es aconsejable o necesaria este tipo de comunicación y de otro lado, no podemos

desconocer los avances experimentados por las herramientas tecnológicas, de forma que la calidad de la imagen y del sonido permiten captar detalles con mayor precisión.

2.5.2. EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN

El acuerdo es uno de los posibles resultados de la mediación, pero no el único, dicho acuerdo puede plasmarse en un contrato al que algunos autores como GARCÍA VILLALUENGA¹¹² denominan negocio jurídico mediado que conviene diferenciar del acta final del proceso de mediación.

El acta final del proceso de mediación, deberá ser firmada tanto por las partes como por el mediador. Como señala BARONA VILAR¹¹³, se identifica con el documento en el que se recoge, una vez finalizado el procedimiento de mediación, el resultado del mismo, ya sea mediante la obtención de un acuerdo o sin la obtención de éste.

El negocio jurídico mediado, es un documento en el que el mediador no participa al no tener poder de disposición sobre el fondo del asunto, pertenece en exclusiva a las partes. Tomando prestada la definición de GARCÍA VILLALUENGA¹¹⁴ podemos decir que se trata de un negocio jurídico lícito, nacido a consecuencia de la labor mediadora, constituido generalmente por varias declaraciones de voluntad, tutelado por el Derecho, que le atribuye determinados efectos jurídicos consecuencia de lo que se manifiesta como querido.

¹¹² GARCÍA VILLALUENGA, L.; *Mediación en conflictos...*, ob.cit., pág. 494

¹¹³ BARONA VILAR, S.; *Solución extrajudicial de conflictos...*, ob.cit., págs. 207-209.

¹¹⁴ GARCÍA VILLALUENGA, L.; *Mediación en conflictos...*, ob.ct., pág 494.

Existen diferentes opiniones respecto de quién debe redactar el acuerdo, sin embargo, sobre lo que no cabe duda es sobre la conveniencia de su redacción escrita. Es importante que el mediador se cerciore de que el acuerdo sea firmado por todas las partes y, en su caso, sus abogados, además deberá prestar atención en que las cláusulas del acuerdo estén redactadas de forma clara y comprensible, para evitar problemas posteriores de interpretación, así como velar porque el acuerdo no contenga disposiciones contrarias al orden público o a la normativa vigente, lo que exigirá de una cierta formación jurídica. Será necesario también dejar constancia de la fecha del mismo.

En cuanto a la eficacia del acuerdo alcanzado a través de la mediación, como cualquier contrato produce efectos entre las partes¹¹⁵, pero hasta ahora no goza del alcance de las resoluciones judiciales o arbitrales. Son muchos los esfuerzos legislativos encaminados a atribuir a dicho acuerdo una eficacia mayor a la meramente contractual¹¹⁶ para evitar que su cumplimiento quede en manos de la buena voluntad de las partes.

En la actualidad¹¹⁷ contamos con las siguientes opciones:

- Si no se ha iniciado un proceso judicial, se puede articular como un documento privado, produciendo efecto sólo entre las partes.
- Elevarlo a escritura pública, en caso de incumplimiento constituye un título ejecutivo no judicial.

¹¹⁵ Artículo 1091 del Código Civil español “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*”.

¹¹⁶ En este sentido la Recomendación R (98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre mediación Familiar; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre determinados aspectos de la mediación en materia civiles y comerciales, en su Considerando 19.

¹¹⁷ PEREZ DAUDÍ, V.; “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *en Mediación...*, ob.cit. págs. 399-340.

- Iniciado un proceso judicial, solicitar la transacción u homologación judicial, con lo que tendremos un título ejecutivo judicial.

La Directiva 2008/52/CE ofrece a las partes en un proceso de mediación la posibilidad de conferir al acuerdo alcanzado entre ellas un estatus similar al de una resolución civil o mercantil, dotándole de carácter ejecutable.

En esta línea el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, preveía en su artículo 26 *“que el acuerdo de mediación tendría fuerza ejecutiva y sería título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, sin embargo, finalmente la Ley 5/2012, en su artículo 25 tan sólo posibilita a las partes para elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado a través de la mediación, dicho requisito será necesario para que las partes puedan disponer de un título ejecutivo conforme a la LEC, atribuyendo así al Notario un deber de verificación de los requisitos que el acuerdo debe reunir con arreglo al Real Decreto y con arreglo a Derecho. Esta exigencia alcanza también a los acuerdos de mediación transfronterizos. La Ley 5/2012 ha motivado la modificación del apartado segundo del artículo 517 de la LEC¹¹⁸ que contiene una numeración cerrada de los títulos ejecutivos.

En cuanto a la eficacia del acuerdo de mediación en el Derecho comparado¹¹⁹ existen notables diferencias, mientras que en Grecia y Eslovenia tiene eficacia ejecutiva propia, en otros países requieren de protocolización

¹¹⁸ Entre los títulos que llevan aparejada ejecución se encuentran los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹¹⁹ TRIGO SIERRA, E.; “La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012” en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº 32 – 2012, pág.110.

notarial. A su vez, dentro de estos, podemos distinguir dos grupos, en función de que este requisito se haya establecido por la norma nacional de transposición de la Directiva europea, tal es el caso de Alemania, o por legislación interna aplicable, como Austria.

De igual forma destacamos la importancia de la fase posterior a la mediación propiamente dicha, de control o seguimiento, en su caso, del acuerdo alcanzado. En el convenio las partes podrán atribuir al mediador u otro tercero el control o seguimiento del cumplimiento del convenio, constituyendo ésta una manifestación más del poder de disposición de las partes.

CALCATERRA¹²⁰ afirma que su experiencia le ha demostrado que esta última etapa garantiza en gran medida el éxito del proceso, entendido como tal la preservación de la relación de las partes y la perdurabilidad del acuerdo. El acuerdo alcanzado, no sólo implica una resolución del problema planteado, sino también un cambio en la forma de afrontar en el futuro las dificultades. Además, pueden sobrevenir imprevistos que modifiquen la situación de hecho que dio origen al acuerdo y revele la conveniencia de un ajuste, en todo o en parte del acuerdo adoptado.

2.6. LOS AGENTES DE LA MEDIACIÓN

2.6.1. EL MEDIADOR Y PRINCIPIOS BÁSICOS EN SU ACTUACIÓN

Vimos que el mediador es el tercero ajeno a las partes que auxiliará a éstas a gestionar y, en su caso, resolver de forma pacífica su conflicto, facilitando la comunicación y el diálogo entre ellas. El mediador no se sitúa por encima de las partes, sino entre ellas. El mediador carece de autoridad de decisión, autoridad que conservan las partes.

¹²⁰ CALCATERRA, R.A.; *La mediación como..., ob.cit.*, págs. 249- 251.

MACHTELD¹²¹, ante la pregunta de qué hace un mediador, responde que gestiona el procedimiento de mediación, busca el equilibrio entre las partes, auxilia a cada una de ellas a escuchar activamente a la otra, si bien la decisión queda residenciada en la voluntad de éstas.

El Borrador de Código de Conducta para los Mediadores de 2004¹²² destacaba como principios de actuación del mediador la neutralidad¹²³, imparcialidad, la confidencialidad¹²⁴ y la profesionalidad. Estos principios se reiteran en el Código de Conducta para los Mediadores publicado en mayo del 2009 y aparecen también recogidos en el título II de la Ley 5/2012.

Principios que deberán ser observados por todos los mediadores, si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes, fueran varios los que actuaren en el procedimiento de mediación, pero en este caso además deberán actuar de forma coordinada.

En el presente apartado desarrollaremos el principio de profesionalidad por estar íntimamente ligado al nivel de formación que se exige al mediador y debido a que los otros principios fueron desarrollados en un pasaje anterior.

La Directiva 2008/52/CE establece que la formación inicial y continua de mediadores es necesaria para garantizar que la mediación se lleve a cabo de

¹²¹ MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*. Sdu Uitgevers, 2008, pág. 79.

¹²² Código Europeo de conducta para los mediadores de 6 de abril de 2004.

¹²³ En el mismo sentido la Recomendación R (98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre mediación Familiar.

¹²⁴ En el mismo sentido, la Recomendación R (98)1 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre mediación Familiar, en el Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, apartados 78 a 82; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre determinados aspectos de la mediación en materia civiles y comerciales, artículo 7.

forma eficaz, imparcial y competente, por lo que una formación adecuada es necesaria para contar con una mediación de calidad, pero deja que sean los Estados Miembros los que desarrollen los requisitos necesarios que habrá de reunir el mediador en los diferentes ordenamientos jurídicos.

ORTUÑO MUÑOZ¹²⁵ afirma que no puede implantarse la mediación sin buenos mediadores, por lo que considera que es un reto a corto plazo tener buenos paneles de profesionales que puedan ofrecer sus servicios en condiciones de calidad y garantía para los ciudadanos y las empresas.

En nuestro ordenamiento, se ha venido reclamando por los diferentes operadores una normativa que, de forma homogénea, regulase los requisitos que han de concurrir en la formación del mediador, en quien reside un parte importante del éxito del procedimiento de mediación y garantía de la calidad del servicio prestado. Junto a ello podemos añadir, la importancia de establecer un sistema adecuado de control de la formación exigida. La experiencia ha demostrado que la falta de seguimiento o interés en que los requisitos exigidos se cumplan, devalúan la calidad en la prestación de determinados servicios, así como de los profesionales que los prestan.

En el ámbito europeo no existe uniformidad sobre la formación del mediador. La preparación de los mediadores en el marco de la Unión europea varía mucho de unos Estados a otros:

¹²⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P.; en "Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje", en *Diario La Ley*, nº8067, Madrid, 2013, pág.19.

En Alemania, donde en la actualidad las diferentes organizaciones de mediación fijan sus propias reglas para la acreditación, está prevista la publicación en breve de un Reglamento regulador¹²⁶.

En el Reino Unido, donde el Estado no regula la mediación, en Inglaterra y País de Gales no se exige como requisito para actuar como mediador ser jurista, si bien la mediación tiende a ser desarrollada por Abogados. El CMC (Civil Mediation Council) proporciona un sistema de acreditación para proveedores de mediación, que el Ministerio de Justicia considera que son una marca de garantía de calidad y armoniza con el estímulo de la Directiva que en su artículo 4 establece que los Estados miembros deberán desarrollar mecanismos efectivos de control de calidad. El proveedor tiene que estar convencido de que todos los mediadores han obtenido una acreditación o certificado expedido por un centro de enseñanza reconocido.

Las disposiciones del derecho francés se consideran insuficientes, cada asociación tiene sus propias normas y requisitos para la acreditación de sus mediadores. La mayoría de las organizaciones solicitan experiencia práctica adicional y algunas organizaciones requieren la realización de un examen escrito. En ciertas áreas, los mediadores deben poseer cualificaciones específicas, por ejemplo, para los conflictos laborales.

El contenido de la preparación también es diferente, así en Alemania se exige una formación correspondiente a un Máster de Grado en la Universidad, exigencia que no se da en otros países como Reino Unido.¹²⁷ En Holanda se exige un título universitario o estudio superior, más una formación de 10 a 12 días y la superación de un examen, tras lo cual harán co-mediaciones, cada

¹²⁶ *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation...*, ob. cit. pág.33.

¹²⁷ Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation efectuado en Mayo del 2007 por European Commission for the efficiency of Justice, págs.202-203.

tres años deberán volver a examinarse garantizando así una formación continua.

Resulta aconsejable unificar en alguna medida la formación de los mediadores, sobre todo, de cara a los conflictos de carácter europeo, en aras a conseguir un servicio de calidad similar en todos los Estados Miembros.

Se ha discutido mucho sobre la formación de los mediadores y la posibilidad de que se imparta además de forma presencial on line, siendo las opiniones diversas. Por nuestra parte, consideramos validas ambas posibilidades e imprescindible que dicha formación contenga una parte teórica y una parte práctica, con un contenido adecuado, sin que tenga tanta importancia la duración o número de horas impartidas. Respecto de esta segunda formación el obstáculo principal es el de conseguir casos reales con los que el potencial mediador pueda desarrollar sus técnicas, por lo que sería conveniente se efectúen los correspondientes convenios para que se ofrezca esa posibilidad desde los propios órganos judiciales. Se ha puesto de manifiesto también los beneficios de las prácticas supervisadas, que en definitiva aporten seguridad al mediador y al procedimiento de mediación.

Por lo que respecta al Estado español, el artículo 11 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, exige que en el mediador concurren las siguientes condiciones:

- Hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y sin que concurra obstáculo legal alguno derivado del ejercicio de su profesión.
- Estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica en materia de mediación.

- Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente¹²⁸.

La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha venido a establecer un régimen general de esta institución en España y ha querido dejar también un margen de intervención en aras a incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos y habilitaba al Gobierno para desarrollar su contenido en tres aspectos esenciales: la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

El 27 de diciembre de 2013, como hemos avanzado, se publicó el RD 980/2013, en el que se regula lo concerniente a la formación del mediador partiendo de una concepción abierta con el objetivo de que se desarrolle de forma eficaz, imparcial y competente y acorde con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rige la actuación de los mediadores.

El RD exige que el mediador cuente con una formación específica cuyo contenido debe comprender conocimientos jurídicos, psicológicos, de ética de la mediación, de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflicto, atendiendo al ámbito de especialización en que preste sus servicios.

Finalmente el RD 980/2013 recoge la necesidad de formación teórica y práctica, correspondiendo a esta última un 35 por ciento de la duración mínima

¹²⁸ En este sentido, el Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales establece que cuando la legislación aplicable así lo prevea y en las condiciones que en ella se especifiquen, el profesional deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra los riesgos de responsabilidad civil en que pudiera incurrir como consecuencia de su ejercicio profesional.

prevista, que será de 100 horas, asimismo contiene una referencia a la participación asistida en mediaciones reales en el artículo 4, pero sin mayor desarrollo.

De modo similar a las conclusiones extraídas en el Simposio citado se regula la formación continua de los mediadores, que deberá tener un carácter eminentemente práctico, deberá realizarse cada cinco años como mínimo y con una duración no inferior a 20 horas.

En su disposición adicional primera prevé la validez de la formación recibida con anterioridad a la entrada en vigor de este RD, que podrá acreditarse en el Registro de mediadores hasta el 1 de junio del 2014.

Si bien al regular la duración de la mediación en el artículo 5 admite la validez de la formación recibida ante instituciones extranjeras debidamente acreditadas, lo cierto es que el legislador omite toda referencia a la formación recibida on line, entendemos que siempre que en ella concurren los requisitos contenidos en el capítulo II del Reglamento será válida, aunque hubiera sido deseable una mayor detalle de regulación.

En desarrollo del texto legal el capítulo III del RD 980/2013, de 13 de diciembre, contiene la regulación concerniente al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y en el capítulo IV la relativa al seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

En relación con el Registro y con el objetivo de lograr la mayor publicidad y transparencia al instituto de la mediación, se configura como una base de datos informatizada a la que se accede de forma gratuita a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia. Llama la atención que se haya contemplado la inscripción de forma voluntaria para mediadores e instituciones

de mediación, a salvo los mediadores concursales, pues entendemos que de esta forma resta eficacia al Registro.

Respecto a la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, se encuentra regulada en el capítulo IV del RD tanto en relación con los mediadores como con las instituciones de mediación. Permitiendo que el seguro se contrate tanto a título individual como dentro de una póliza colectiva. En aras al principio de transparencia, el mediador deberá informar a las partes, con carácter previo de la cobertura de su responsabilidad, de lo que quedará constancia en el acta inicial.

Esta exigencia pretende dar cobertura a los daños o perjuicios que se causen por acción u omisión, como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional, pérdida o extravío de documentos y expedientes de las partes.

Para concluir, aclarar que el hecho de que el mediador carezca de capacidad decisoria no implica que su posición sea pasiva sino que por el contrario ostenta un papel activo dirigido a la solución del conflicto y a fomentar el diálogo entre las partes, poseyendo una serie de derechos y de obligaciones en el ejercicio de su función.

Entre los derechos citar: el de percibir los honorarios no condicionados a la obtención de la solución al conflicto, recibir información veraz de las partes, renunciar o desistir de la mediación en cuanto que puede dar término a la mediación cuando lo estime oportuno, actuar de forma libre e independiente.

Entre las obligaciones se encuentra: promover la comunicación y compromiso entre las partes, redactar los documentos relativos a la sesión inicial y final correspondientes al procedimiento de mediación, ser diligente y leal en el ejercicio de su función, deber de confidencialidad conforme a la



legislación vigente, asegurarse que las partes actúan y toman sus decisiones de forma libre, abstenerse en el ejercicio de su actuación cuando concurren algunas de las causas legalmente previstas.

2.6.2. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE SERVICIOS Y COLEGIOS PROFESIONALES

Consideramos apropiado hacer una breve referencia al Anteproyecto citado pues, como su Exposición de Motivos recoge, el dictado de esta Ley obedece al peso económico y especial incidencia que algunos de estos servicios pueden ejercer sobre los derechos e intereses de los ciudadanos y para comprobar en qué medida sus disposiciones puedan afectar a la profesión del mediador.

Esta Ley supondrá la derogación expresa de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

El nuevo marco normativo dando cumplimiento al mandato del artículo 36 de la Constitución española, se basa en los principios de buena regulación, por lo que parte del principio de libre acceso a las actividades profesionales, restringiendo las limitaciones a casos justificados por razones de interés general. Este principio general viene acompañado por el de igualdad de trato y no discriminación y por el de eficacia en todo el territorio nacional que reconoce la capacidad para ejercer en todo el territorio nacional de los profesionales con independencia de donde se haya accedido a la actividad profesional, así los profesionales legalmente establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión europea podrán ejercer libremente en el territorio español en régimen de libre prestación sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta ley y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Se fija un marco ordenador en el que las restricciones sólo puedan establecerse por Ley cuando se justifique por razones de interés general y resulte proporcionado. Asimismo, las restricciones de acceso que exijan la posesión de un determinado título académico oficial de educación superior (profesión titulada) requieren que la exigencia esté justificada por motivos de interés general.

Un ejemplo más de la preocupación del legislador por la calidad de los profesionales lo constituye el catálogo de derechos y deberes ¹²⁹ que recoge en el capítulo IV del Título I, en el que se persigue garantizar y potenciar la calidad de los servicios profesionales y reforzar la protección y seguridad de los consumidores. Entre las disposiciones destinadas a reforzar el principio de calidad de los servicios, de forma expresa, el legislador se refiere al fomento de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.

El legislador muestra su interés por las ventajas que las nuevas tecnologías ponen a nuestra disposición, en este caso, a disposición de las organizaciones colegiales, en aras a impulsar la transparencia y difusión de los instrumentos favorecedores del correcto ejercicio profesional. Hace así referencia la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en la que las organizaciones colegiales ofrecerán información de manera clara, inequívoca y gratuita, entre otros extremos, sobre el acceso al Registro de Colegiados, al Registro de sociedades profesionales, las vías de reclamación y recurso.

Del mismo modo, establece que las corporaciones colegiales deberán adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo previsto en este artículo e incorporar para ello las tecnologías precisas y crear y mantener las plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. Para ello, los Colegios profesionales y, en su caso, los Consejos Generales y autonómicos podrán poner en marcha los mecanismos de coordinación y colaboración necesarios, inclusive con las corporaciones de otras profesiones. Vemos pues,

¹²⁹ Entre las obligaciones impuestas a los profesionales en aras a garantizar la calidad del servicio prestado se encuentra la de actuar con responsabilidad en la aplicación de las reglas, técnicas y conocimientos propios de su actividad profesional o profesión y la de seguir una formación continua a lo largo de toda su vida profesional.

que el citado Anteproyecto sigue las mismas líneas inspiradoras del recientemente publicado RD 980/2013.

2.6.3. OTROS AGENTES DE LA MEDIACIÓN

Junto al mediador concurren otros agentes en el procedimiento de mediación: en primer lugar las partes directamente enfrentadas por el conflicto, auténticas protagonistas de la mediación, que deberán estar en un plano de igualdad a procurar, cuando sea necesario, por el mediador.

Las partes actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo y deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador.

Como MACHTELD¹³⁰ afirma la disposición y colaboración de las partes es un factor determinante en el éxito de la mediación.

Hemos hablado ya del carácter personalísimo de la mediación, en el sentido de que las partes deben asistir personalmente, sin que quepa atribuir su representación a un tercero, pues ello, en la mayoría de las ocasiones obligaría al tercero a actuar con arreglo a unas instrucciones previas y sin margen de maniobra para mediar, impidiéndole adaptarse a las circunstancias concretas que el procedimiento de mediación pueda requerir. Uno de los fracasos de la conciliación intrajudicial del extinto juicio de menor cuantía regulado en la LEC de 1881, fue la posibilidad de que el representante acudiera por sí sólo a este acto, cuando carecía de capacidad real para llegar a un acuerdo. No obstante haremos unas aclaraciones en el caso de la mediación con la Administración pública, al desarrollar el tema central de nuestra exposición.

¹³⁰ MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, Sdu Uitgevers, 2008, pág.150.

Pero junto a las partes y el mediador podemos hacer referencia a otros posibles partícipes, indirectamente involucrados en la mediación, como es el caso de los Abogados o, en el orden social, de los Graduados sociales. Podemos afirmar que es deseable, la intervención de los Abogados¹³¹ de las partes, pero no como defensores de los intereses de sus clientes, sino como un apoyo o plus de seguridad para los mismos. Se hace necesario buscar la complicidad de los Abogados, para evitar que éstos vean en la mediación una intromisión a su quehacer profesional. Es necesario concienciarles de la existencia de diversas vías de solución de conflictos (la judicial, la mediación u otras) y fomentar una participación activa, importante en el momento de asesorar a las partes en la búsqueda de la vía más adecuada para la solución de sus conflictos, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso.

Su colaboración será también destacable en el momento de redactar el acuerdo alcanzado¹³². Ya hemos hecho referencia a la importancia de que el acuerdo sea recogido en sus términos concretos a los efectos de un posible incumplimiento ulterior y, en su caso, poder reclamar su ejecución, sin dejar margen a la interpretación.

BRAZIL¹³³ apunta que la presencia de los Letrados puede minimizar el temor que éstos pudieran tener a “perder el control sobre el cliente”, además puede generar confianza y seguridad para las partes.

Todo ello sin perjuicio de que puedan ejercer como mediadores, aquellos que cuenten con la formación específica exigida, en cuyo caso no ocuparan el

¹³¹ La referencia a los abogados efectuada en este apartado es extensible en el ámbito social, en su caso, a los Graduados sociales.

¹³² Conclusiones del Curso de Especialización organizado por el CGPJ, en noviembre de 2006 en Barcelona.

¹³³ BRAZIL, D.; “For Judges: Suggestions about what to say about ADR at case management”; en *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 2000, pág. 5.

papel de Abogado en ese conflicto ni aún el supuesto de que el procedimiento de mediación concluyera sin acuerdo.

La experiencia norteamericana demuestra que en muchas ocasiones genera más confianza la figura del mediador cuando de un Abogado se trata y ello por el conocimiento jurídico que le avala¹³⁴. Respecto a esta afirmación consideramos que dependerá del caso concreto y de la pericia que el mediador demuestre, siendo tan importante el conocimiento jurídico como una adecuada formación en las técnicas que son propias de la mediación. No olvidemos que en definitiva se trata de cambiar el patrón tradicional de actuación del Abogado por uno más flexible en el que los valores emocionales y personales juegan un papel destacado y éstos no eran objeto de aprendizaje en los programas tradicionales de estudios de Derecho, si bien en la actualidad ya hay Universidades que incorporan, por fin, en sus planes de estudios asignaturas como mediación o negociación.

Algunos Abogados afirman que entre sus funciones ya se encuentran las de propiciar y fomentar el acuerdo o negociación, sin embargo debemos insistir en que esta afirmación ignora las cualidades propias y el procedimiento de mediación en sí, que requiere de una formación específica del mediador.

Por otro lado, es posible, al igual que en los procesos judiciales, la intervención de peritos, cuyos informes tendrán o no carácter vinculante atendiendo a la voluntad de las partes, lo que constituye una manifestación más del principio de voluntariedad.

¹³⁴ FONT GUZMAN, J.; "Programas de derivación judicial en Estados Unidos", en *Mediación y resolución...*, ob.cit., pág.445.

Estamos asistiendo a un momento de enorme y reciente interés por la mediación entre diferentes colectivos, Secretarios Judiciales, Jueces, Fiscales, Abogados, Procuradores, Notarios, Registradores, que están afortunadamente contribuyendo a la divulgación de la mediación. Consideramos que es un deber para todo jurista estar suficientemente informado y formado para dar a conocer a sus clientes o usuarios los diversos mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico le ofrece para resolver sus conflictos, tarea de difusión importante para auxiliar a las partes a elegir la vía o camino más adecuado en cada caso.

En esta tarea de difusión están llamadas a cumplir un papel protagonista las instituciones de mediación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 5/2012, entre sus fines se encuentra el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma.

Al centrarse este estudio en la mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo, abordaremos en el apartado correspondiente el estudio sobre el papel que el órgano judicial, Juez, Secretario Judicial, personal al servicio de la Administración de Justicia, puede desempeñar en dicho ámbito, papel que, salvaguardando las especialidades propias de cada ordenamiento, podemos avanzar que es similar en todos ellos.

2.7. LA MEDIACIÓN EN LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES

Vamos a hacer referencia a la relación de la mediación con los diferentes órdenes jurisdiccionales en el derecho español, excluyendo el contencioso-administrativo que desarrollaremos al final del presente trabajo.

2.7.1. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Respecto a la mediación propiamente dicha, a pesar del impulso que ha experimentado en los últimos años en el ámbito de las Comunidades Autónomas¹³⁵, hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Con este Real Decreto se pretendió dar cumplimiento a la obligación de adecuación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2008/52/CE y a la Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establecía el plazo de un año para desarrollar una Ley de Mediación, si bien dicho Real Decreto ha sido derogado y sustituido por la Ley 5/2012, de seis de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Ley 5/2012, ha supuesto un cambio importante en este orden jurisdiccional en cuanto que ha introducido algunas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil con el objetivo de articular la adecuada relación entre la

¹³⁵ La Ley 5/2012 ha constituido un referente para la homogeneización de las diferentes leyes autonómicas, con el fin de evitar la dispersión normativa. Ello, en línea con lo que ya ocurrió en el año 2002 en los EEUU con el Uniform Mediation Act (UMA) fruto de la colaboración entre American Bar Association (ABA) y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL). La finalidad perseguida era simplificar y unificar los numerosos textos legislativos que reglamentaban este mecanismo de resolución de conflictos en los Estados norteamericanos.

En el derecho español, la normativa autonómica es muy dispersa, podemos citar la Ley 1/2001 de 15 de marzo de Cataluña y su Reglamento 139/2002 de 14 de mayo, sustituida recientemente por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; se ha dictado siguiendo la corriente europea de adaptación de las leyes de mediación y con el fin de atender a las necesidades reveladas tras seis años de experiencia en la materia; Ley 4/ 2001 de 31 de mayo de Galicia y su Reglamento 159/ 2003 de 31 de enero; Ley 7/2001 de 26 de noviembre de la Comunidad Valenciana, Ley 15/2003 de 8 de abril de Canarias y su modificación por Ley 3/2005 de 3 de junio, la Ley 4/2005 de 24 de mayo, de Castilla La Mancha, Ley 1/ 2006 de 6 de abril de Castilla y León , Ley 18/2006, de 14 de las Islas Baleares, Ley 14/2010, de de diciembre , de Mediación Familiar de las Islas Baleares, Ley 1/2007, de Mediación familiar de Madrid, Ley 1/2008, de 8 de febrero de Mediación familiar del País Vasco, Ley 1/2009, de 27 de febrero de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 9/2011, de 24 de marzo , de Mediación familia de Aragón, Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de la institución, sin que como señala SOLETO¹³⁶, suponga una modificación importante con respecto al Real Decreto, pues mantiene la esencia y puntos de relevancia del mismo.

Quedan fuera de su ámbito de aplicación de forma expresa la mediación en el orden laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo, por considerar que se trata de ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes.

El modelo de la ley 5/ 2012 es mixto, es decir, se regula la mediación en el ámbito privado, pero también en cuanto a su relación con el proceso, si bien su regulación se ha centrado principalmente en la mediación privada, a diferencia de la Directiva 2008/52/CE, cuyo objetivo es la conexión de la mediación con los Tribunales.

A día de hoy, en todo proceso civil es posible la autocomposición de las partes y la remisión al Tribunal para su finalización, a través de las figuras procesales del desistimiento, el allanamiento o la transacción. Los momentos en los que el sistema jurisdiccional, a través del Juez o del Secretario judicial, va a invitar a las partes a acudir a mediación no se encuentran cerrados, es decir, el órgano judicial podrá realizar tal invitación en cualquier momento, aunque existen momentos en los que la Ley ya enuncia esta posibilidad.

Esta posibilidad de adaptarse al caso concreto y a las circunstancias concretas del órgano jurisdiccional, gestión procesal, medios materiales y personales, entre otras, son precisamente un valor añadido de los sistemas autocompositivos que nuestro legislador ha respetado.

¹³⁶ SOLETO,H.; “La mediación en asuntos civiles y mercantiles.”..., ob.cit. pág.298.

Todo ello a salvo el derecho de las partes de solicitar de forma voluntaria acudir al instituto de la mediación, bien de mutuo acuerdo o por decisión de una de las partes en virtud de un acuerdo de sometimiento previo. De solicitarse de manera voluntaria una vez iniciado el proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

En cuanto a los conflictos idóneos¹³⁷ para acudir a mediación en el orden jurisdiccional civil y sin ánimo de elaborar una lista tasada, podemos tener en cuenta diferentes criterios que aconsejan acudir a mediación, así todos aquellos en los que exista entre las partes una relación continuada, como en las disputas vecinales, de propiedad horizontal, o cuando entre las partes existan o puedan surgir diversos litigios, como en el caso de posibles acciones de repetición, reclamaciones frente a empresas insolventes, incumplimientos contractuales a consecuencia de actuaciones dañosas de terceros, o cuando el cauce procesal no suponga un resultado satisfactorio para ninguna de las partes, como en el caso de las ejecuciones o cuando exista un alto grado de incertidumbre en el resultado económico solicitado, como son los casos de responsabilidad civil extracontractual, entre otros.

Sobre la idoneidad de los casos mediables, nos remitimos a la parte especial de este estudio donde formularemos unas precisiones con mayor detalle.

2.7.1.1. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En los últimos tiempos, como anunciamos en aras a una mayor precisión terminológica, existe una tendencia a sustituir la denominación de sistemas alternativos de resolución de conflictos, por la de sistemas adecuados de

¹³⁷ Basada en la tipología de casos contenida en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ*. 2013, págs. 24 -26.

resolución de conflictos, y ello porque la mediación, al igual que otras técnicas, se presentan como mecanismos más adecuados para gestionar o resolver determinados tipos de conflicto, como pueden ser los originados en el ámbito familiar, en cuanto que reclaman más diálogo y menos autoridad, dado los componentes afectivos y emocionales inherentes a los mismos.

El procedimiento de mediación, y por lo que a nuestro ordenamiento se refiere, es en el ámbito del derecho de familia donde se encuentra más estructurado y alcanza su máximo desarrollo, pues además de las ventajas anteriormente citadas, contribuye a disminuir la tensión entre las partes, favorece la comunicación y entendimiento entre ellas, lo que redundará en beneficio de los hijos, constituyendo el interés y bienestar de éstos el objetivo primordial de la mediación familiar. No olvidemos que los conflictos familiares afectan a cuestiones personales y a la intimidad de la familia, por lo que, dado el carácter público, del proceso judicial, no parece éste la vía más adecuada para la resolución de los mismos.

Ya la Recomendación R(98)1, de 21 de enero, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre mediación familiar recomendaba a los Estados Miembros a instituir, promover o, en su caso, reforzar la mediación familiar. La mediación familiar se encuentra amparada también por la Directiva Europea 2008/52/CE.

A nivel estatal la Ley 15/ 2005 de 8 de julio, supuso un avance importante, su Exposición de Motivos contempla la mediación como recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares, proclama la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y prevé que las partes puedan pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

Por tanto la intervención judicial impositiva, queda relegada a un segundo plano, para aquellos casos en que no sea posible el acuerdo entre las partes o este resulte lesivo para los menores o alguno de los cónyuges.

El artículo 770.7 de la LEC recoge la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, pero no obliga al Juez a suspender el proceso *ab initio* para poder derivar a las partes a una sesión informativa, ni siquiera aconseja esa suspensión inicial.

Por su parte el artículo 777, a propósito del procedimiento de mutuo acuerdo, establece que se podrá adjuntar “*en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*”.

Destaca el Protocolo del CGPJ para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia, de mayo de 2008, que recoge las experiencias piloto que, desde el año 2006, se han venido realizando en Barcelona, Madrid, Málaga, Palma de Mallorca, Pamplona y Sevilla¹³⁸.

La mediación resulta especialmente aconsejable en los procesos de separación, nulidad, divorcio, modificación de medidas, procesos sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad.

¹³⁸SOLETO,H.; “La mediación conectada con los Tribunales”, en *Mediación y resolución...*,ob.cit.pag.396.

2.7.2. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO PENAL ¹³⁹

Las primeras experiencias de mediación¹⁴⁰ en el ámbito penal tuvieron lugar en los EEUU¹⁴¹ y en Canadá a principios de los años 70, partiendo del cuestionamiento de la legalidad penal de los movimientos abolicionistas, la creciente importancia de la víctima y de la reparación.

En 1974 se inició un proyecto de Conciliación víctima-ofensor (VORP) en Ontario (Canadá) en el ámbito del Derecho penal juvenil.

En la década de los 80 la justicia restaurativa se introdujo en el Reino Unido impulsada por el Forum for Initiatives in Reparation and Mediation, surgido en el año 1984.

En Francia se desarrolla al amparo del Decreto de 10 de abril de 1996, que modificó el Código de Procedimiento Penal.

Tal como señala REVILLA¹⁴², por lo que al Derecho español se refiere, los dos principios que tradicionalmente han presidido nuestro proceso penal han sido:

¹³⁹ SANCHEZ ÁLVAREZ, M.P.; “Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos de mediación Revista CGPJ*, Madrid, 2007.

¹⁴⁰ FREIRE PEREZ, M. R.; “Reparación y conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos de mediación Revista CGPJ*, Madrid, 2007, pág. 92.

¹⁴¹ FONT GUZAN, J. N.; “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013, pág. 443. “Sin embargo, la mediación conducida por líderes comunitarios y personas respetadas en la Comunidad han existido en EEUU entre inmigrantes y grupos religiosos desde la época colonial con los ingleses, en 1940 se empezó a utilizar en el ámbito laboral y entre 1960-1970 comenzó a utilizarse para resolver disputas entre diferentes grupos raciales. A partir de la Pound Conference en 1976 hubo un gran crecimiento de métodos alternos de resolución de conflictos tanto en gobiernos estatales como en el gobierno federal.”

¹⁴² REVILLA, J.A.; “La mediación penal”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos; Madrid, 2007, pág.302.

- El de necesidad, en cuanto que el proceso resulta obligado para indagar sobre la infracción penal, los partícipes, juzgarles e imponerles la sanción correspondiente y
- El principio de legalidad, que impone la apertura del proceso penal tras ser conocida la existencia de un acto que presente apariencia delictiva, con la obligación del ejercicio de la pretensión punitiva en determinados supuestos.

Hay que reconocer como positiva la eficacia preventiva del sistema penal contemporáneo, que permite el tránsito de la venganza privada (autotutela) al monopolio de la violencia por parte del Estado a través de un sistema articulado de normas que describen comportamientos lesivos y sus consecuencias jurídicas, sin embargo el proceso penal no sólo no ofrece cauces para la expresión y satisfacción de las necesidades de la víctima sino que, además, frecuentemente supone una experiencia dolorosa para ella, lo que, no en vano se ha denominado “victimización secundaria”¹⁴³.

La víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado. La institución procesal de la conformidad entre acusación pública o privada, acusado y abogado defensor puede servir simbólicamente para materializar el acuerdo entre las partes y, ofrecer así, una participación más eficaz a la víctima en la consecución de su pretensión en el delito sufrido; pero, con mucha frecuencia, sin haberla escuchado previamente. El acuerdo de conformidad se refiere a los hechos objeto de acusación, la pena a imponer y la determinación de la responsabilidad civil, respecto de los que el Juez queda vinculado.

¹⁴³ RÍOS MARTÍN, J.C.; *Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y disminución de la violencia*, pág.6.

Este instituto de la conformidad en, no pocas ocasiones, deja fuera a la víctima, generando una sensación de olvido y sentimiento de impotencia o rabia que, por lo general, hace que la víctima lo sea no sólo del delito sufrido, sino también de las disfunciones del proceso.

Por ello en los últimos años en el proceso penal se habla de justicia restaurativa con el fin de aproximar a las partes en conflicto, el autor y víctima, utilizando el principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal y reduciendo las condenas en caso de que exista un compromiso efectivo de reparar, lo que conduce a una mayor pacificación social como puntualiza PECES MORATE¹⁴⁴.

La justicia restaurativa, según REVILLA¹⁴⁵, constituye una nueva forma de afrontar la resolución de las cuestiones derivadas del delito, que alcanza globalmente a todas las personas implicadas, quienes resuelven el conflicto planteado por la comisión del delito con el objetivo primordial de la reparación material o inmaterial, de los daños. Añade, que no se trata de un método específico, sino que responde más bien a una nueva visión de la justicia penal, donde la participación y necesidades de las víctimas se sitúan en un primer plano, incidiéndose sobre el sentido de la responsabilidad del delincuente con el fin de su reinserción social.

La mediación penal, podemos decir que es una de las propuestas de la justicia reparadora o restaurativa, consistente en buscar un equilibrio entre los intereses de la víctima, de la comunidad y la necesidad de reinserción social de los infractores.

¹⁴⁴ PECES MORATE, J.; “*La Justicia en ...*”, Ob.cit., pág. 67.

¹⁴⁵ REVILLA, J.A.; “*La mediación penal*”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos; Madrid, 2007, pág.303.

Para la víctima ofrece una serie de ventajas, como tener la oportunidad de participar en la resolución del conflicto en que se ha visto involucrado o la de ser reparada de los daños y perjuicios sufridos, recuperando la tranquilidad personal.

Para el infractor, le va permitir concienciarse de sus actuaciones y de las consecuencias derivadas de las mismas, así como participar de forma activa y voluntaria, siempre que sea posible, en la mediación con la víctima, compensar y reparar a ésta y le permitirá aprovecharse de los beneficios, reconocidos en cada caso, en el código penal. ¿No es éste el objetivo de un ordenamiento penal moderno y democrático, lograr la reinserción que no el castigo del infractor? Como diría BECCARIA¹⁴⁶ el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y mas durable sobre los ánimos de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

Para la comunidad en cuanto persigue la rehabilitación del ofensor, así como prevenir la reincidencia.

Ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni el Código Penal recogen actualmente referencia alguna a la mediación, si bien el Código Penal de forma expresa reconoce determinados beneficios jurídicos al infractor que repara el daño causado a la víctima¹⁴⁷, en este sentido podemos destacar la circunstancia atenuante genérica del artículo 21.5, la apreciación de alguna atenuante específica a lo largo del articulado de la parte especial del Código (en el artículo 319 y siguientes en relación con delitos sobre la ordenación del

¹⁴⁶ BECCARIA, C.; Alianza editorial, 1991, pág. 34.

¹⁴⁷ Vid. REVILLA, J.A.;" La mediación penal", en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para...*, ob.cit., Tecnos; Madrid, 2007, págs..3014-315.

territorio, en los artículos 321 y siguientes, sobre el patrimonio histórico, artículos 325 y siguientes sobre los recursos naturales y medio ambiente, entre otros) o la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad en el artículo 88. La suspensión¹⁴⁸ de la ejecución de la pena privativa de libertad, exige atender a la víctima, al requerirse la previa audiencia de las partes, y la reparación o pago de las responsabilidades civiles para su concesión excepto que se declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas, después de oír a los interesados y el Ministerio Fiscal. Además contempla posibilidad de imponer reglas de conducta, pudiendo condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes, que pueden relacionarse con la voluntad de resocialización y rehabilitación. El indulto también extingue la responsabilidad criminal y será necesario oír a la parte ofendida, según el artículo 24 de la Ley de Indulto. También se admite el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio (201.3 CP); en los delitos contra el honor (215.3 CP), entre otros. Del mismo modo tipifica diferentes delitos y faltas únicamente perseguibles previa denuncia del ofendido, donde tiene cabida la mediación.

Debido a que en nuestro ordenamiento rige los principios de legalidad y de obligatoriedad de su ejercicio por parte del Ministerio Fiscal, las partes de la mediación no pueden disponer de la acción penal, si bien la mediación permite un diálogo no sólo horizontal entre víctima, imputado y mediador, sino también vertical con el Ministerio Fiscal y el Juez o Tribunal, proponiendo a éstos últimos otras formas de resolución del conflicto diferentes al castigo.

Las experiencias autonómicas en materia de mediación han sido diversas, desde 1990 se han desarrollado pilotos en distintos puntos del país,

¹⁴⁸ PERULERO GARCIA, D.; “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en *Mediación...*, ob.cit. págs. 468 y 469.

destacando la experiencia en Cataluña y País Vasco, donde la mediación intrajudicial es mantenida y promovida por los gobiernos autonómicos.

Como dato, la Unidad de mediación intrajudicial de Murcia, sobre la que volveremos, ha elaborado un protocolo de derivación a mediación en asuntos penales, en menores y familia, en el primero de ellos, sin definir un lista tasada y obligando al respeto a los límites derivados del imperio de la Ley cita algunas tipologías delictivas en que la mediación tiene mayor garantía de éxito, como son las infracciones flagrantes, las agresiones cruzadas, el tracto sucesivo, las faltas, los delitos contra la libertad, lesiones, amenazas, entre otras¹⁴⁹. Del mismo modo el CGPJ ha elaborado un Protocolo de derivación a mediación en las diversas fases del proceso penal¹⁵⁰.

A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Sin que, como señala SOLETO¹⁵¹, sea recomendable a priori excluir cuestiones de la mediación, pues en la práctica el caso es evaluado en distintos momentos por distintos operadores y la cuestión de la adecuación del método de resolución de conflictos al caso se ha de mantener durante todo el proceso.

¹⁴⁹ Manual operativo de la Unidad de Mediación intrajudicial de Murcia, pág. 28.

¹⁵⁰ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, CGPJ, 2013, págs. 93-110.

¹⁵¹ SOLETO, H.;“Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa...*,ob. cit., pág. 94.

Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general.

Como referencias legales europeas podemos citar la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), que define la mediación penal¹⁵² como *“la búsqueda, antes o durante el proceso penal de una solución negociada entre víctima y autor de la infracción, en la que medie una persona competente”* y obliga a los Estados Miembros a impulsar la mediación en aquellas causas penales cuya infracción se preste a este tipo de medida poniendo para ello como fecha límite el 22 de marzo de 2006, plazo que es evidente que en nuestro país no se ha respetado.

La Ley Procesal de esta jurisdicción no ha dado cumplimiento, entre otros instrumentos normativos, a la Directiva europea 2012/29/UE de 14 de noviembre de 2012 sobre el Estatuto a las Víctimas en los procesos penales, que sustituye a la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI). Esta Directiva, a los efectos que ahora nos interesa, contiene una definición de justicia reparadora¹⁵³ y recoge el compromiso de los Estados miembros a legislar según sus principios antes del 16 de noviembre de 2015. Entre los servicios de justicia reparadora cita expresamente la mediación entre víctima e infractor, exigiendo garantía para evitar la victimización secundaria de la víctima, intimidación y represalias.

¹⁵² Artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001.

¹⁵³ El artículo 2.1d) de la Directiva 2012/29/UE, define la «justicia reparadora», como cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial.

Resulta curioso que el artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 mencionaba ya la mediación como un mecanismo informal de resolución de conflictos, que debería ser utilizado allí donde resultare apropiado para facilitar la conciliación y reparación de las víctimas.

No obstante la incorporación de la mediación al derecho penal no está exenta de dificultades, de un lado se cuestiona si se respeta el derecho a la presunción de inocencia del imputado. A este respecto, SÁEZ VALCÁRCEL¹⁵⁴, afirma que parece prudente plantear la mediación en aquellos casos en los que el imputado ha admitido los hechos, en los que no ha contestado o negado de manera seria los cargos. El riesgo estriba en que la mediación se convierta en una manera rápida y sin garantías de concluir el proceso, si bien la figura del mediador, sostiene este autor, puede ser concebida como un garante de los derechos fundamentales, entre ellos del derecho a la presunción de inocencia del imputado, puesto que podrá ponerse término a la mediación tan pronto se tengan indicios de que el imputado no cometió los hechos que se le atribuyen.

Por su parte, FREIRE PEREZ¹⁵⁵ afirma que para evitar la vulneración de este derecho de presunción de inocencia es necesario concurren una serie de presupuestos:

- Que el imputado haya admitido por iniciativa propia alguna participación en los hechos.
- Que el ofrecimiento a participar en el programa de mediación no comporte el reconocimiento de los hechos.

¹⁵⁴ SÁEZ VALCÁRCEL, R.; *“La mediación...”, ob.cit.,* pág. 73.

¹⁵⁵ FREIRE PEREZ, M. R.; *“Reparación y conciliación. El derecho penal y los intereses de víctimas e imputados”,* págs. 104-105, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos de mediación Revista CGPJ*, Madrid, 2007.

- Que en el ofrecimiento a participar en el programa de mediación se informe al imputado que la valoración final de los beneficios jurídicos corresponde al Juez o Tribunal.
- Que la participación en este programa sea voluntaria y el contenido de la sesiones confidencial, a salvo la voluntad de las partes.

Sin duda la instauración de la mediación penal es una necesidad impuesta por las obligaciones internacionales, pero también reclamada en la práctica. Por ello el Anteproyecto de Código Procesal Penal recoge de forma expresa y por vez primera, referencia a la mediación penal y establece que con ella se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso.

Como la propia Exposición de motivos aclara el modelo restaurativo que se implantará respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional. Supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o incluso sin repercusión sustantiva alguna). La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima.

Como SOLETO¹⁵⁶ señala debemos destacar la actividad de organizaciones no gubernamentales que en el ámbito europeo están coadyuvando al desarrollo de la mediación y la justicia restaurativa, una es la ya citada GEMME y otra, especializada en el orden penal, es el European Forum of Restorative Justice, formado por investigadores, prácticos, jueces, fiscales y otros operadores jurídicos, que fomenta la difusión del conocimiento, la transmisión de experiencias e iniciativas de investigación.

2.7.2.1. DERECHO DE MENORES

Así como en el orden jurisdiccional civil es en el ámbito familiar donde la mediación alcanza su máxima expresión, en el orden jurisdiccional penal es en el ámbito del Derecho de menores, donde destaca el papel de la mediación como medio de resolución de conflictos, pues constituye uno de los mejores exponentes del principio de intervención mínima e interés del menor.

De hecho, fue el primer ámbito en el que el instituto de la mediación se implantó y es la única rama del Derecho donde de verdad constituye una alternativa, que no un complemento, a la vía judicial, en cuanto que faculta al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal evitando la estigmatización del proceso judicial. Esta afirmación se basa, como expusimos en la reflexión de SOLETO¹⁵⁷, sobre los diferentes modelos de justicia restaurativa, donde indicaba que puede interpretarse que la mediación que se desarrolla en programa de menores pueden ser sistemas alternativos cuando se realicen en un momento inicial y se proceda al archivo del asunto, si bien matiza, que es fundamentalmente complementario que no alternativo.

¹⁵⁶ SOLETO, H.; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa....*, ob. cit., págs. 97-98.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pág. 84.

REVILLA¹⁵⁸ nos recuerda que, de conformidad con el artículo 19 del Código Penal, los menores se encuentran excluidos del Derecho penal de adultos, al señalar que *“los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código, y cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable conforme a lo dispuesto en la Ley que regula la responsabilidad penal del menor”*, lo que motivó el nacimiento de la Ley Orgánica 5/2000, en cuya Exposición de Motivos se establece que se aparta de los fines clásicos del Derecho penal, pues aunque su naturaleza es formalmente penal, es materialmente sancionadora-educativa. Es precisamente ese aspecto educativo el que marca la diferencia con las normas estrictamente penales de carácter retributivo.

En el ordenamiento español es el artículo 5 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el que da cabida a la mediación y contempla la posibilidad de que el procedimiento de mediación se inicie tanto por iniciativa del Ministerio Fiscal, atendiendo a las circunstancias concurrentes o a instancia del Letrado del menor, o por iniciativa del equipo técnico. De iniciarse el procedimiento de mediación y finalizar con un acuerdo el equipo técnico deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal quien desistirá de la continuación del expediente y solicitará del órgano judicial el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, quedando a salvo la acción civil, salvo que el acuerdo también hubiera alcanzado a ésta.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor, en su artículo 19 regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, y *entiende producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la*

¹⁵⁸ REVILLA, J.A.; “La mediación penal”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos; Madrid, 2007, pág.311.

víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entiende por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

El artículo 8 del Reglamento prevé también que la mediación se lleve a cabo por las entidades públicas correspondientes.

La mediación podrá llevarse a cabo durante la ejecución de la medida impuesta, tal y como contempla el artículo 51 de la LORPM.

2.7.2.2. LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004, de 2 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, en su artículo 44, establece la prohibición expresa de la mediación cuando exista violencia de género

Para algunos autores¹⁵⁹, esta prohibición resulta demasiado radical, al no permitir ninguna matización, máxime cuando como acabamos de ver, en el ámbito del derecho de familia la mediación aparece como instrumento idóneo y eficaz. La aplicación del precepto legal en su literalidad veta la mediación en cualquier proceso de separación o divorcio, si se tiene conocimiento de algún acto de violencia de género.

¹⁵⁹CASTILLEJO MANZANARES, R.; “Mediación en el ámbito familiar”, en *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011, págs. 350 y siguientes.

Los defensores de la mediación en esta parcela del ordenamiento entienden que los supuestos de violencia de género son numerosos y sería aconsejable evaluar el caso concreto para valorar su conveniencia. En este sentido, el CGPJ, en el Informe sobre Violencia de Género en el ámbito familiar de 2001, destacaba la oportunidad de remitir al orden jurisdiccional civil las infracciones leves o faltas relativas a violencia doméstica.

Son dos los escollos principales que dificultan la viabilidad de la mediación en los casos de violencia de género:

- La necesidad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento. Lo que se puede salvar modificando el artículo 57 del Código Penal, dejando la imposición de la medida al arbitrio judicial en los casos en que hubiera existido conciliación entre víctima y persona condenada.
- El principio de igualdad, lo que se salvaría excluyendo la mediación en los casos en que por la extrema gravedad o reiteración de los hechos de violencia física, la mujer se encuentre en situación de indefensión. De ahí la importancia de una adecuada formación y reciclaje de mediador, siendo necesario que la mujer que decida acudir a la mediación lo haga tras haber recibido la ayuda necesaria, para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad.

Lo cierto que esta materia podría ser objeto de un amplio debate y mayor estudio, no constituyendo el propósito de nuestro trabajo.

2.7.3. LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

Nos encontramos en un ámbito del Derecho privado, donde los conflictos pueden resolverse de forma privada o a través del órgano jurisdiccional.

La vía jurisdiccional se presenta revestida de una cierta autoridad, solemnidad, coercibilidad y formalismo, sin embargo, estos valores van cediendo y dando paso a otros como la utilidad y eficacia, valores que se encuentran entre los objetivos de los medios alternativos de solución de conflictos.

Los conflictos laborales pueden ser: colectivos o individuales, los primeros afectan a intereses generales de grupo de trabajadores y versan sobre la aplicación e interpretación una norma estatal, convenio colectivo de una decisión o práctica de una empresa. Los individuales versan sobre intereses particulares.

La idea básica que motivó originariamente la elaboración de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, fue la de configurarla como la ley unificadora a favor de los juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social de todas las materias de prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, exceptuando los materiales penales y evitando, entre otros extremos, que en caso de accidente de trabajo el trabajador o sus beneficiarios o el empresario, fundamentalmente, tuvieran necesariamente que acudir a los juzgados civiles, sociales y contencioso-administrativos para intentar hacer valer sus derechos, bastando con su ejercicio ante el orden social, evitando el peregrinaje de jurisdicciones y con la finalidad de lograr seguridad jurídica y celeridad.

Esta Ley introduce una autentica novedad al establecer, como norma general y conforme a lo dispuesto en el artículo 63, que toda demanda debe ir acompañada del certificado que acredite el intento de conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente, el SMAC o ante órganos que asuman estas funciones en virtud de Convenio Colectivo, si bien el artículo siguiente enumera los procesos exceptuados de dicho requisito. La extinta la

Ley de Procedimiento laboral sólo contenía referencia a la conciliación que no a la mediación.

Esto en lo que se refiere a la conciliación previa al proceso de carácter obligatorio, pero la Ley también regula la conciliación procesal, que tiene lugar una vez el proceso está iniciado. La conciliación procesal se encuentra regulada en el artículo 84 de la LJS, tiene carácter obligatorio y conviene destacar que, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, se ha atribuido al Secretario judicial la facultad conciliadora, siguiendo el mandato contenido en el artículo 456 de la LOPJ y en términos similares establece que intentará llevar a cabo la conciliación a través de la labor mediadora que le es propia, observamos pues una cierta confusión entre conciliación y mediación. Con esta redacción debe de entenderse que el legislador quiso alejar esta función de la judicial, otorgando al Secretario en su papel de gestor del proceso competencias de autocomposición.

La ley 36/ 2011 no sólo introduce de forma expresa la referencia a la mediación en el artículo 63, a propósito de la conciliación pre- procesal, sino también una vez iniciado el procedimiento y así en el artículo 82, de modo similar al orden jurisdiccional civil, advierte a las partes de la posibilidad de someter a mediación la controversia sin que ello de lugar a la suspensión del procedimiento, salvo que las mismas lo interesen, debiendo, en su caso, comunicar el acuerdo alcanzado si implica la solución del conflictos, en aras a un mejor funcionamiento de la Administración de justicia.

Precisar que las excepciones que se contienen en el artículo 64 de la LJS para la conciliación o mediación previas no son aplicables a la conciliación procesal del artículo 84, porque el legislador no lo ha establecido expresamente, lo que hubiera sido deseable o al menos que hubiera precisado o enumerado los supuestos en que esta conciliación procesal ha de llevarse a

cabo. En varios casos en que no cabe la conciliación previa, si cabe la procesal, como por ejemplo en los procesos de vacaciones, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, entre otros.

No obstante quedarán excluidos de la conciliación procesal, aquellos supuestos que requieren de reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social, regulada en los artículos 69 y siguientes de la Ley y en aquellos casos en que algunas de las partes no pueden transigir.

La Ley 36/ 2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, incluye por tanto la mediación, junto con la conciliación en el título V “De la evitación del proceso”, con ello el legislador parece querer poner de manifiesto que nos encontramos antes sistemas alternativos de resolución del conflictos diferentes, procurando evitar confusiones que de ordinario se venían produciendo.

En este nuevo texto legal se facilita en todo momento el acuerdo que las partes puedan alcanzar en cualquier fase del proceso, muestra de ello lo constituye el artículo 246, donde recoge de forma expresa esa posibilidad de las partes en fase de ejecución, si bien siendo necesario la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que se encuentra la homologación judicial, posibilidad hasta ahora inexistente.

En la práctica de los órganos judiciales españoles, se están creando protocolos de actuación, como el de Madrid o Bilbao, donde se contienen unas directrices de actuación para la implantación de una experiencia piloto de mediación intrajudicial en los juzgados de lo social. Entre estas directrices se contemplan los principios que rigen el procedimiento de mediación, los objetivos perseguidos, una descripción del procedimiento, así como los asuntos susceptibles de ser remitidos a mediación.

Así, por ejemplo, en el de Madrid, aun admitiendo que la mediación puede hacerse en todos los procedimientos en los que la conciliación es posible, sin limitación apriorística, en una primera fase fija las materias con las que comenzará a trabajar: modificación de las condiciones de trabajo de carácter individual, movilidad geográfica, sanciones, vacaciones, conciliación de la vida familiar y laboral.

El Protocolo recoge que se debe evitar la remisión de aquellos asuntos que, por sus particulares circunstancias se revelen como de especial conflictividad o con escasas posibilidades de que la mediación tenga éxito, lo que parece obedecer a un criterio de optimizar los escasos recursos existentes.

En los Juzgados de lo social en Madrid, la experiencia piloto se puso en marcha el 1 de febrero del 2012, sólo un número reducido de juzgados se acogieron a esta experiencia(10 juzgados), en la que el Secretario judicial sólo remite información escrita sobre el servicio de Mediación a las partes en un número, como hemos visto, limitado de materias, por lo que no es posible obtener una muestra real con la que analizar el éxito de la mediación en este contexto.

En Bilbao, el piloto se desarrolló bajo la extinta Ley de procedimiento laboral, la mediación es recomendada directamente por los jueces de forma verbal y se limita a las siguientes materias: acoso laboral, vulneración de derechos fundamentales, conciliación vida familiar y laboral, sanciones, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, vacaciones, reconocimiento de derecho y cantidades.

No obstante dejando en todo momento abiertas otras vías de resolución del conflicto, como la mediación o la conciliación extrajudicial, soy partidaria de una profunda reforma que, sin limitar derechos u opciones a las partes, garantice la agilidad necesaria en este orden jurisdiccional, tan colapsado en estos momentos, en parte por la fuerte crisis económica que venimos padeciendo. Reforma que debería dejar al arbitrio y voluntariedad de las partes acudir a la conciliación previa en aquellos casos que el legislador la ha establecido con carácter obligatorio, pues en muchas ocasiones se convierte en un trámite rituario sin eficacia ni efectividad alguna más que el retraso en la llegada de los autos a los Tribunales.

Algunos compañeros han manifestado su preocupación por la duplicidad: conciliación y mediación conectada con los Tribunales y ven en peligro la reciente función conciliadora atribuida al Cuerpo de Secretarios judiciales de implantarse en toda su extensión la mediación, sin embargo, insistimos en que se trata de métodos diferentes de resolución del conflicto y, como en detalle analizaremos en un momento posterior, en ambos el Secretario judicial juega un papel importante, pero también diferente.

2.7.4. MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.¹⁶⁰

Anticipamos que la mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico reviste unas peculiaridades propias derivadas de la relación entre los sujetos que regula.

¹⁶⁰ Vid. MOYA MEYER, H.; “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesús Peces Morate, del CGPJ; 2010.

El articulado de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa actual (en adelante LJCA) ni tan siquiera se refiere a la mediación, sólo algunas leyes sustantivas, como el artículo 45 de la Ley 7/ 2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, contempla la posibilidad de acudir al arbitraje y la mediación para solventar conflictos que puedan derivarse de la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos a que se refiere el artículo 38 del mismo texto legal.

No obstante, la Exposición de Motivos de la ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, establece que *“lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos”*. Parece pues, que esta redacción posibilita acudir a otros sistemas de resolución de conflictos, entre los que se encuentra la mediación.

Haremos referencia a la adecuación de las alternativas de resolución del conflicto tanto en la vía administrativa como en el marco de la jurisdicción contencioso- administrativa, que constituirá el objeto propio de nuestro estudio. Si bien, tanto el proceso judicial como el procedimiento administrativo, deben permitir que encontremos el mejor modo y momento en cada caso para la solución a los problemas que se deriven de la actuación administrativa, en su más amplia acepción.

Siguiendo la distinción, ya analizada, de SOLETO¹⁶¹ a propósito de los diferentes modelos de justicia restaurativa, podríamos decir que cuando nos encontremos en la vía administrativa estamos ante verdaderas alternativas, mientras que llegado el conflicto a la jurisdicción contenciosa seríamos más precisos si utilizáramos la terminología de sistemas complementarios cuando nos referimos a mediación en el ámbito contencioso-administrativo.

Evidentemente, la relación del ciudadano con la Administración ha variado mucho desde los inicios del Derecho Administrativo, y ya en el siglo XXI el servicio al ciudadano y la eficacia, también en la resolución de conflictos, apunta una forma menos procedimental y más flexible de la aproximación a las soluciones posibles.

En este sentido, la Recomendación R (2001) 9 que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas, adoptada por el Comité de Ministros el 5 de Septiembre de 2001, recoge una serie de medidas para mejorar el acceso a la justicia, entre las que se encuentra la mediación.

Entre las ventajas recogidas en esta Recomendación para resolver los conflictos con las autoridades administrativas a través de esta alternativa se encuentran: la mayor sencillez y flexibilidad del procedimiento, una solución menos cara y más rápida, acuerdos amistosos, resoluciones con arreglo al principio de equidad y no sólo conforme a las más estrictas reglas legales y mayor discreción.

Del mismo modo, se establece que el uso de estas alternativas debe permitir en todos los casos la revisión judicial, en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la Administración pública.

¹⁶¹ SOLETO, H.; "Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia restaurativa en España", en *Justicia restaurativa...*, ob. cit., págs. 83-84.

Los Estados deben promover el uso de sistemas alternativos, tanto en sus legislaciones como en la práctica, para lo cual se recogen en la Recomendación una serie de principios de buena práctica.

En cuanto a los casos apropiados para la resolver a través de sistemas alternativos destaca, los relativos a actos administrativos individuales, los derivados de contratos, responsabilidad civil y, en general, los que comporten una reclamación de suma de dinero.

La Recomendación prevé que la mediación pueda ser una alternativa previa a la vía judicial, para lo cual contempla la posibilidad de que se establezca esta alternativa como pre-requisito obligatorio para comenzar la vía judicial, entendemos se refiere con ello a la sesión informativa. Del mismo modo, y en relación con la conexión de la mediación con los Tribunales, prevé la mediación una vez comenzado el procedimiento judicial por recomendación del Juez.

2.7.4.1. **LA VÍA ADMINISTRATIVA**

La vía administrativa previa nos lleva al análisis de los artículos 88 y 107 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJPAC.

La ley 30/1992, de 26 de noviembre incorporó a nuestro Derecho administrativo, con carácter general, la figura del acuerdo celebrado entre la Administración y el interesado, en el marco de un procedimiento administrativo, como instrumento alternativo al tradicional acto administrativo unilateral para el ejercicio de potestades administrativas.

La incorporación de los denominados “acuerdos procedimentales” fue considerada en el momento de aprobarse la Ley una de las novedades más significativas de la misma, como señala DE PALMA DEL TESO¹⁶².

El **artículo 88** a propósito de los modos de terminación del procedimiento administrativo, establece que:

“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, 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 y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”.

¹⁶² DE PALMA DEL TESO,A.; en “Las técnicas convencionales en los procedimientos administrativos”, en Alternativas convencionales en el Derecho tributario. Marcial Pons, 2003.Madrid, pág.16.

Este precepto incorpora en el derecho administrativo los instrumentos convencionales de terminación del mismo, pero a su vez, recoge una serie de exigencias:

En primer lugar, estos pactos, acuerdos o convenios no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico. Este requisito constituye uno de los límites habituales en el marco contractual, tanto en el ámbito del derecho privado como público, para lo que basta observar lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil o el artículo 25 de la Ley de Contratos del sector público.

Sin embargo, el problema práctico radica en determinar cuándo se ha vulnerado lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, para lo que tendremos presente el artículo 9 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y lo dispuesto en los artículos 53 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que incluyen como límite la desviación de poder. No obstante, no ignoramos la dificultad de apreciación de una posible desviación de poder por parte del mediador.

En relación con este primer requisito, GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶³ distinguía entre potestades regladas y discrecionales de la Administración y afirma que “no cabe negociación en la primeras porque reduciría a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar a presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente”.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRIA, E.; *Curso de Derecho Administrativo* Volumen I, Madrid, 1999, pág. 447.

Coincidimos que en estos casos la negociación está más constreñida por las consecuencias previamente determinadas por la norma que no cabe excluir, pero nada impide la negociación que “dulcifique” las consecuencias o minore los perjuicios, incluso para la Administración pública que habría de actuarla. Piénsese en un funcionario municipal que incumple de forma reiterada su horario y que aburrido el superior jerárquico decide someterlo a un expediente que culmina con una sanción de suspensión de funciones de una semana. ¿ No sería admisible que ambos decidiesen que la suspensión no se hiciera efectiva hasta que se reincorporase otro funcionario que pudiera sustituirlo, o que se cumpla acortando una hora diaria durante los siguientes 40 días de trabajo? Creemos sería conforme a Derecho el acuerdo alcanzado que conciliase los intereses del funcionario sancionado con los públicos de atención del servicio.

Compartimos la opinión de CARBALLO¹⁶⁴, quien afirma que la actividad reglada o discrecional no excluye la mediación convencional basada en el principio de autonomía de la voluntad. CARBALLO defiende que dada la complejidad de situaciones jurídicas que se producen en el orden jurídico administrativo, las potestades regladas no pueden convertirse en una actuación automática y apela al artículo 3 del Código civil para justificar algunos elementos de discrecionalidad en ese ámbito de potestades administrativas regladas.

En ocasiones la norma jurídica es susceptible de diversas interpretaciones y habrá que ajustarse a aquella más acorde con las circunstancias del caso concreto, es ahí donde es posible un cierto margen de discrecionalidad, y desde donde es sostenible que la mediación no es una actuación *contra legem*, sino una técnica convencional que permite al mediador proponer soluciones al

¹⁶⁴ CARBALLO MARTINEZ, G.; *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Editorial Aranzadi, 2008, pág. 167.

conflicto más adecuadas a la interpretación de la norma jurídica y más favorable a la eficacia de los derechos controvertidos.

Por tanto, el ejercicio de la mediación en el marco de las potestades regladas, es posible, si bien limitada a una actuación de carácter interpretativo y siempre acorde al principio de legalidad, a salvo de situaciones amparadas en reglas de derecho cerradas o de parámetros fijos, como por ejemplo, la fijación de la edad de jubilación. Aunque no nos cabe duda que donde mayor margen de maniobra tendrá la mediación, será en el ámbito de las potestades discrecionales, que en todo caso deberá adecuarse al ordenamiento jurídico. Sobre la viabilidad de la mediación en el caso de actuaciones regladas volveremos con detalle en un pasaje posterior.

De otro lado, el artículo 88 exige que nos encontremos ante materias susceptibles de transacción, lo que requerirá un análisis detallado de aquellas materias en que nuestro ordenamiento admite dicha posibilidad.

Además será necesario que dichos instrumentos persigan satisfacer el interés público que tienen encomendado, de lo contrario incurriría en desviación de poder.

La LRJPAC, entre las disposiciones generales del recurso administrativo, en su artículo 107. 2 contempla la posibilidad de que *“las leyes puedan sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

En las mismas condiciones, admite la sustitución del recurso de reposición por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado”.

Obsérvese que la resolución del conflicto queda encomendada un órgano colegiado o comisión caracterizada por su independencia respecto del órgano que ha dictado la resolución impugnada. De tal forma que no existe ninguna relación de jerarquía entre el órgano que ha dictado la resolución y el que debe dirimir el conflicto.

La diferencia más significativa con el artículo 88, que alude a una mediación contractual cuyo objetivo es llegar a un acuerdo resolutorio o preventivo en una relación jurídica administrativa, consiste en que en este segundo supuesto la mediación, la conciliación o el arbitraje aparecen como fórmulas sustitutivas de los recursos administrativos y que por tanto agotarán el procedimiento administrativo común, si bien no podemos olvidar que se trata de soluciones alternativas.

De otro lado, podemos decir que así como el artículo 88 no impide una mediación llevada a cabo por una persona individual, el artículo 107 parece vetar esta posibilidad al utilizar literalmente los términos “*órganos colegiados o comisiones específicas*” para referirse a los encargados de facilitar la resolución de la controversia.

2.7.4.2. JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Nos encontramos con un ámbito jurisdiccional revisor del ajuste a Derecho de las acciones y omisiones de las Administraciones Públicas y entidades asimiladas¹⁶⁵.

¹⁶⁵ DE LA OLIVA, A.; “Mediación y justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí* 2011, nº 8, pág.11.

En términos similares COSCULLUELA¹⁶⁶, al afirmar que el proceso contencioso-administrativo se concibe como un control de legalidad para garantizar sustancialmente intereses y derechos afectados por la actividad a controlar.

Como ya anunciamos, la propia Exposición de Motivos de la LJCA, tras hablar de la necesidad de una justicia de calidad, recoge la posibilidad de que el control de la legalidad de las actividades administrativas se efectúe por otras vías complementarias de la judicial, para evitar la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de los numerosos conflictos. Por tanto, la propia Exposición de motivos da cabida a diferentes vías de resolución de conflictos, entre las que se encuentra la mediación, vía que en todo caso es compatible con el derecho de la tutela judicial efectiva.

El estudio de los ADR en la jurisdicción contenciosa administrativa nos conduce al análisis del artículo 77 de la LJCA.

Actualmente la LJCA reguladora del proceso contencioso-administrativo en su artículo 77 de la LJCA hace referencia a la transacción entre los modos de terminación del procedimiento y dispone que

“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

¹⁶⁶ COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho...*, ob.cit., pág.428.

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.

Si las partes llegarán 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.”

Lo cierto es que el artículo 77 utiliza de modo indistinto las palabras “*conciliación, acuerdo y transacción*”. Si atendemos a su literalidad parece referirse a la conciliación intraprocesal, esto es a un modo de autocomposición a instancia del Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte para que las partes intenten la conciliación. Lo que es evidente es que esta previsión legal está poco desarrollada en la práctica.

PEREZ MORENO¹⁶⁷ afirma que el artículo 77 no hace sino que introducir una técnica de autocomposición, conciliación, para que las partes pongan término a sus conflictos, mediante la consecución de un acuerdo, y añade que el artículo 113 equipara la fuerza ejecutiva de este acuerdo a la de la sentencia. Pero la cuestión que a nosotros nos ocupa, y sobre la que volveremos, es si el término “acuerdo” da cabida en el ámbito contencioso-administrativo a la mediación.

¹⁶⁷ PEREZ MORENO, A.; *Procedimientos de conciliación...*, ob.cit. , pág. 26.

Sobre la base de la reforma operada por ley 19/ 2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 6/ 1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 456, no cabe duda que la labor mediadora no sólo puede, sino que se debe ejercer en el proceso.

Resulta interesante la afirmación contundente de ROJAS POZO¹⁶⁸ al reconocer el mandato que el pueblo español ha dado al Juez y a las partes para buscar soluciones pactadas, al aprobar el artículo 77 de la LJCA.

El Proyecto de mediación de en asuntos civiles y mercantiles, de 11 de abril de 2011, no se limitaba a la regulación de la mediación en el orden civil y mercantil, sino que a través de su Disposición Adicional Tercera, contemplaba la modificación de la redacción del artículo 77, en los siguientes términos:

*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.***

¹⁶⁸ ROJAS POZO, C.; *Justicia para, por y sobre todo, con los ciudadan@s*. Premio Calidad de la Justicia, 2012, pág. 14.

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 o **mediación**, siempre que se sujete al procedimiento previsto en la ley o, en su caso, cuando todas las partes personadas lo soliciten suspenderá el curso de las actuaciones, a cuya terminación las partes informarán al Tribunal del resultado del procedimiento que hubieren seguido. Aunque se reanude el proceso, el Tribunal admitirá 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.*

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.»

Obsérvese que el Proyecto no sólo recogía de forma expresa la referencia a la mediación sino que incluso preveía que deviniera obligatoria para las partes en los procesos contenciosos-administrativos cuando versasen sobre estimación de cantidad. Interpretamos que la obligatoriedad se refería al intento de mediar que no de resolver por esta vía su conflicto y ello de conformidad con los principios propios de la mediación a que aludía el citado precepto.

Contemplaba también cambios en la ejecución forzosa, pues conforme al segundo apartado de la Disposición adicional 3ª, el acuerdo alcanzado tras una mediación se equiparaba a una sentencia de condena dineraria al añadir un nuevo apartado al artículo 106 de la LJCA, que establecía que *“Este procedimiento será de aplicación cuando el crédito frente a la Administración se reconociera en un acuerdo alcanzado según lo previsto en el artículo 77 o estuviera impuesto por laudo arbitral”*.

Finalmente el legislador ha optado por no incluir referencia alguna a la mediación en la Ley 5/2012, quizás a la espera de una mayor implantación de esta figura en nuestro ordenamiento y comprobar los resultados que la experiencia, en otros órdenes jurisdiccionales demuestre para acometer tan deseada reforma en un orden jurisdiccional, donde como veremos, se dan numerosas particularidades y reclama de una norma propia.

Resulta necesario que los poderes públicos impulsen la utilización de este instrumento elaborando un marco normativo adecuado que permita su desarrollo y atienda a las peculiaridades propias que derivan de los conflictos con la Administración pública y que iremos viendo a lo largo de nuestra exposición.

CAPITULO 3. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

3.1. MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1.1. CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Comenzamos exponiendo el concepto de Administración Pública, como paso a previo al estudio del derecho Administrativo, dado que éste no es otra cosa que la rama del ordenamiento jurídico que regula la Administración Pública.

Para ello partimos de la definición contenida en el artículo 1. 2 LJCA que establece que *se entenderá por Administración Pública*¹⁶⁹:

- a) *La Administración General del Estado*
- b) *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas*
- c) *Las entidades que integran la Administración local*
- d) *las Administraciones de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las entidades locales.*

Podemos decir que las Administraciones Públicas¹⁷⁰ son entes jurídicos con personalidad jurídica única, propia e independiente reconocida legalmente para el ejercicio de la función administrativa (estatal, autonómica, provincial, local, corporativa, etc.) sobre el administrado. En tal ámbito, se rige por las normas de derecho administrativo. Su actuación debe ser objetiva a favor de los intereses generales y objetivos establecidos en las leyes y demás normas y estar presidida por los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, buena fe, confianza legítima, servicio a los

¹⁶⁹ Esta construcción de la Administración deriva de la sólidamente elaborada por García de Enterría, tal y como nos recuerda TOLIVAR ALAS, L.; en *Derecho Administrativo y Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 16.

¹⁷⁰ COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo...*, ob.cit., págs. 41- 52.

ciudadanos y, en especial, con sometimiento pleno a la Constitución, la Ley y el resto del ordenamiento jurídico.

La importancia del papel de la Administración pública en una sociedad moderna es evidente. El Estado del bienestar es uno de los pilares del sistema social de las economías europeas. Hay que prestar los servicios públicos demandados y debe hacerse con la máxima eficiencia y calidad¹⁷¹.

En las relaciones entre Administraciones públicas debe regir el principio de cooperación y colaboración. En las relaciones con el ciudadano debe respetarse, además, el principio de transparencia y participación. Como tuvimos ocasión de comprobar al detenernos en su definición, no hay procedimiento más participativo para las partes en la resolución de un conflicto que la mediación.

3.1.2. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo¹⁷² es una rama de Derecho Público que regula las Administraciones públicas, su organización, las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas, sus potestades y privilegios, el régimen jurídico de la actividad administrativa dirigida a la satisfacción de los intereses públicos y el sistema de garantías de los ciudadanos frente a la acción de los Poderes Públicos que directamente les afecta.

¹⁷¹ Así viene recogido en el informe Comisión para la reforma de las Administraciones públicas de 2013 (CORA), pág. 35.

¹⁷² COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid. 1993, pág. 47 y siguientes.

Para ZAMBONINO PULITO hablar de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones públicas es hablar de la esencia misma del Derecho administrativo¹⁷³.

Efectivamente el Derecho Administrativo, es de una parte Derecho sustantivo y público, en cuanto que regula relaciones entre el Estado y particulares, y de otro, es Derecho garantizador, porque en él se incluye el estudio de aquellas normas destinadas al Estado en garantía de su cumplimiento, como son la reguladoras de los recursos administrativos, el proceso contencioso-administrativo, la ejecutoriedad forzosa de los actos administrativos y la potestad sancionadora o arbitral de las administraciones públicas¹⁷⁴.

Hemos hecho referencia a la necesidad de una justicia de calidad en aras a garantizar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, pues bien, en el ámbito del Derecho Administrativo la calidad tiene una estrecha vinculación con el principio de eficacia, presente en el artículo 103.1 de la Constitución, donde se establece que *“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”*.

Como señala TEROL¹⁷⁵, la Administración no sólo debe servir al interés general, sino que además debe hacerlo bien, debe atender por igual todas las

¹⁷³ ZAMBONINO PULITO, M.; *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 2010, pág.15.

¹⁷⁴ PARADA, R.; “El Derecho Administrativo. Cuestiones Básicas” en *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pág.29.

¹⁷⁵ TEROL GOMEZ, R.; “La calidad y los indicadores de gestión de la Justicia”, en *Gestión Pública de la Administración de Justicia*, Aranzadi. 2010, pág. 600.

necesidades, resolver con rapidez los procedimientos y no gastar más dinero del necesario, atendiendo a las necesidades y demandas de los ciudadanos.

Es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE) y el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, donde se contienen los parámetros de calidad en relación con la Administración General del Estado.

3.1.3. MODELO DE REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Siguiendo la doctrina mayoritaria, y sin ánimo de extendernos en su exposición, podemos distinguir diferentes modelos de regulación de la Administración Pública¹⁷⁶.

3.1.3.1. EL MODELO ANGLOSAJÓN.

El Reino Unido consagró muy pronto la doctrina de división de poderes y el Estado de Derecho, pese a no tener Constitución escrita. En este modelo no existe un Derecho Administrativo propiamente dicho, puesto que la Administración se somete al Derecho común general y a los Tribunales ordinarios. No obstante se han ido desarrollando reglas procedimentales de actuación de las Administraciones Públicas que incorporan la participación ciudadana en las decisiones que les afecten y técnicas de control

¹⁷⁶ Vid. PARADA, R.; “ La jurisdicción contencioso administrativa”, en *Manual de Derecho...*, ob.cit., Marcial Pons, 2003, págs.629-632 y COSCULLUELA, L.; en “La jurisdicción contencioso administrativa”, en *Manual de Derecho...*, ob.cit., Civitas, 1993, págs. 428-431.

administrativo similares a las del modelo continental europeo, sin embargo, subsiste la ausencia de una jurisdicción especializada.

3.1.3.2. **MODELO FRANCÉS O CONTINENTAL**

Los revolucionarios franceses atribuyen a la Administración Pública un sistema jurídico nuevo, basado en el reconocimiento de la potestad reglamentaria, de una serie de privilegios y prerrogativas y un sistema de control ajeno al Poder Judicial residenciado en un órgano de la propia Administración: el Consejo de Estado francés, todo ello otorga a la Administración Pública una situación de supremacía jurídica respecto a los administrados.

Surge así el Derecho administrativo como un derecho propio que otorga también al ciudadano una serie de derechos para controlar el ejercicio del poder y el restablecimiento de sus derechos violados y la responsabilidad de la Administración Pública. Este modelo es el que se extendió a la generalidad de los Estados continentales europeos, incluidos el español.

3.1.3.3. **MODELOS MIXTOS.**

Dentro de los modelos mixtos podemos, a su vez, distinguir entre el modelo italiano y el armónico establecido en España por Santamaría de Paredes.

- El modelo italiano, se caracteriza por un doble control de la actividad de la Administración sometida al Derecho Administrativo atendiendo al carácter de la acción a enjuiciar. Si afecta a derechos subjetivos del recurrente debe interponerse ante los Tribunales ordinarios, si afectase a sus intereses legítimos deberá acudir a los Tribunales regionales administrativos o al Consejo de Estado, según los casos. No obstante

tras la Ley 205 de 2 de julio de 2000, se han reforzado las competencias del Juez administrativo al atribuirle en exclusiva competencias en las siguientes materias, con algunas excepciones: empleo público, servicios públicos, urbanismo y edificación o concesiones de bienes públicos.

- El modelo armónico establecido en España por Santamaría de Paredes por Ley de 1888, contemplaba una única vía de control, pues se atribuía a un sólo órgano pero de composición mixta, integrado en parte por jueces y en parte por miembros de la Administración.

El origen del Derecho administrativo español data de la aprobación de la primera Constitución en 1812, aunque las vicisitudes políticas del siglo XIX impidieron su consolidación hasta la Constitución de 1837. Con excepción del control de la Administración pública, en que el Derecho español ha seguido diversas variantes, la formación del Derecho Administrativo español ha seguido el modelo francés, cuyas notas características estudiaremos a continuación¹⁷⁷.

El sistema español consagrado en la Constitución española de 1978 como en la LOPJ, procedente de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y vigente en la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, es el de justicia administrativa especializada, en el que los Tribunales de lo contencioso-administrativo se integran en el sistema judicial común¹⁷⁸.

¹⁷⁷ COSCULLEULA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*, 2011, Thomson Reuters, pág.41.

¹⁷⁸ PARADA, R.; “ La jurisdicción contencioso administrativa”, en *Manual de Derecho...*,ob.cit., Marcial Pons, 2003, pág. 632.

3.1.4. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL MODELO CONTINENTAL

En cuanto a los rasgos característicos del modelo continental del Derecho administrativo, por constituir el objeto que nos ocupa en el presente trabajo, podemos destacar que:

- Nos encontramos ante un Derecho de prerrogativas y privilegios, como son el de presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutividad inmediata de los mismos, ejecutoriedad de oficio, con poder reglamentario mediante el cual la Administración interpreta y completa las leyes, poder sancionador directo, sobre los que volveremos en un momento posterior.
- Derecho tutor de los intereses públicos, cuya satisfacción persigue la actividad de la Administración y que justifica los privilegios que tiene reconocidos.
- Derecho garantizador, cuya principal manifestación lo constituye el control judicial sobre la actuación administrativa, lo que no excluye otros controles que persiguen la total adecuación de la acción administrativa al ordenamiento jurídico que la regula.
- Derecho en permanente adaptación a la realidad que ordena. Lo que exige una constante actualización del mismo, que le permite su adaptación a las nuevas necesidades que la sociedad demanda, entre las que se encuentra la necesidad de potenciar otras vías de resolución de conflictos con la Administración, por lo que se requiere de un esfuerzo del legislador en su actuación para dar respuesta a estas exigencias.

3.1.5. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO

Las potestades administrativas, pueden ser definidas como los poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que atribuyen las normas a la Administración y que implican sujeción jurídica para los ciudadanos destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de esas potestades¹⁷⁹.

Existen diferentes criterios de clasificación, siguiendo a COSCULLUELA, podemos distinguir:

- Por su contenido, podemos hablar de potestad reglamentaria, potestad de planificación, organizadora, tributaria, sancionadora, expropiatoria, de ejecución forzosa, de coacción de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes y potestad de revisión de oficio de los actos administrativos.
- Por su incidencia en el ordenamiento jurídico, innovativas o no innovativas, como la potestad de autotutela.
- Por el grado de disponibilidad para incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos, podemos distinguir entre las de supremacía general, en las que el administrado tiene frente a la Administración todas las garantías derivadas de los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. En cuanto a las de supremacía especial, en las que el administrado se encuentra frente a la Administración en una situación de especial dependencia, como la de los funcionarios públicos, que permite a la Administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público.

¹⁷⁹ COSCULLUELA MONTANER, L., en *Manual de Derecho...*, ob.cit., pág. 308.

- Por la forma de atribución de la potestad, explícitas o implícitas según se contemplen de una u otra forma en la norma. Conforme este mismo criterio, podemos distinguir entre específicas, que delimitan los objetivos para los que se otorgan o cláusulas generales, cuyos cometidos, más amplios, sólo se encuentran enunciados en la norma de forma genérica, un ejemplo, lo constituyen las potestades atribuidas para la protección del orden público y seguridad ciudadana.
- Regladas y discrecionales, se dice que en las primeras el margen de valoración por parte de la Administración es nulo, pues todos sus elementos están predeterminados en la norma, por ejemplo, la edad de jubilación de un funcionario público. En las discrecionales, la Administración posee un mayor margen de valoración.

Sin embargo conviene precisar que no existen actos administrativos discrecionales, sino elementos discrecionales de la potestad. La discrecionalidad otorga un margen de elección entre una pluralidad de posibilidades todas ellas lícitas, por ejemplo cuando se trata de la asignación de un puesto funcional de libre designación. En este sentido, serán siempre regladas la competencia del órgano que dicta el acto, el procedimiento para elaborarlo y aprobarlo, la obligación de motivar y la finalidad del acto. Sin embargo, podemos hablar de discrecionalidad para decidir sobre la conveniencia o no de actuar o incluso sobre el modo de hacerlo. En estas potestades no cabe posibilidad de que los Tribunales sustituyan la decisión de la Administración, ya que cualquiera de ellas es lícita. Las potestades donde mayor discrecionalidad se da, son la reglamentaria y la organizatoria. Sin embargo, no podemos olvidar el principio de interdicción de arbitrariedad recogido en el artículo 9.3 de la CE, que

origina que la LRJPAC obligue a la Administración a motivar los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales.

Respecto a las potestades regladas, resulta interesante la precisión que ROJAS POZO¹⁸⁰ efectúa en relación con el ámbito de la transacción en las potestades regladas, al afirmar que se encuentra en la zona de incertidumbre del concepto jurídico indeterminado. Y que lo característico del Derecho Administrativo es que la primera determinación de la “Única solución justa” que la Ley permite corresponde a la Administración en fase de expediente administrativo. Pero una vez judicializado el conflicto corresponde al Juez fiscalizar la aplicación de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado al caso concreto que se somete a su consideración. Por lo que a su juicio, no existe inconveniente en que antes que el Juez se pronuncie en su sentencia, las partes puedan llegar a una solución pactada.

El Tribunal Supremo ha definido los conceptos jurídicos indeterminados, como aquellos de definición normativa imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando incompatible con la discrecionalidad (Roj: STS 1411/1979, de 12 diciembre de 1979). Ejemplos de actos jurídicos indeterminados podemos citar la jubilación por incapacidad o la apreciación de buena fe, entre otros.

Conviene tener en cuenta que en aquellos casos en que *a priori* la mediación no parezca la vía adecuada para la resolución del conflicto, quizás y dado su resultado inocuo, pueda ser conveniente acudir a ella

¹⁸⁰ ROJAS POZO, C.; *Medidas compositivas y alternativas en la jurisdicción contencioso-administrativa*, pág. 6.

en cuanto que facilita el diálogo y aproximación de las partes y aun cuando no sea posible el acuerdo si se obtengan otros resultados provechosos como la fijación de hechos, acuerdos parciales, diálogo o comunicación entre las mismas.

3.1.6. PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los privilegios de la Administración son variados, unos están relacionados con sus bienes, otros son de carácter económico e incluso procesal, todos ellos sitúan a la Administración en una situación de superioridad respecto de los administrados, de ahí que la relación entre administrados y Administración revista de unas peculiaridades especiales, necesarias tener en cuenta al acudir a los sistemas complementarios de resolución de conflictos.

Entre dichos privilegios podemos citar:

- Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la ejecutividad supone que el acto administrativo, fruto de la decisión unilateral de la Administración se presume válido, es inmediatamente ejecutivo y de obligado cumplimiento desde el momento en que se hubiera dictado (art. 56 y 57 de LRJPAC), salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior, lo que, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre particulares, comporta que la carga de impugnarlo recae sobre el administrado puesto que se presume su legalidad, sin embargo no ocurre lo mismo con la carga de la prueba, puesto que sobre la Administración recae la carga de aportar el expediente administrativo.

Por su parte la ejecutoriedad, regulada en el artículo 94 del citado texto legal, implica que la Administración, sin necesidad de acudir a los Tribunales, puede ejecutar los actos administrativos no cumplidos

voluntariamente. Sin embargo este privilegio no es ilimitado, tal y como se desprende del artículo 95 de la LRJPAC, que prevé la suspensión de la ejecución en los casos previstos en la Ley o la intervención de los Tribunales cuando ésta o la Constitución lo exijan.

- Existe un privilegio adicional de que gozan las Administraciones Públicas cuando, para asegurarse la ejecución forzosa de los actos administrativos, adoptan medidas provisionales, las cuales pueden tomarse con anterioridad y con posterioridad a dictarse una resolución administrativa, conforme lo establecido en el artículo 72 de la Ley 30/92.
- Inembargabilidad de sus bienes y derechos, tal como establece el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales. En este sentido es importante tener en cuenta la STC 166/1998, en virtud de la cual se afirma que este privilegio sólo alcanza a los bienes de dominio público y comunal.
- Posibilidad de desahuciar a los ocupantes sin título válido o extinguido. Artículos 41 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Necesidad de interponer un recurso previo ante la Administración antes de acudir a los Tribunales. Este constituye el mayor privilegio procesal de la Administración, pues la Administración es parte y decisor del conflicto a la vez y como señala PARADA¹⁸¹, con ese filtro puede retrasar en su favor el enjuiciamiento por los Tribunales de sus actos y conductas. Pero como apunta este autor, el mayor privilegio lo constituye los fugacísimos plazos de interposición del recurso de

¹⁸¹PARADA, R.; “Los recursos administrativos y reclamaciones previas frente a la Administración”, en *Manual de Derecho...*, ob.cit., pág. 608-609.

alzada(un mes) y contencioso-administrativo (dos meses)¹⁸², plazos de prescripción de los derechos sustantivos y ello frente a los cuatro años de que dispone la Administración para declarar lesivos al interés público los actos anulables por ella consentidos.

- Otro privilegio de naturaleza procesal viene recogido en el artículo 315 de la LEC, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional, en virtud del cual *en el caso de que sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, y el Tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el Tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al Tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos.*
- De la misma naturaleza procesal destaca la especialidad prevista en el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en relación con la posible disposición de la acción procesal por los abogados del Estado.
- Además está exenta de constituir depósitos, cauciones, consignaciones u otras garantías previstas en la Ley¹⁸³.

¹⁸² Entendemos se refiere al plazo establecido en el artículo 46 de la LJCA en relación con el procedimiento ordinario.

¹⁸³ Un ejemplo de ello como veremos lo constituye la regulación contenida en la ley 10/2012, de 20 de noviembre, a propósito de las tasas judiciales.

3.1.7. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

Ya adelantamos que el derecho administrativo está en permanente adaptación a la realidad que ordena, muestra de ello es que algunos privilegios han entrado en crisis, como la regla “*solve et repete*” (paga y luego reclama) en pleno esplendor en el siglo XX y que ha ido cediendo paso a una interpretación más acorde al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de los administrados, en cuanto que era una regla que obstaculizaba el libre acceso a la vía jurisdiccional contencioso- administrativa.

Tras la Constitución española de 1978 y la configuración del Estado español, como un Estado social, democrático y de Derecho, la Administración tiene atribuidos unos cometidos dirigidos a hacer efectivos los fines constitucionales.

Por otra parte, el papel del ciudadano ha cambiado, en cuanto que tiene reconocida una cierta posición frente a los poderes públicos, nos encontramos ante una sociedad más libre y plural. En un Estado democrático desaparece la concepción privilegiada, superior de la Administración frente a los ciudadanos, o al menos así debería ser.

Entre los principios **constitucionales** que informan el ordenamiento administrativo español podemos distinguir entre principios explícitos e implícitos, que pasamos a enumerar a continuación¹⁸⁴.

¹⁸⁴Vid. COSCULLUELA MONTANER, L.; en *Manual de Derecho Administrativo*, parte General, 2011, Thomson Reuters, Navarra, págs. 358-360.

3.1.7.1. PRINCIPIOS EXPLÍCITOS.

- Principio de jerarquía normativa (Art. 9.3 CE).
- Principio de publicidad de las normas (Art. 9.3 CE).
- Principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, común al derecho penal (Art. 9.3 CE).
- Principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 CE).
- Principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, que supone que la actuación de la Administración debe someterse a la ley, a los valores y a los principios de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 9.3 CE).
- En relación con el Estado de Autonomías se reconocen otros principios como el de solidaridad, autonomía y unidad (Art.2 CE).
- Principio de no discriminación (Art. 14 de CE).
- Principio de igualdad (Art. 14 de CE).
- Principio libertad de circulación y establecimiento de las personas y libre circulación de bienes en territorio español.
- Principio vicarial/ servir con objetividad a los intereses generales. Lo que implica en primer lugar, neutralidad ideológica respecto de las de lo establecido en las normas o en las órdenes que debe cumplir, pero también el deber de imparcialidad de la acción administrativa y por último supone que se persiguen necesariamente intereses públicos, aquellos que constituyen el fin de la potestad que se ejerce, y ninguna otra finalidad, lo que implicaría desviación de poder (Art. 103.1 CE).
- Principio de eficacia (Art. 103.1 CE), que implica un juicio valorativo sobre el grado de cumplimiento de los objetivos que se encomiendan a los distintos servicios públicos y sobre la calidad de su prestación.
- Principio de descentralización (Art. 103.1 CE).
- Principio de coordinación (Art. 103.1 CE).

- Principio de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (Art. 103.1 CE).
- Principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (Art. 103.3 CE).
- Principio de control jurisdiccional del ejercicio de la potestad reglamentaria (Art. 106.1 CE).
- Principio de control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa (Art. 106.1 CE).
- Principio de responsabilidad administrativa como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (Art. 106.2 CE).
- Principio de coordinación de la Hacienda Estatal con las Comunidades Autónomas (Art. 156.1 CE).

3.1.7.2. **PRINCIPIOS IMPLÍCITOS.**

- El principio de competencia.

La Constitución no excluye que el legislador ordinario pueda crear principios, siempre que no colisionen con los principios constitucionales, pues no olvidemos que las Cortes Generales representan al pueblo español.

A continuación nos vamos a detener en los principios de eficacia, participación, legalidad y control jurisdiccional por su estrecha relación con los sistemas complementarios de resolución del conflicto, entre ellos con la mediación.

3.1.7.3. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE EFICACIA.

Ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en su artículo 29, establecía que *“la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía¹⁸⁵, celeridad y eficacia”*.

Pero la incorporación de este principio en la Constitución de 1978, a través del artículo 103.1, le atribuyó un rango constitucional y fue punto de partida de numerosos estudios, entre los que se encuentra el realizado por MENDEZ PEREZ¹⁸⁶ sobre el principio de eficacia de la función administrativa.

En dicho estudio se pone de manifiesto que la elevación a principio normativo de rango constitucional no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es un fenómeno común a otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, cita la Constitución italiana, que en su artículo 97 en términos similares, establece que *“los organismos públicos son organizados por disposiciones legales, de modo que quede asegurada la buena marcha y la imparcialidad de la Administración”*. Del mismo modo, la Constitución portuguesa, en su artículo 267, prevé que *“La Administración Pública será estructurada de tal modo que se evite la burocratización, se aproximen los servicios a la población y asegure la participación de los interesados en su gestión eficaz, especialmente por medio de asociaciones públicas, de organizaciones de vecinos y otras formas de representación democrática”*.

¹⁸⁵ El principio de economía es el denominado hoy principio de eficiencia y hace referencia a una adecuada gestión del gasto en relación con el servicio a prestar, así COSCULLUELA MONTANER, en *Manual de Derecho administrativo*. Parte General 2010, pág. 385.

¹⁸⁶ MENDEZ PEREZ, S.; *El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, pág. 2.

Otras muchas normas en nuestro ordenamiento recogen de forma expresa una referencia a tan importante principio, como es la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, en su artículo 6 o la propia Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 3, entre los principios generales que han de regir la actuación de las Administraciones Públicas.

Este principio, parece imponer un deber de actividad a la Administración, que no de resultados, esto es, la Administración no está obligada a obtener un resultado concreto, sino a desplegar su actividad en orden a la consecución del mismo, que habrá de ser conforme al ordenamiento jurídico.

En este sentido, MENDEZ PEREZ¹⁸⁷, afirma que el principio de eficacia no es un mero principio de organización de las Administraciones Públicas, sino un principio rector de la total actividad de éstas, que desplegará su operatividad, dado el carácter prestacional esencialmente predicable de la Administración en un Estado social y de derecho como es el diseñado por nuestra Constitución.

No obstante y, siguiendo el mandato establecido en el artículo 103 de la Norma Fundamental, el principio de eficacia estará supeditado en todo caso, a la Ley y al Derecho, así DELGADO BARRIO¹⁸⁸, afirma que el principio de eficacia opera dentro del marco genérico del principio de legalidad, de tal forma que las consecuencias de éste priman sobre las exigencias de aquél.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pág. 6.

¹⁸⁸ DELGADO BARRIO, J.; "Reflexiones sobre el artículo 106.1 de la Constitución: el Control Jurisdiccional de la administración y los Principios Generales del Derecho", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* Vol. II, pág. 2334.

En definitiva, la Administración debe actuar conforme a la norma, pero además debe alcanzar los fines públicos que aquella le encomienda, para lo que, en muchos casos, debe contar con la colaboración y consenso de los propios afectados y desprenderse de trámites burocráticos, tantas veces, innecesarios y de los que se podría prescindir en aras a hacer efectivo el principio de eficacia sin merma del principio de legalidad. Sostenemos que la mediación, junto con otros sistemas alternativos, puede contribuir a garantizar una Administración eficaz.

3.1.7.4. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

Junto con el principio de eficacia el de participación juega un papel protagonista entre en los procedimientos administrativos.

Como señala DE PALMA DEL TESO, el principio de participación permite complementar el principio la legitimidad de la Administración derivada del principio de legalidad y coadyuva al principio de eficacia.

Las normas atribuyen cada vez más a la Administración una mayor discrecionalidad para apreciar y valorar el supuesto de hecho, pero también para establecer la consecuencia jurídica, lo que posibilita una mayor participación de los ciudadanos en la actividad administrativa. Esta participación implica una doble garantía, por un lado a favor de los intereses de los propios interesados afectados por la decisión de la Administración, pero por otro, para el interés público.

Es a través de la participación como se ha ido abriendo paso a la figura del acuerdo como instrumento alternativo al acto administrativo unilateral¹⁸⁹.

¹⁸⁹ De conformidad con la definición aportada por PARADA,R.; en el *Manual de Derecho administrativo...*,ob.cit. pág.97: “el acto administrativo es la resolución unilateral de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas mediante el que impone su

Resulta obvio que en la medida en que se de participación al ciudadano en el proceso de resolución de su conflicto con la Administración, adquirirá un mayor grado de compromiso y, en su caso, el acuerdo alcanzado será objeto de un mayor grado de cumplimiento de forma voluntaria, éste como veremos es uno de los argumentos que justifican la de mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico.

Hemos de tener en cuenta que el interés general también comprende el derecho de participación del ciudadano en la resolución de sus conflictos así como el derecho a obtener una resolución de manera ágil y eficaz.

3.1.7.5. ESPECIAL MENCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL

Principios constitucionales imprescindibles para comprender el derecho administrativo de nuestro tiempo son el de legalidad y el de plenitud del control jurisdiccional.

El principio de legalidad, surge en la Revolución Francesa y supone un giro importante respecto del régimen anterior, en el que la Administración estaba exenta de control, tras ella se convierte en un poder al servicio del Derecho, del mismo modo los ciudadanos tendrán una serie de obligaciones pero también serán titulares de derechos subjetivos en sus relaciones con el poder.

Dos han sido las teorías sobre los límites del principio de legalidad, la teoría negativa y la positiva.

voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso- administrativa”.

- Para la primera, la Administración, cuyo objetivo es la realización de los fines públicos, podrá hacer no sólo aquello que la Ley expresamente autorice, sino lo que no prohíbe. Fruto de esta concepción, hasta la Ley de 1956, las actuaciones de la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales han estado excluidas de control jurisdiccional, sumisión plena que tendrá lugar a partir de la Constitución Española de 1978 y de la Ley de Jurisdicción contencioso- administrativa de 1998.
- La teoría positiva o Kelsiana, afirma que la totalidad de la actuación de la Administración tiene como condición la existencia previa de una norma administrativa habilitante, donde se incluye no sólo la ley, sino también los reglamentos, los principios generales del derecho, así como las demás fuentes del ordenamiento jurídico. La Constitución Española se acoge a esta concepción, tal y como se desprende de los artículos 9 y 103 de dicho texto legal.

El principio de legalidad que se recoge en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución española tiene la significación que le atribuye la teoría positiva, pues como COSCULLUELA¹⁹⁰ señala, la Administración debe basar su actuación en el Ordenamiento jurídico donde encuentra la habilitación necesaria para la acción a través de la atribución de concretas potestades, que delimitan el alcance de su competencia.

El principio de legalidad coloca a la Administración en un plano de subordinación respecto al Poder Legislativo, sin embargo, en las relaciones entre Administración y administrados, aquella ocupa una posición privilegiada derivada de las potestades que tiene reconocidas. Dicho desequilibrio se intenta atenuar mediante la vinculación de la actuación administrativa al

¹⁹⁰COSCULLUELA MONTANER, L.; en *Manual de Derecho Administrativo...*, ob.cit., pág. 154.

ordenamiento jurídico, así como mediante el derecho de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE.

Principio de plenitud del control jurisdiccional.

Como pone de manifiesto TOLIVAR¹⁹¹, el modelo que rige en España de enjuiciamiento por los Tribunales de la actividad administrativa se remonta, sin solución de continuidad, a la Ley Maura de 5 de abril de 1904, que sustrajo al Consejo de Estado las atribuciones contencioso-administrativas para residenciarlas en una nueva Sala del Tribunal Supremo.

La Constitución de 1978 ha mantenido este sistema, encomendando a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa.

El derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la CE, persigue la paridad sustancial entre Administración y administrados ante los Tribunales que controlan el ejercicio de las potestades administrativas.

Hemos dicho que las Administraciones Públicas tienen como objetivo principal la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, de manera que la vertiente prestacional cobra una singularidad especial en el Estado social y democrático de derecho. Esto no significa que las Administraciones no necesitan de controles internos y externos de la legalidad, de lo contrario no nos encontraríamos ante un ordenamiento democrático. De ahí que el principio garantizador, enunciado por Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, sea uno de los principios básicos en un ordenamiento democrático.

¹⁹¹ TOLIVAR ALAS, L.; en *Derecho Administrativo y Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pág.24.

Podemos hablar de garantías políticas, administrativas, cuasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales. Entre las primeras, se encuentra el control que las cámaras legislativas ejercen sobre los poderes ejecutivos a través de preguntas, mociones o el recurso al Defensor del Pueblo.

Entre las administrativas, que se integran en la regulación de procedimientos y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Entre las garantías cuasi jurisdiccionales están los recursos administrativos, la actividad arbitral de la Administración y el Control del Tribunal de Cuentas, así como otros recursos que pueden interponerse ante la Administración u otros entes públicos.

Entre las garantías jurisdiccionales, las que se ejercen ante Jueces y Tribunales y consagradas constitucionalmente en los artículos 24, 117.3 y 106.2 a través del reconocimiento al derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa, derecho a un proceso con todas las garantías.

La Ley 30/1992, en su título VII, ha agrupado un conjunto de procedimientos mediante los que las Administraciones Públicas pueden, de oficio o a instancia de parte interesada, revisar su actividad, a través de diferentes procedimientos sin necesidad de acudir a los Tribunales, lo que no deja de constituir privilegios de la Administración.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, la posición de la Administración ante los Tribunales no es semejante a la de los sujetos privados, lo que no significa que esté exenta de control. La peculiaridad radica en el momento en que tiene lugar la fiscalización por los Tribunales.

En las relaciones entre sujetos privados, éstos no pueden tutelar sus propias posiciones jurídicas, ni tampoco puede utilizar medios de coacción para hacer cumplir los derechos reconocidos en sentencia, sino que precisa acudir a los Tribunales para la efectividad de sus derechos, y ello es así por la igualdad formal existente en la relación de sujetos pasivos. Sin embargo estas ideas no son extensibles a las relaciones de la Administración con los Tribunales. La Administración, salvo excepciones, no precisa de los Tribunales ni para declarar sus pretensiones ni para hacerlas ejecutorias, además determinados conflictos competenciales o de jurisdicción entre juzgados y Administración se somete a las reglas especiales de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales.

Es a través del control de los Tribunales de la actividad de la Administración, así como la posibilidad de anular las decisiones de la misma por ser contrarias a Derecho y la posibilidad de condenarla a reparar los efectos causados sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, lo que sitúa a los ciudadanos y a la Administración en una situación de paridad ante la Ley y el Derecho.

El control judicial es garantía de seguridad jurídica, máxime en un momento como éste, como señala SORIANO GARCÍA¹⁹² de crisis institucional como consecuencia de que el Derecho ha pasado a tener un papel menguante frente a la política.

Pero como, ya hemos anunciado y veremos en mayor extensión, este control judicial no excluye la posibilidad de acudir a mediación en el orden contencioso-administrativo.

¹⁹² SORIANO GARCIA, J.E.; *Discrecionalidad ¿creen los Jueces en su propio poder de control?*, en Encuentro de los Magistrados del orden contencioso-administrativo con la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Servicio de Formación continua de la Escuela Judicial, pág.2.

3.2. LOS RECURSOS DEL CIUDADANO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Siguiendo con la distinción inicial, vamos a discernir entre los recursos de que dispone el ciudadano frente a la Administración Pública recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y los previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

3.2.1. LA REVISION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE DE REGIMEN JURIDICO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN

El sistema de recursos administrativos establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, está organizado en torno a dos líneas básicas:

- Los recursos ordinarios, donde la revisión es promovida por las partes interesadas.
- La revisión de oficio, en que la Administración Pública inicia un procedimiento para revisar su propia actuación.

3.2.1.1. RECURSOS ORDINARIOS

Las partes interesadas disponen de tres tipos de recursos ordinarios para oponerse a la actuación de la Administración: el recurso de alzada, el recurso de reposición y el recurso extraordinario de revisión.

Con carácter previo indicar que el concepto de parte interesada viene recogido en el artículo 31 de la Ley 30/92, al establecer que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.”

El objeto de estos recursos ordinarios a instancia de la parte interesada, nos lleva al estudio de los artículos 107 a 109 de la Ley y comprende:

- Las resoluciones y los actos de trámite, estos últimos si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En estos casos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada o potestativo de reposición.
- Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, sólo cabe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.
- Como especialidad, las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

- Contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en la Ley, en concreto en el artículo 118.1.

3.2.1.1.1. RECURSO DE ALZADA

La ley regula este recurso en los artículos 114 y 115.

Las resoluciones y actos de trámite cuando no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. En caso de silencio administrativo el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso con carácter general.

Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en determinados supuestos. Por lo que, únicamente quedará abierta la vía jurisdiccional.

3.2.1.1.2. RECURSO DE REPOSICIÓN

Cuya regulación se encuentra contenida en los artículos 116 y 117 del citado texto legal.

Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Conforme al artículo 109 del texto legal objeto de estudio, *ponen fin a la vía administrativa:*

- a) *Las resoluciones de los recursos de alzada.*
- b) *Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2, analizado en el presente trabajo.*
- c) *Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.*
- d) *Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.*
- e) *Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.*

Los plazos de interposición del recurso son los mismos que los establecidos para el recurso de alzada, si bien el plazo de resolución es tan sólo de un mes.

3.2.1.1.3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

El recurso extraordinario de revisión se encuentra reglado en los artículos 118 y 119 de la Ley 30/1992.

Sólo podrá interponerse contra los actos firmes en vía administrativa ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias especificadas en la Ley. Dichas circunstancias excepcionales son:

- *Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.*
- *Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.*
- *Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.*
- *Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.*

En el caso de que concurra la primera de las circunstancias citadas, el recurso extraordinario de revisión se interpondrá dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los

demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

3.2.1.2. REVISIÓN DE OFICIO

La Ley española distingue entre la revisión de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables

3.2.1.2.1. NULIDAD DE PLENO DERECHO

El artículo 62 de la Ley 30/ 92, contiene las causas de nulidad de pleno derecho de los actos de la Administración Pública, así serán nulas de pleno derecho:

- a) *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) *Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) *Los que tengan un contenido imposible.*
- d) *Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que

establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El procedimiento de nulidad está regulado en el artículo 102 de la Ley, donde está previsto que las Administraciones públicas actúen en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, siendo necesario en todo caso, el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. No resulta infrecuente que se inicie a instancia de los interesados y una vez abierta esa vía tal vez quepa la posibilidad de negociar las consecuencias de la nulidad.

Esta revisión puede iniciarse en cualquier momento, si bien existe un límite temporal que es el establecido en artículo 106 al establecer que *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

3.2.1.2.2. DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DE LOS ACTOS ANULABLES

Conforme el artículo 63 son anulables:

- 1. Los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
- 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*

El procedimiento está definido en el artículo 103, en virtud del cual la Administración podrá declarar lesivos para el interés general actos favorables para los interesados cuando concurra alguna de las causas citadas en el artículo 63. La declaración de lesividad se constituye como requisito previo para una ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.2.1.2.3. REVOCACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE ACTOS NO FAVORABLES POR ERROR

Finalmente la Ley permite que la Administración pueda revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que la misma no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, podrá rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Esta posibilidad de rectificación relativa a los errores materiales o de hecho, excluye los errores de derecho o aquellos sobre aspectos que tengan trascendencia jurídica, con arreglo a una consolidada jurisprudencia del T.S. , así por ejemplo, no cabría por esta vía rectificar los lindes en un proceso de concentración parcelaria o la cabida de una finca expropiada, son circunstancias fácticas pero en este caso habría, que ir a la declaración de lesividad, no resultando suficiente la rectificación de oficio.

3.2.2. LA REVISIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como muchos autores han puesto de manifiesto, entre ellos CORDOBA¹⁹³, entre las causas que motivan la revisión ante la jurisdicción contencioso- administrativa y motivan un aumento de la litigiosidad en este orden jurisdiccional se encuentra la ineficacia de los recursos administrativos para "filtrar" los asuntos que deberían haber sido estimados, aun parcialmente, a la vista de la jurisprudencia o de los criterios sentados en pronunciamientos anteriores. Sobre las causas del exceso de judicialización en este orden jurisdiccional volveremos en un momento más avanzado de este tratado.

3.2.2.1. ORGANIZACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Las leyes que rigen la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa son la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El objeto de la organización de la Jurisdicción contenciosa es el de canalizar los recursos de modo que su resolución sea eficaz, si bien dicha organización está condicionada por la estructura del Estado.

La Constitución Española de 1978 introduce una nueva organización territorial del Estado de tal forma que, partiendo del derecho al Juez natural predeterminado por la ley, se estructura de manera territorial siguiendo el propio diseño vertebrador del Estado de las autonomías.

¹⁹³ CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; en *Situación de la jurisdicción- contencioso administrativa: propuestas de futuro*. 2013, pág.5.

Resulta necesario para comprender la organización judicial española atender a lo dispuesto en el artículo 117 del citado texto constitucional, conforme al cual podemos afirmar que:

- *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.*
- *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*
- *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales.*

La organización judicial española¹⁹⁴ queda configurada de manera que los Juzgados y Tribunales, se encuentran estructurados de forma piramidal, por lo que cabe hablar de unos órganos inferiores, que conocen en primera instancia, y unos órganos superiores, que, además de conocer de determinados asuntos en primera o única instancia, tienen atribuida la función de revisar las decisiones de los inferiores, esto es, como órganos de apelación o de casación.

¹⁹⁴ Hemos de tener en cuenta la propuesta de reforma de Ley Orgánica del Poder judicial, elaborada por la Comisión institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012, para la elaboración de una propuestas de texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de Demarcación y Planta judicial, en virtud de la cual se introduce una importante modificación de la organización de los Tribunales, con el objetivo de ganar flexibilidad y maximizar los recursos existentes. Entre las novedades más significativas se crearan los Tribunales de Instancia que abarcará todos los órdenes jurisdiccionales con circunscripción provincial, no coincidiendo con los actuales partidos judiciales. De otro lado y, con el objetivo de profesionalizar la Administración de la Justicia, se tiende a la desaparición de los Juzgados de Paz. Desaparecen las Audiencias provinciales, como ya ocurre en los ordenes contencioso- administrativo y social, de tal forma que los Tribunales Superiores de Justicia están llamados a operar principalmente como Tribunal de segunda instancia en todos los órdenes. La Comisión que ha elaborado esta propuesta se cuestionó también la necesidad o no del mantenimiento de la Audiencia Nacional, finalmente por mayoría de sus miembros se ha optado por su conservación tal como se desprende del Anteproyecto de LOPJ, versión de 3 de abril de 2014.

En cuanto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo se encuentra integrado por los siguientes órganos son:

- Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.
- Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- Sala de lo contencioso-administrativo Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.
- Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Como adelantamos, asistimos a un momento de enorme cambio en la organización de la Administración de la Justicia, que tiene como punto de partida la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder judicial.

La reforma introduce el concepto de Oficina judicial y arranca con el propósito de que su funcionamiento garantice la independencia del poder al que sirve, conjugando al tiempo una adecuada racionalización de los medios que utiliza. A fin de armonizar estos objetivos, en el plano exclusivamente organizativo, se define la Oficina judicial como la organización de carácter instrumental, que de forma exclusiva presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional.

El diseño de la Oficina judicial está ligado a la nota de flexibilidad, así se desprende del artículo 436.3 de la LOPJ, en el que establece que su dimensión

y organización se determinarán por la Administración pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle.

La referencia al doble modelo organizativo que en la actualidad conviven, modelo tradicional de Juzgados y Tribunales y el de la nueva oficina judicial, no es baladí, pues a lo largo del presente estudio expondremos como la mediación encaja y se adecua a estos modelos organizativos.

Por lo que al ámbito de aplicación se refiere, en la actualidad la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es la Ley 9/ 1998, de 13 de julio, cuya misión es controlar la legalidad de la actividad administrativa de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a extralimitaciones de la Administración.

En el artículo primero de dicha norma figura recogido su ámbito de aplicación, que reproducimos a continuación:

- *Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*
- *Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:*
 - a) *Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así*

como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de Gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial..*
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la ley Orgánica del Régimen Electoral General.*

3.2.2.2. **LEGITIMACIÓN ACTIVA**

El artículo 19 recoge las personas o entidades legitimadas para acudir a este orden jurisdiccional, así:

- a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.*
- b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y gupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén lealmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.*
- c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.*
- d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.*

e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.

i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

j) Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

2. La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley.

3. El ejercicio de acciones por los vecinos en nombre e interés de las Entidades locales se rige por lo dispuesto en la legislación de régimen local.

4.Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.”

En definitiva, con la regulación existente se pretende¹⁹⁵ que nadie, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, quede privado del acceso a la Justicia. Concepto respecto del que nos gustaría matizar, debe entenderse en sentido amplio admitiendo diferentes vías de resolución del conflicto y buscando la más adecuada a la naturaleza de éste, sin que esta vía sea exclusivamente la judicial.

3.2.2.3. OBJETO DEL RECURSO

El objeto del recurso es la disposición, el acto, inactividad o actuación administrativa constitutiva de vía de hecho que ha de citarse en el escrito de interposición (Art. 45) y la pretensión es la solicitud que se deduce en la demanda con relación a aquéllos (Art. 56.1) En este sentido veremos que el procedimiento de la mediación ofrece la ventaja de poder modificar dicha pretensión, lo que le distingue de la rigidez del proceso judicial.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que, por razón del objeto, se establecen cuatro modalidades de recursos:

- El dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos.

¹⁹⁵ Según la propia Exposición de motivos, apartado IV de la ley de Jurisdicción contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

- El que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general.
- El que procede contra la inactividad de la Administración. Este recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. Sin que en ningún caso los órganos judiciales puedan sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, pues de lo contrario se produciría una invasión en sus funciones. En este caso siempre es necesaria una reclamación previa en vía administrativa. Se dota así a los ciudadanos de un instrumento jurídico para combatir la pasividad y dilaciones indebidas de la Administración pública.
- El que procede contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, en este caso, se prevé un requerimiento previo de carácter potestativo en sede administrativa. Como novedad introducida por la Ley 29/1998, se otorga al ciudadano la posibilidad de actuar frente aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan sus derechos e intereses.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.

3.2.2.4. **EL PROCEDIMIENTO**

Sin detenernos en demasía en este punto, señalar que en este orden jurisdiccional hay dos procedimientos básicos, que son el procedimiento

ordinario y el abreviado, este último basado en el principio de oralidad y se encuentra regulado de forma detallada en el artículo 78 de la LJCA.

Pero existen otros procedimientos especiales para el conocimiento de determinadas materias, como son el procedimiento de derechos fundamentales, el de cuestión de ilegalidad, el de suspensión administrativa previa de acuerdos o, el introducido recientemente en el artículo 127 ter, para la garantía de la unidad de mercado¹⁹⁶.

Con el fin de procurar la agilización en la resolución de los procesos, la Ley recoge varias facultades que deja en manos de las partes o del órgano judicial, tales como la posibilidad de iniciar el recurso mediante demanda, la de solicitar que se falle sin necesidad de prueba, vista o conclusiones o la de llevar a cabo un intento de conciliación, pues como la propia Exposición de motivos expone, una justicia tardía o meramente cautelar no satisface el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

A continuación vamos a comenzar el estudio de los sistemas complementarios y alternativos de resolución de conflictos y su adecuación a este orden jurisdiccional, donde constituyen una vía adecuada para lograr esa agilidad y eficacia que el legislador y los prácticos persiguen y el ciudadano reclama.

¹⁹⁶ Introducido por la Disposición final Primera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

3.3. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA Y LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La jurisdicción contencioso-administrativa constituye uno de los cuatro órdenes jurisdiccionales que tiene una estructura orgánica asentada en todo el territorio nacional.

Resulta llamativa la observación de PARADA¹⁹⁷ al afirmar que posee dos rasgos sobresalientes: es una justicia de tensión política en cuanto controladora de los actos de poder y es una justicia que no enjuicia a los verdaderos responsables de la actividad administrativa, que son los políticos o los funcionarios, sino a su fachada, los actos administrativos y no condena nunca a aquellos sino al conjunto de la ciudadanía.

A continuación examinaremos los principios que rigen esta jurisdicción y analizaremos la evolución experimentada por la Administración pública en los últimos años, como paso previo al análisis del papel que los sistemas alternativos o complementarios pueden ocupar en este orden jurisdiccional.

3.3.1. PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

Tras la Constitución Española de 1978 el Derecho Administrativo no debe caracterizarse por la consagración de privilegios procesales para la Administración, por ello la LJCA de 1998, como hemos anunciado, entre otros objetivos, persiguió restablecer el principio de igualdad entre las partes en el proceso a través de diferentes reformas, así:

¹⁹⁷ PARADA, R.; en “La jurisdicción contencioso administrativa”, en *Manual de Derecho administrativo*.ob.cit. pág. 628.

- El artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, al incluir el deber de motivación de actos administrativos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, constituye una garantía de razonabilidad y no de arbitrariedad de la decisión administrativa. La interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE es uno de los pilares en el control judicial de la actividad administrativa. El control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa demanda esa motivación en garantía del derecho a la igual protección jurídica¹⁹⁸.
- Fue declarado inconstitucional¹⁹⁹ el artículo 28.1 b) por estimarlo incompatible con el artículo 24 de la Constitución, dado que limitaba la legitimación para impugnar las disposiciones de carácter general de la Administración del Estado a las entidades, corporaciones o instituciones de Derecho público representativas de carácter general o corporativo. El Tribunal Constitucional amplió el derecho de tutela judicial efectiva, incluyendo los intereses personales pero también los comunes a través de la acción popular.
- Otra medida fue la derogación del artículo 110.3 de la Ley 30/ 1992, que exigía el requisito de comunicación previa de interposición del recurso contencioso-administrativo al órgano que dictó el acto impugnado.
- Posibilidad de continuar el curso del proceso en el caso de que la Administración incumpla con la obligación de presentar el expediente administrativo, del mismo modo se contempla un régimen sancionador para el caso de que la Administración no cumpla con esta obligación tras

¹⁹⁸ TEIJEIRO LILLO, M.E.; “La motivación de los actos administrativos como forma de control del ejercicio de la potestad discrecional. La interpretación del Tribunal Constitucional”, en *Sistema de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones públicas...*, ob. Cit. pág.78.

¹⁹⁹ SSTC 93/1983, de 16 de octubre o SSTC 160/1985, de 28 de noviembre.

haber sido requerida para ello, si bien existe un trato diferenciado para las Entidades locales, recogido en el artículo 54 del texto legal al establecer que *“si la Administración demandada fuere una entidad local y no se hubiere personado en el proceso pese a haber sido emplazada, se le dará no obstante traslado de la demanda para que, en el plazo de veinte días, pueda designar representante en juicio o comunicar al órgano judicial, por escrito, los fundamentos por los que estimare improcedente la pretensión del actor”*. Se trata, en definitiva, de que la Administración cumpla con el deber de colaboración con la Administración de Justicia.

- Una de las novedades lo constituye el artículo 77 que, como dijimos, introduce el reconocimiento de hechos o documentos y la transacción, circunscrita al procedimiento de primera instancia, una vez formulada demanda y contestación.

No obstante, aún subsisten privilegios a favor de la Administración, como el hecho de que el demandante deba solicitar que se reciba el pleito a prueba en el escrito demanda sin conocer el contenido de la contestación.

La vía jurisdiccional contencioso- administrativa constituye un verdadero proceso judicial, basado en los principios del proceso civil, con algunas especialidades. Así el proceso contencioso-administrativo se inspira en los siguientes principios:

- Principio de dualidad de partes.
- Principio de contradicción.
- Principio de justicia rogada (que permite al actor iniciar, dinamizar el proceso y desistir de su acción).

- Principio de congruencia (el Tribunal deberá ceñirse a las peticiones de las partes en su función juzgadora), lo que veremos difiere del objeto del procedimiento de mediación aun cuando se trate de un conflicto con la Administración pública, pues en este último tienen cabida otras cuestiones no planteadas inicialmente.
- Principio pro acciones (que impone la interpretación de las normas de la forma más favorable a la continuidad del procedimiento y permite la subsanación de defectos por las partes), esta fue una de las máximas perseguida por la Ley 19/2003 de reforma de la LOPJ.
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- Principio de *iura novit curia* (que dispensa a las partes de probar el derecho a aplicar, con excepciones en relación con normas locales), como reminiscencia de la anterior Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL).

3.3.2. EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ESPAÑOLA TRAS LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 29/ 1998, DE 13 DE JULIO

El alto índice de litigiosidad en este orden jurisdiccional ha venido condicionando el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración Pública.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa surgió ante la necesaria adecuación del régimen jurídico del recurso contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales, tomando en consideración las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional y del Tribunal Supremo, la nueva organización del Estado y la evolución de la doctrina jurídica.

El artículo 24 de la Constitución española y el reconocimiento a nivel constitucional del principio Estado de Derecho marcan un antes y un después en la jurisdicción contencioso-administrativa. El reconocimiento de la tutela judicial efectiva del artículo 24 implica una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la Administración, lo que se refleja en el artículo 1 de la Ley 29/1998²⁰⁰.

La reforma operada en 1998 se justifica principalmente por tres motivos²⁰¹:

- La creación e implantación de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo, de ámbito provincial²⁰².
- La implementación de mecanismos procesales con los que hacer frente al incremento de recursos contenciosos administrativos, inabsorbibles por el aparato judicial.
- La búsqueda de soluciones nuevas que permitieran una adaptación de la Ley a la evolución del ordenamiento y a las demandas que la sociedad dirige a la Administración de Justicia en ese momento.

Procedemos al análisis de cada una de las novedades introducidas por la Ley 29/1998.

²⁰⁰ GARCÍA MACHO, R.; Acotaciones a la influencia de la Ley de justicia administrativa en la *Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa española*, pág. 69.

²⁰¹ ARROYO YANES, L.M.; "La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998", en *Sistemas de garantías...*, ob.cit., pág. 157.

²⁰² Modelo en el que se inspira la propuesta de reforma de Ley Orgánica del Poder judicial, elaborada por la Comisión institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012 y el Anteproyecto de 3 abril del 2014.

3.3.2.1. **CONSOLIDACIÓN DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES**

La LOPJ, tras el surgimiento del Estado autonómico, renovó la planta judicial existente y se crearon los Juzgados de lo contencioso-administrativo, que habrían de resolver en primera instancia determinados asuntos de los que conocería el Tribunal Superior de Justicia en segunda instancia, acercando así la justicia administrativa al ciudadano, tal como señala ARROYO YANES²⁰³.

Los juzgados de lo Contencioso-administrativo, cuya planta judicial venía prevista en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, fueron constituidos en su origen por el RD 167/ 1998.

Sus competencias fueron reguladas, mediante lista tasada por Ley 29/ 1998, de 1 de julio, y su implantación venía a remediar la saturación que soportaban los Tribunales Superiores de Justicia. En la elaboración de esa lista se tuvieron en cuenta un conjunto de competencias de menor trascendencia económica y social, pero que constituían un elevado porcentaje de asuntos que ingresaban en este orden jurisdiccional.

3.3.2.2. **LA IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS PROCESALES CON LOS QUE HACER FRENTE AL INCREMENTO DE RECURSOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS**

Entre ellos se encuentra la creación del procedimiento abreviado frente al ordinario, para la tramitación de determinados asuntos fijados en la Ley y con unas características encaminadas a dotar al procedimiento de mayor celeridad, entre las que se encuentra el principio de oralidad. No obstante, se cuestiona en la actualidad si la tramitación oral agiliza realmente la tramitación de los

²⁰³ ARROYO YANESL,L.M.; en *La justicia administrativa española...*,ob. cit., pág. 161.

procedimientos, lo que podría constituir el objeto de un estudio específico. Pues como apunta MARTÍNEZ TRISTÁN²⁰⁴, se da la paradoja, al menos en los juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid, de que estos procedimientos abreviados se resuelven más tarde que los ordinarios a causa de los calendarios de señalamientos de las vistas.

Otra de las novedades de la Ley y, que responde a la idea de agilidad y celeridad, fue la de potenciar la extensión de efectos de la sentencia en fase de ejecución, regulada de forma detallada en el artículo 110²⁰⁵, con el fin de evitar la multiplicación de procedimientos sobre idénticas situaciones jurídicas, limitada a las materias de personal y tributaria.

Para aminorar el problema derivado de los recursos en masa, la LJCA de 1998 introdujo *ex novo* en nuestro ordenamiento la figura del pleito-testigo en el artículo 111, por el cual se tramita un solo procedimiento con carácter preferente dejando en suspenso la tramitación de los demás, previa audiencia de las partes, y extendiendo el resultado del mismo a todos los restantes.

Sin embargo ambas técnicas procesales no han obtenido los resultados deseados por varias razones: una jurisprudencia restrictiva, cambios normativos improductivos y, en ocasiones, una utilización inapropiada de estos instrumentos procesales.

Así, en relación a la extensión de efectos del artículo 110, se vienen observando prácticas en las que un mismo sujeto insta la extensión de efectos de una sentencia y, al mismo tiempo, interpone recurso contencioso-

²⁰⁴ MARTÍNEZ TRISTÁN²⁰⁴, F. G., "Sistema de recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa", nº 18 *Cuadernos digitales de formación, CGPJ*, VII Congreso Tributario, 2011, pág.5.

²⁰⁵ Este precepto ha servido de inspiración para la redacción actual del artículo 247 de la LJS, sobre ejecución de conflictos colectivos.

administrativo contra una resolución (sobre idéntico tipo de asunto) que le afecta. Si bien esta actuación puede ser discutible, lo cierto es que, dado la brevedad de los plazos de interposición de los recursos y las exigencias jurisprudenciales para la extensión de efectos sobre la “absoluta identidad” en los supuestos, podemos comprender la actuación de estos ciudadanos, a los que DIAZ CASALES²⁰⁶ denomina “administrados precavidos”.

Una de las principales objeciones a la regulación actual del llamado pleito-testigo es que, una vez dictada sentencia firme, y para el caso de que la resolución sea desfavorable a los demás recurrentes, es éstos conserven la posibilidad de optar por continuar con su propios procesos, lo cual carece de sentido si se trata de asuntos idénticos al que ha sido objeto de la sentencia y la finalidad de la paralización era evitar que se tramitaran procedimientos con idéntico objeto.

3.3.2.3. ADAPTACIÓN DEL ORDEN ADMINISTRATIVO A LA DEMANDA SOCIAL

Como COSCULLEULA²⁰⁷ recuerda, la Administración pública traduce en acción jurídica las líneas marcadas por la política del Gobierno, de ahí que el Derecho que la ordena esté en constante adaptación. El Derecho administrativo, asevera, es un Derecho mudable y se caracteriza por lo que se ha llamado “ motorización legislativa”, que es consecuencia del progresivo intervencionismo público.

Si bien la Ley 13/1998, surgió ante la necesidad de dar respuesta a los cambios operados en la sociedad española del momento, lo cierto es que

²⁰⁶ Sin referencia bibliográfica por ser fruto conversaciones informales con este gran Magistrado.

²⁰⁷ COSCULLEULA MONTANER, L.; *Manual de Derecho ...*,ob.cit., pág. 49.

estos cambios no han sido suficientes como demuestran los datos del estado actual de la Justicia contencioso-administrativa, que a continuación expondremos.

Como dijimos la LJCA ha sido reformada por la Ley 13/2009 con el fin de adaptarlas a las exigencias derivadas de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, en aras a obtener una justicia ágil, moderna y eficaz.

La realidad demanda, el impulso en este orden jurisdiccional de otras fórmulas de resolución del conflicto, debiendo el legislador hacer un esfuerzo en aras a lograr una mayor modernización y calidad, dando así respuesta a las necesidades sociales y dando cumplimiento a lo dispuesto en su Exposición de Motivos, siendo insuficiente la redacción actual contenida en el artículo 77 de la LJCA.

3.3.3. EL ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente se ha venido produciendo un aumento de la litigiosidad en este orden debido a diversos factores, entre los que cabe citar la complejidad de las estructuras administrativas, la aparición de una nueva Administración territorial (las Comunidades Autónomas), el nacimiento de múltiples formas de personificación de los entes públicos, la concienciación de los ciudadanos de la titularidad de sus derechos, como VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBTÓ²⁰⁸, puso de manifiesto en su propuesta para la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁰⁸ VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBTÓ, J.; “Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en el monográfico *Reforma de la Justicia y su*
204

Lo que es obvio, es que al igual que en el resto de órdenes jurisdiccionales existen numerosas trabas que impiden contar con una justicia eficaz en este orden jurisdiccional y por lo que a este orden se refiere son varios los motivos:

- La LRJPAC no contiene ninguna previsión normativa específica para evitar la interposición masiva de recursos contenciosos sobre un mismo tipo de asunto sobre el que ya está en tramitación un concreto procedimiento judicial y
- La ineficacia relativa de los recursos administrativos, a la que hicimos referencia en un apartado anterior.

En definitiva, el problema radica en la falta de instrumentos jurídicos adecuados para la evitación de los litigios contencioso-administrativos innecesarios.

Para tener una idea aproximada de la situación de este orden jurisdiccional vamos a servirnos del gráfico elaborado por el CGPJ donde se refleja el movimiento de asuntos ingresados en el periodo comprendido entre el ejercicio 2002 al año 2012.

Se observa que hay dos momentos en los que la disminución de asuntos es ligeramente significativa, en el ejercicio 2010 lo que coincidió con la reforma operada por la Ley 13/2009 y en el 2012, por los factores que a continuación analizaremos.

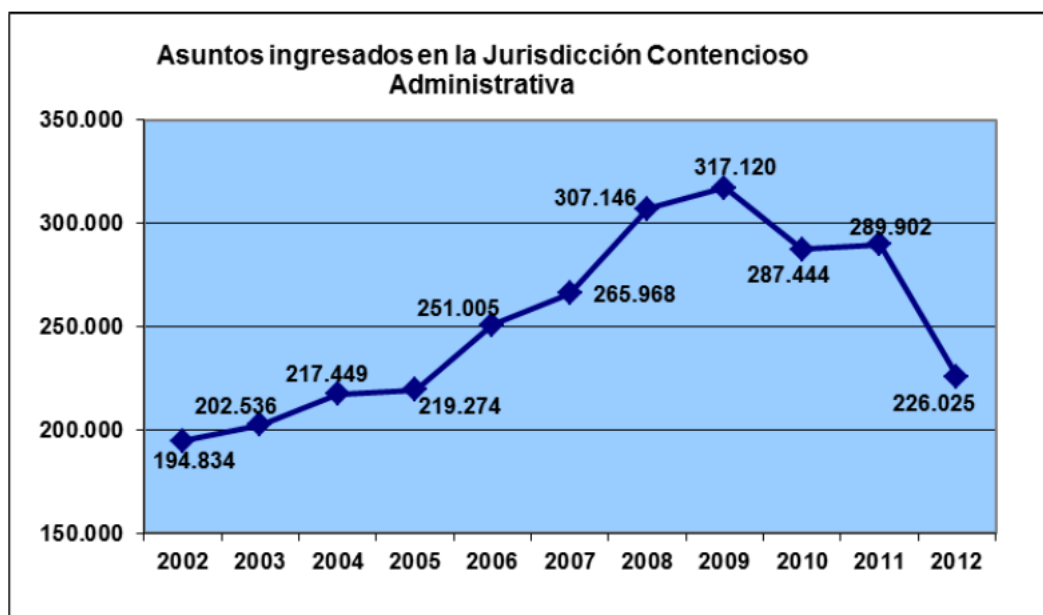


Grafico del estudio estadístico del CGPJ, Justicia dato a dato,2012, página 46.

En esta aproximación, nos serviremos de los datos reflejados en la panorámica de la Justicia²⁰⁹ elaborada por el CGPJ, correspondiente al ejercicio 2012²¹⁰, teniendo en cuenta que en la fecha señalada existían 229 Juzgados de lo Contencioso-administrativo, 12 Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, 21 Salas correspondientes al Tribunal Superior de Justicia, 8 Salas de la Audiencia Nacional y 1 correspondiente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Del mismo modo y, para tener una visión más completa, haremos referencia a los datos correspondientes al ejercicio 2011, en que ingresaron 289.902 asuntos, un 1'5% más que en el 2010, año en que ingresaron 287.444 asuntos. Se resolvieron 287.515 asuntos, lo que implica un 4% menos con respecto al año anterior, en el que se resolvieron 299.346 asuntos.

²⁰⁹http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Panoramicas.

²¹⁰ <http://estadisticas.pnj.cgpj.es/>

Efectivamente en el ejercicio 2012 se ha producido una importantísima disminución del número de asuntos ingresados. Los 226.025 asuntos ingresados en 2012 constituyen un 22% menos que los ingresados en 2011.

El número de resueltos también ha disminuido, aunque sólo un 1,6%, habiéndose resuelto 282.973. El número de asuntos en trámite a final de año, 321.749, ha sido un 15,4% inferior al de 2011 diversos han sido los factores que han producido una leve disminución de asuntos ingresados en este orden jurisdiccional.

La comparativa entre la situación del 2011 y 2012 muestra una leve mejora de la situación de la jurisdicción, con una reducción de las tasas de pendencia y congestión, quedando aún mucho por hacer para conseguir una justicia realmente ágil y eficaz.

	2011	2012	Evolución
Tasa de Resolución	0,99	1,25	26,2%
Tasa de Pendencia	1,32	1,14	-14,0%
Tasa de Congestión	2,32	2,14	-7,7%

Mostramos los datos derivados del trabajo realizado por el CGPJ tras el examen y estudio de los resultados estadísticos correspondientes al ejercicio 2012 y atenderemos a los factores que han contribuido a este leve disminución.

NÚMERO DE ASUNTOS						
	AÑO: 2011			AÑO: 2012		
	INGRESADOS	RESUELTOS	EN TRAMITE AL FINAL DEL PERIODO	INGRESADOS	RESUELTOS	EN TRAMITE AL FINAL DEL PERIODO
Jdos Cont.-Admvo.	175.959	170.001	195.748	129.256	165.588	163.313
Jdos Central Cont.-Admvo.	12.063	7.029	14.752	16.255	13.739	17.342
T.S.J. Sala Cont.-Admvo.	85.580	93.426	145.962	65.582	86.840	123.586
A.N. Sala Cont.-Admvo.	7.958	6.970	11.614	9.097	6.896	9.424
Tribunal Supremo: Sala 3 ^a	8.342	10.089	12.322	5.835	9.910	8.084
TOTAL	289.902	287.515	380.398	226.025	282.973	321.749

El número de asuntos sólo ha aumentado en los Juzgados Centrales de lo Contencioso, este incremento viene motivado, por los recursos presentados por funcionarios públicos, como consecuencia de la reducción de sus haberes derivada de la aplicación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y el efecto de la huelga masiva de controladores aéreos de AENA.

Consideramos previsible que el número de asuntos en materia de función pública a partir de la fecha 22 noviembre 2012 pueda disminuir, como consecuencia de la Disposición final segunda de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que ha derogado el apartado tercero del artículo 23 de la LJCA, que permitía a los funcionarios públicos comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se tratase de cuestiones de personal que no implicasen separación de empleados públicos inamovibles.

EJECUTORIAS						
	AÑO: 2011			AÑO: 2012		
	REGISTRADAS	RESUELTAS	EN TRAMITE AL FINAL DEL PERIODO	REGISTRADAS	RESUELTAS	EN TRAMITE AL FINAL DEL PERIODO
Jdos Cont.-Admvo.	8.255	6.843	7.068	9.223	8.558	7.929
Jdos Central Cont.-Admvo.	226	190	122	336	324	134
T.S.J. Sala Cont.-Admvo.	6.394	5.778	7.879	6.016	6.498	7.633
A.N. Sala Cont.-Admvo.	1.198	418	1.282	277	843	717
Tribunal Supremo: Sala 3 ^a	28	8	21	13	11	23
TOTAL	16.101	13.237	16.372	15.865	16.234	16.436

La materia con el mayor número de asuntos ingresados en los Juzgados de lo Contencioso en 2012 ha sido la Función Pública (un 26,1%), seguida de Extranjería(20,6%), Actividad Administrativa Sancionadora (17,2%), Responsabilidad Patrimonial(9,4%), Urbanismo,(5,3%), Contratos administrativos(4,5%) y Administración Tributaria (4%).

En las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la materia con el mayor número de asuntos ingresados ha sido la Función Pública (30,9%), seguida de Administración Tributaria(28,7%), Expropiación Forzosa(9,3%), Actividad Administrativa Sancionadora (3,7%), Responsabilidad Patrimonial (3,4%), y Urbanismo, (3,3%). La Extranjería sólo representa el 1,8%, aunque en Madrid sigue representando un 6,8%.

Materias en todas ellas en las que defendemos la viabilidad de la mediación, como con detalle explicaremos en un momento posterior, lo que contribuiría a paliar la situación de colapso en esta jurisdicción.

RESOLUCIÓN DE ASUNTOS

El total de sentencias dictadas en 2012 en esta jurisdicción ha sido de 175.662 con una reducción del 3,8% respecto a 2011.

	N° SENTENCIAS	
	AÑO: 2011	AÑO: 2012
Jdos Cont.-Admvo.	100.456	97.749
Jdos Central Cont.-Admvo.	50.880	3.908
T.S.J. Sala Cont.-Admvo.	65.709	62.797
A.N. Sala Cont.-Admvo.	5.596	5.221
Tribunal Supremo: Sala 3ª	5.827	5987
TOTAL	182.676	175.662

Se ha producido una importante reducción en el número de sentencias dictadas en los Juzgados Centrales de lo Contencioso (23,2%), Juzgados de lo Contencioso (2,7%), Salas de los TSJ (4,4%) y Audiencia Nacional (6,70%). Por el contrario, en la Sala del Tribunal Supremo se ha producido un incremento del 2,7%.

La reducción del el total de sentencias y autos en esta jurisdicción, ha disminuido mientras que ha aumentado fuertemente el de decretos, lo que

consideramos obedece a las competencias atribuidas a los Secretarios judiciales, tras la reforma operada por la ley 13/2009, con el fin de descargar a los Jueces y Tribunales de funciones no jurisdiccionales en aras a garantizar una Justicia eficaz.

Los datos de los Juzgados Centrales de lo Contencioso hay que examinarlos con cautela porque su calidad en 2012 y especialmente en 2011 ha estado muy condicionada por la implantación del proceso de expediente digital.

	Total	Fase Declarativa	Fase Ejecutiva	Evolución sentencias respecto a 2011	Evolución autos finales respecto a 2011	Evolución decretos respecto a 2011
Jdos Cont.-Administrativo	23.834	19.406	4.428	-2,7%	-14,0%	50,2%
Jdos Central Cont.- Administrativo	5534	5332	202	-23,2%	163,8%	1458,9%
T.S.J. Sala Cont.- Administrativo	9.301	7.608	1.693	-4,4%	-22,4%	60,7%
A.N. Sala Cont.- Administrativo	580	556	24	-6,7%	11,5%	74,7%

JUICIOS SEÑALADOS Y CELEBRADOS

En los Juzgados de lo Contencioso-administrativo se han señalado 183.687 juicios, un 10,4% más que en 2011. El porcentaje de celebrados ha sido superior al 80% en todos los TSJ menos en Cantabria (76,5%), Extremadura (76,9%) y Navarra (78,2%). El mayor porcentaje de celebrados se ha dado en Madrid con un 89,8%. En los Juzgados Centrales de lo Contencioso el número de señalamientos ha sido de 4.678, un 2,3% más que en 2011, habiéndose celebrado el 84%.

Este dato refleja el enorme trabajo que se desarrolla en los Juzgados y Tribunales correspondiente a este orden jurisdiccional.

DURACIONES MEDIAS DE LOS PROCESOS

La duración media de los asuntos terminados en los últimos años en los Juzgados de lo Contencioso ha sido:

	2012	2011	2010	2009	2008
Juzgados de lo Contencioso	13,6	12,9	12,0	11,1	10,6

El estudio refleja que Madrid ha pasado a ser el Tribunal Superior de Justicia con mayores duraciones medias con 16,8 meses, seguida de Illes Balears con 16,2, Castilla la Mancha con 14,8 y Cataluña y Navarra con 14,2 meses.

Analizando por materias, la duración media más alta se está dando en Expropiación Forzosa (18,4 meses), seguida de Urbanismo (17,3), Medio

ambiente (16,7), Administración Tributaria (15,8), Dominio Público y Propiedades Especiales y Actividad Administrativa Sancionadora (15,1). Por tipos de procedimientos, los Ordinarios han tenido una duración media de 17 meses, con un incremento del 0,9% respecto al año anterior, y la duración media de los Abreviados ha sido de 13,2 meses, habiéndose incrementado un 7,5%.

En las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la duración media de los asuntos en única instancia terminados en 2012 ha sido de 24,6 meses, siendo la mayor en Murcia (40,2 meses), Castilla-La Mancha (38,7), Galicia (37), Cataluña (30,5) y Andalucía (28,5). Las más bajas se han dado en Illes Balears (7,5) y La Rioja (10,5). Para los recursos de apelación la duración media ha sido de 13,6 meses, con máximo en Andalucía (21,1), seguida de Cataluña (20,4), y Aragón (19,8).

Por materias, los de Expropiación forzosa (43,2 meses), han sido los de mayor duración media. Les siguen los de Medio Ambiente (34,7), Administración Tributaria (27,5), Urbanismo (27,3), Actividad Administrativa y Sancionadora(23,6), Dominio Público y Propiedades Especiales(22,6) y Función Pública (19,2). Los Recursos de apelación tardaron de media 13,6 meses y los de Queja 2,3.

Estas medias pueden ser el resultado de los, cada vez, más escasos medios, personales y materiales, con que cuentan los órganos judiciales ante la fuerte crisis económica.

APELACIONES Y CASACIONES

Los Juzgados Centrales de lo Contencioso han elevado 556 recursos de apelación contra sentencias, un 16,1% más que en 2011. Los Juzgados de lo

Contencioso elevaron 16.258 recursos de apelación contra sentencias, un 13,9% menos que en 2011. El resultado de las sentencias de apelación devueltas en esta jurisdicción ha sido:

	Confirmando	Revocando totalmente	Revocando parcialmente	Anulando
Jdos. Contencioso	75,8	17	6,6	0,6
Jdo. Central Contencioso	80,4	15,5	2,7	1,4

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional elevó 998 recursos de casación, un 36,7% más que en 2011, y las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia elevaron 2.872, un 28,1% menos que en 2011. El resultado de los recursos devueltos en el año ha sido:

	Confirmando	Revocando totalmente	Revocando parcialmente	Anulando
T.S.J. Sala Contencioso	79,5	13,9	4,3	2,4
A Nacional. Sala Contencioso	84,9	9,9	4,3	1

Como estimación del porcentaje de sentencias recurridas, tenemos:

	Recursos elevados / sentencias dictadas
Jdos. Contencioso-administrativo	16,6
Jdo. Central Contencioso	14,2
A. Nacional Sala Contencioso	19,1
T.S.J. Sala Contencioso-administrativo	4,6

Salvo en los Juzgados Centrales, en los que se ha observado un incremento del 50,9% respecto a 2011 en el ratio recursos elevados/sentencias dictadas, en los demás órganos la disminución ha sido muy importante.

En los Juzgados de lo Contencioso se ha producido un incremento del 50,2% en el número de decretos, y del 10% en el número de recursos contra las resoluciones del secretario. En el 80,2% de los de recursos de revisión contra decretos se ha producido la confirmación. El ratio entre recursos de revisión ingresados y decretos finales ha sido de 3,8%.

	Porcentaje de recursos de revisión devueltos confirmando	Recursos de revisión ingresados / decretos finales
Jdos Cont.-Administrativo	80,2%	2,8%
Jdos Central Cont.-Administrativo	71,4%	1,2%
T.S.J. Sala Cont.-Administrativo	77,3%	3,8%
A.N. Sala Cont.-Administrativo	81,6%	6,6%

Recientemente hemos asistido a algunos cambios legislativos y organizativos que han afectado al estado de este orden jurisdiccional, entre ellos la implantación del expediente judicial electrónico en el los Juzgados centrales, el dictado de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal o de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. A continuación dedicaremos unas líneas al impacto que estos factores han tenido en este ámbito procesal.

3.3.3.1. INCIDENCIA DEL PROCESO IMPLANTACIÓN DEL EXPEDIENTE DIGITAL EN LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Siguiendo con los datos derivados de la panorámica de la Justicia correspondiente al ejercicio 2012 del CGPJ, nos detendremos en el efecto que el expediente judicial electrónico ha tenido en la tramitación de los asuntos correspondientes a los Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, por ser los únicos donde el expediente electrónico se ha implantado.

En 2011 ingresaron 8.679 asuntos de función pública, lo que supuso un 192% más que en 2010, con una disminución del 74% en 2012. El desmesurado número de 2011 se debe a los recursos presentados por funcionarios públicos. En el mismo sentido, los recursos presentados en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración aumentaron de 2010 a 2011 un 15%, y de 2011 a 2012 un 545%; en casi idénticos porcentajes (un 14% y un 546%) aumentaron los recursos en los que la administración recurrida fueron “organismos públicos y entidades”.

La conclusión a la que se llega en este informe es que se trató mayoritariamente del ingreso de recursos presentados por la huelga de controladores aéreos.

La peculiaridad de este ingreso masivo de asuntos tan específicos, según el informe citado, impide hacer una valoración estadística del efecto que ha tenido en los Juzgados Centrales de lo Contencioso- Administrativo la implantación del expediente judicial electrónico.

No obstante, las circunstancias que han concurrido en estos órganos judiciales sí han tenido como consecuencia que la resolución de asuntos se haya incrementado en un 95%, a pesar de lo cual los asuntos pendientes a final de 2012 han aumentado un 18%.

El porcentaje de asuntos resueltos por sentencia ha pasado del 72% en 2011 al 28% en 2012, el porcentaje de señalamientos suspendidos ha pasado del 12% en 2011 al 16% en 2012, el de sentencias pendientes de declarar firmes en 2010 aumentó un 20%, en 2011 un 80% (de 325 a 584) y en 2012 disminuyó un 43%, quedando en 331, cifra muy similar a la que existía a 31 de diciembre de 2010 (325), y finalmente, el porcentaje de recursos de apelación elevados en 2011 disminuyó un 41%, y en 2012 aumentó el 13%, si bien en este aspecto también han incidido de forma significativa las reformas legales.

En el momento de elaboración de este informe era pronto para extraer conclusiones sobre el impacto que el expediente judicial electrónico ha ejercido en la tramitación de los asuntos en este órgano judicial, lo que no nos cabe duda es que con el tiempo, y una vez estabilizado, contribuirá a agilizar la tramitación y resolución de los mismos.

Somos conscientes y conocedores de las dificultades de su implantación inicial, pero a día de la fecha los Juzgados centrales y los profesionales que con ellos se relacionan, ya están adaptados y se han habituado al manejo del

expediente electrónico y aprecian las ventajas que éste le ofrece, sin que fuera posible o imaginable una vuelta al mundo del papel. Invitamos a las Administraciones competentes al impulso de la incorporación progresiva de las nuevas tecnologías, si bien nos constan los esfuerzos que se están llevando a cabo en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia para implantar el Sistema integrado de Justicia lo que redundará en una mayor eficiencia y agilidad. Su implantación en las grandes ciudades, como Madrid o Barcelona, donde el número de asuntos es más elevado contribuiría a la consecución de una Justicia ágil y eficaz.

El expediente electrónico es requisito imprescindible para el buen funcionamiento del modelo de oficina judicial diseñado en la Ley 19/2003 que, adelantamos, constituye el modelo adecuado para la implantación de los servicios de mediación intrajudicial.

3.3.3.2. **IMPACTO DE LA LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL**²¹¹

Tras la entrada en vigor de la Ley 37/2011, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2011 y la incorporación del criterio de vencimiento para la imposición de las costas procesales en los procesos sustanciados en única o primera instancia contencioso-administrativa, el CGPJ ha llevado a cabo un estudio sobre su repercusión en este orden jurisdiccional y extraído algunas conclusiones que pasamos a enumerar:

- Se observa una reducción en el número de recursos de apelación ingresados en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia del 6,2% en el 2011 respecto a 2010 y del 12,2% en el 2012 respecto a

²¹¹http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Panoramicas

2011. Estas reducciones son muy superiores a las observadas en el número de asuntos resueltos y de sentencias dictadas en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

- En la Sala de la Audiencia Nacional, pese a reconocer la dificultad de sacar conclusiones por haberse mezclado los efectos del proceso de implantación del expediente digital con las medidas de agilización, se ha observado una reducción de los recursos de apelación ingresados en 2011 del 36% y un incremento del 6,9% en 2012 simultáneamente con un importante aumento del número de sentencias en los Juzgados Centrales en 2011, del 21%, y una disminución del 23,2% en 2012.
- En la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo se ha observado una reducción en los recursos de casación ordinaria: del 14,9% en 2011 y del 30,3% en 2012. Para los procesos de casación por interés de ley la reducción ha sido del 42% en 2011 y del 45% en 2012. Por su parte los recursos de casación por unificación de doctrina han tenido una disminución del 17% en 2011 y un incremento del 1,4% en 2012.
- No se ha observado el previsible trasvase desde los procedimientos ordinarios a los abreviados motivado por el incremento de la cuantía límite para la tramitación como abreviado. Tanto el número de abreviados como de ordinarios ingresados ha disminuido en 2012 de manera similar (un 26,5% los ordinarios y un 27,5% los abreviados).

El criterio del vencimiento en la imposición de costas parece haber ejercido una cierta influencia en la reducción del número de asuntos en los Juzgados de instancia, por lo que, algunos autores, afirman que ello constituye un estímulo para incentivar otras vías de resolución de conflictos, entre las que se encuentra la mediación.

En relación con las costas y de regularse finalmente la mediación en este orden jurisdiccional, sería deseable se contemplase la previsión contenida en el artículo 395 de la LEC a propósito de la condena en costas en caso de allanamiento y a la que ya hicimos referencia.

3.3.3.3. **LA LEY 10/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REGULAN DETERMINADAS TASAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES**

Nos parece interesante comprobar también el impacto que La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, puede haber tenido en la entrada de asuntos y de recursos en los órganos judiciales. El seguimiento de este impacto ha sido encargado por el Pleno del CGPJ, entre a otras unidades, a la sección de Estadística Judicial y ha sido realizado sobre los datos del cuarto trimestre de 2012 y del primer trimestre de 2013.

Respecto a los Juzgados de lo contencioso-administrativo

En estos juzgados los asuntos de Función Pública han tenido una gran variabilidad en los últimos trimestres pues se han producido demandas masivas motivadas por las bajadas de salarios a los trabajadores públicos.

Por este motivo la unidad de estadística citada optó por eliminar los asuntos de función pública del análisis y considerar el resto de asuntos ingresados. Tampoco analiza el impacto en los recursos de apelación al disponer sólo datos de los elevados.

Total asuntos ingresados sin contar función pública	Valor esperado 4T 2012 y 1T 2013	Valor observado 4T 2012 y 1T 2013	Diferencia porcentual entre observado y esperado
	56.581	48.164	-14,9%

Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo

En estos juzgados, por sus competencias, existe una gran variabilidad en el número de los asuntos ingresados según su tipo. Así, se han observado importantes picos en Función Pública y Responsabilidad patrimonial, motivados por los recursos por las bajadas de retribuciones del personal público o las reclamaciones derivadas del conflicto de AENA.

A partir del tercer trimestre de 2012 se observa un importante crecimiento en los Actos de organismos (Art. 9.c. LJCA). Por este motivo la comparación se ha hecho limitándonos al tipo de asuntos con una mayor estabilidad: los relacionados con la Actividad Administrativa Sancionadora. Tampoco se pueden analizar los recursos de apelación, al disponerse solo de los elevados.

Actividad Administrativa sancionadora	Valor esperado 4T 2012 y 1T 2013	Valor observado 4T 2012 y 1T 2013	Diferencia porcentual entre observado y esperado
	553	352	-36,3

Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ

Para las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia se analiza el total de asuntos de única instancia ingresados, del que se han eliminado los de Función Pública, por los motivos expuestos.

A.U.I. sin función pública	Valor esperado 4T 2012 y 1T 2013	Valor observado 4T 2012 y 1T 2013	Diferencia porcentual entre observado y esperado
	18.343	14.738	-19,7%

Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional

Para la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se analiza el total de asuntos de única instancia ingresados, del que se han eliminado los ingresados en la rúbrica “otras materias”, pues en ella se han registrado las reclamaciones derivadas de la regulación de las fotovoltaicas que han provocado un enorme incremento de ingresos en los trimestres cuarto de 2011 y primero de 2012.

Total asuntos única instancia ingresados sin contar otras materias	Valor esperado 4T 2012 y 1T 2013	Valor observado 4T 2012 y 1T 2013r	Diferencia porcentual entre observado y esperado
	1.752	1.639	-6,4%

Resumen de la jurisdicción Contencioso Administrativa²¹²

Con los datos disponibles, en la jurisdicción Contencioso-administrativa no se ha podido valorar el impacto de las nuevas tasas en los recursos, pues la estadística sólo facilita los elevados.

Para los asuntos ingresados en los juzgados y en las Salas, de los que se han eliminado los de aquellas materias que presentan una gran volatilidad, se puede concluir que las nuevas tasas han tenido un efecto importante, observándose reducciones entre los valores previsibles antes de la

²¹² Este resumen se corresponde con el efectuado por la Sección Estadística del CGPJ

implantación de las tasas y los observados para el conjunto de los trimestres cuarto de 2012 y primero de 2013 que oscilan entre el 6,4% para los asuntos en única instancia (sin contabilizar “otras materias”) en la Sala de la Audiencia Nacional y el 36,3% para los asuntos de Actividad administrativa sancionadora en los Juzgados Centrales de lo Contencioso.

	Diferencia porcentual entre observado y esperado 4T 2012 y 1T 2013
JCA asuntos ingresados (sin función pública)	-14,9%
JCCA Actividad administrativa sancionadora	-36,3%
Salas CA de TSJ. A.U.I. sin función pública	-19,7%
Sala CA de la A. Nacional A.U.I. sin "otras materias"	-6,4%

Como el propio CGPJ manifiesta resulta necesario disponer de una perspectiva temporal más amplia, no obstante de los datos disponibles se pueden hacer algunas afirmaciones. Entre ellas, que en la jurisdicción contenciosa si se ha observado un apreciable efecto de las tasas, pues en todos los tipos de procedimientos que se han comparado se ha observado una reducción entre los valores observados y los que eran previsibles antes de la entrada en vigor de las nuevas tasas. En uno y otro caso parece haberse producido una reducción del número de asuntos ingresados vinculado a razones de coste económico.

Por nuestra parte defendemos una justicia de calidad en el sentido más amplio de la palabra. Como anticipo al capítulo dedicado a la mediación intrajudicial en este orden jurisdiccional, decir que debemos ser cautos al incentivar la mediación con medidas de este tipo, que puedan llevar a limitar el acceso los Tribunales a favor de unos pocos con posibilidades de sufragar sus

cada vez más elevados costes y la mediación se convierta en un proceso de segunda categoría relegada a aquellos que carecen de medios económicos suficientes.

El planteamiento que proponemos es que ambas vías debe convivir, de ahí que defendamos que son instrumentos complementarios y el ciudadano acudirá al que en cada caso resulte idóneo atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por ello somos partidarios de una mediación de calidad con profesionales debidamente remunerados y con ciudadanos que satisfagan los costes correspondientes y, en caso de no poder hacerlo, tengan reconocido un derecho similar al del actual derecho de asistencia jurídica gratuita, pues entendemos que el acceso a la justicia debe englobar también la asistencia prestada a través de la mediación.

3.3.4. LA ADECUACIÓN DE LOS ADR AL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

3.3.4.1. PRETENSIONES DE LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ya hicimos referencia a la necesidad de que este orden jurisdiccional se adecue constantemente a los cambios que la sociedad demanda, ello nos lleva al estudio de las pretensiones de las partes, pretensiones que muchas veces no son satisfechas en debida forma por problemas de lentitud, escasa operatividad y eficiencia.

Siguiendo a COSCULLUELA MONTANER²¹³, las pretensiones de las partes en el proceso contencioso-administrativo pueden ser diversas:

²¹³ COSCULLUELA MONTANER, L., *en Manual de Derecho ...*, Ob.cit., págs. 501- 503.

- Pretensión de no ser conforme a Derecho los actos o reglamentos impugnados (Art. 31.1LJCA).
- Pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios causados (Art. 31.2 LJCA).
- Pretensión de condena a la Administración para que dicte un acto al que legalmente tiene derecho, de condena a realizar una prestación legalmente debida o al cumplimiento de las obligaciones legalmente debidas (Art. 32.1LJCA).
- Pretensión de condena al cese de actividades que constituyan vías de hecho (Art. 32.2 LJCA).
- Pretensión de condena en costas (Art. 139 LJCA).

Pusimos de manifiesto que los ADR pueden ayudar a paliar el colapso o retraso que en el ámbito de la Administración de la Justicia se origina, y en lo que se refiere al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pueden contribuir a mejorar su funcionamiento.

Hemos de tener en cuenta, que en numerosas ocasiones se produce una jurisdiccionalización de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, ante la denegación rutinaria de sus derechos en vía administrativa. Esto mismo ocurre en otros países, tal y como señala RESTREPO MEDINA ²¹⁴, al estudiar las disfunciones del procedimiento administrativo en la práctica administrativa colombiana, evidenciando un funcionamiento inadecuado de los mecanismos de autocontrol con que cuenta la Administración.

²¹⁴RESTREPO MEDINA, M.A.; “Incidencias de las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución”, en *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid: 2010, págs.38-42.

Sería deseable optimizar el funcionamiento de las herramientas existentes, contar con una vía administrativa eficaz y garantizar un asesoramiento adecuado para el caso de que el ciudadano no vea satisfechos sus derechos en dicha vía, pudiendo acudir a la institución más adecuada en función del caso concreto para hacer valer sus pretensiones frente a la Administración, vía que no tiene por qué ser en todo caso la jurisdiccional sino que hemos de abrir camino a los diferentes ADR, entre ellos la mediación, ello requiere de cambios normativos, organizativos y culturales en nuestro ordenamiento jurídico. A estas vías de resolución vamos a referirnos a continuación al estudiar las propuestas planteadas para mejorar el estado actual de este orden jurisdiccional.

Es cierto que los conflictos públicos revisten especial dificultad por dos razones fundamentales: el nivel de politización, a menudo asociado a los conflictos y una marcada desigualdad de poder entre las partes, pero también es cierto que el uso de estas técnicas permiten desarrollar la participación ciudadana y pueden contribuir a paliar el desequilibrio existente entre las partes.

Las razones que justifican acudir a estos sistemas alternativos, en el marco del Derecho administrativo, son las mismas que en el resto de órdenes jurisdiccionales, pero además, no olvidemos que junto con los tradicionales principios garantistas del procedimiento, hemos de dar cabida otros principios como el de participación, transparencia, eficacia y consensualidad.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al igual que en otros órdenes, es evidente la confusión entre los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos. No existe una delimitación clara entre ellos, la regulación de los mismos resulta aún más insuficiente, sin que conste, si constituyen un medio alternativo de los recursos administrativos o también de la vía

jurisdiccional²¹⁵. A ello hay que añadir el recelo a acudir a estos mecanismos cuando la Administración Pública es una de las partes del conflicto, motivado en numerosas ocasiones por la falta de confianza, desconocimiento o temor.

Sería deseable una norma que de forma expresa regulase la posibilidad de acudir a este sistema alternativo de solución de conflictos, tanto en vía administrativa como en la vía jurisdiccional.

3.3.4.2. LOS ADR UNA APUESTA DE MEJORA

Aunque la situación en este orden jurisdiccional como vimos, ha experimentado una leve mejoría, lo cierto es que los datos todavía constatan que nos encontramos con una vía jurisdiccional colapsada y poco efectiva.

Son muchas las propuestas sugeridas para mejorar la calidad y eficiencia de este orden jurisdiccional. Entre ellas algunos autores, como VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBETÓ²¹⁶, proponen la adecuación de la planta judicial contencioso-administrativa a la situación de litigiosidad real.

En este punto, hemos de tener en cuenta la propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹⁷, en cuanto a la organización de los Tribunales, que introduce los Tribunales provinciales de Instancia como nuevo órgano judicial de primer grado y llevará consigo la necesidad de modificar la Ley de Demarcación y Planta. Este Tribunal de instancia abarcará todos los órdenes jurisdiccionales y su circunscripción será provincial, no coincidente con los

²¹⁵ Sobre este punto nos remitimos a la reflexión efectuada en el epígrafe 2.7.4 a propósito del marco legal de la mediación en el Derecho administrativo y en el orden contencioso-administrativo.

²¹⁶ VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBETÓ, J.; "Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, 2009, págs. 16 y 17.

²¹⁷ Redacción de 3 de abril de 2014 del Anteproyecto de LOPJ.

actuales partidos judiciales, ello con el objeto de flexibilizar y maximizar los recursos existentes tal y como recoge expresamente la Exposición de Motivos de la Propuesta indicada. Este Tribunal constará de cuatro Salas, una por cada orden jurisdiccional, Dentro de cada Sala habrá “unidades judiciales” y secciones, según que el conocimiento del asunto se atribuya a un Juez unipersonal o a un colegio de Jueces. La idea es que estos Tribunales provinciales de Instancia asuman todas las competencias que hoy corresponden a los Juzgados, así como las competencias que en primera instancia tienen atribuidas actualmente las Audiencias Provinciales en los órdenes civil y penal.

Sin embargo, el legislador no desconoce la diversa realidad geográfica de nuestro territorio, por lo que prevé dos medidas encaminadas a flexibilizar la regla general.

En primer lugar, contempla la posibilidad de que el Tribunal Provincial de instancia tenga otras sedes, además de la oficial, en alguna otra población de la provincia que reúna una serie de requisitos de población, carga de trabajo o la distancia a la capital, y, de igual forma, se tendrá en cuenta tanto el carácter uniprovincial de algunas Comunidades Autónomas como el hecho insular o las especiales características geográficas de una zona.

En segundo lugar, se prevé que las Comunidades Autónomas puedan realizar una propuesta relativa a las sedes de los Tribunales provinciales de Instancia de su territorio, para de esta forma conjugar la implantación del modelo con las peculiaridades propias de cada Comunidad.

Por lo que respecta al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al igual que en el orden social, este proceso de provincialización se inició ya hace un tiempo, como hemos podido comprobar y obedece a la necesidad de

optimizar los medios materiales, personales y temporales de la Administración de Justicia.

No obstante cuando hablamos de la modificación de la planta judicial, hemos de tener en cuenta que no es una medida sencilla ni rápida de adoptar, además no estamos en el mejor momento económico para su implantación, por lo que se hace necesario buscar otras vías que permitan mejorar la situación existente.

VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBETÓ, J²¹⁸, propone otras medidas y distingue entre dos grupos de posibles mecanismos de mejora de la situación actual:

- Los mecanismos previos al proceso contencioso-administrativo como son : la terminación convencional del procedimiento administrativo, alternativas al proceso contencioso-administrativo, el impacto de las tasas judiciales y de las costas en el proceso contencioso-administrativo, a las que ya hemos hecho referencia.
- Fórmulas de solución del conflicto durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, antes de recaer sentencia, como pueden ser las medidas cautelares, las normas de reparto, acumulación de autos y el procedimiento del pleito testigo, extensión efectos de la sentencia, modos anormales de terminación del procedimiento, gestión del proceso y de la oficina Judicial.

Creemos que la mejor manera de contribuir a la eficacia y mejor funcionamiento de este orden jurisdiccional es posibilitando al ciudadano acudir al mecanismo más adecuado para la resolución de sus conflictos y atendiendo

²¹⁸ VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBETÓ, J.; Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso- administrativa..., ob.cit., pág. 18.

a las peculiaridades del mismo, pues como dijimos no todos son iguales ni requieren la misma solución.

Conforme a la tercera conclusión del seminario sobre la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso- administrativa, celebrado en el seno del CGPJ el 14 de mayo del 2013, destaca que esta jurisdicción se puede nutrir de varios métodos para resolver conflictos como son la mediación, la conciliación o el arbitraje. En la línea expuesta, el CGPJ²¹⁹ afirma que 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 que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser resueltos por vías diferentes de la jurisdiccional, pudiendo complementarse con el establecimiento 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. Juzgar no es la única solución posible para resolver los conflictos entre la Administración y los ciudadanos. Es necesario un cambio cultural importante, respecto del que, como veremos al analizar el estudio de opinión realizado, creemos que la sociedad está dispuesta a afrontar.

Fruto de la Tercera Cumbre del Consejo de Europa en mayo de 2005²²⁰ se decidió, entre otras prioridades, desarrollar una actividad dirigida a implementar en los diferentes Estados Miembros medidas alternativas para la resolución de los conflictos. Como consecuencia de ello, como ya expusimos, en Diciembre de 2007 el Grupo de trabajo en mediación, perteneciente a la European

²¹⁹ *Guía para* www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediación, pág.168. *la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ*, en

²²⁰ Datos extraídos de la Guidelines for a better..., ob.cit.

Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)²²¹ elaboró una guía para la eficiencia de la Justicia, donde reconoce el importante papel que los Gobiernos y autoridades de los Estados miembros ocupan en la promoción y empuje en el uso de estas técnicas de resolución de conflictos con la Administración Pública. Dicha guía se elaboró tras la cumplimentación de un cuestionario sobre la Recomendación(2001) 9, que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas, por diferentes Estados miembros.

En ella se afirma que cada Estado miembro debe definir cuando y como es apropiado acudir a una u otra vía de resolución alternativa del conflicto. Son los Estados miembros los que deben adoptar medidas específicas para promover el uso de estas técnicas e incluso establecerlas como requisito previo al procedimiento judicial, en algunos casos, debiendo para ello elaborar las normas pertinentes o reformar las ya existentes.

Por lo que respecta a este orden jurisdiccional, recoge la conveniencia de que sean las propias autoridades administrativas las que propongan acudir a esta vía de resolución del conflicto, siempre y cuando ello no sea contrario a Derecho. Las autoridades administrativas deberían aceptar la propuesta de la parte privada para acudir a estas vías de resolución del conflicto, siempre que no sea contrario a los intereses públicos o abusivos para una parte individual. Para que la autoridad administrativa asuma esta tarea, entendemos que resulta imprescindible que sea concedora y tenga confianza en las posibilidades y ventajas que estos medios alternativos pueden ofrecer. De ahí la necesidad de hacer partícipe a la Administración de este proceso de cambio a través de la oportuna formación e información.

²²¹ Esta guía fue el resultado de un cuestionario enviado a diferentes Estados miembros, cuyas respuestas resultaron insuficientes.

El CEPEJ reconoce la necesidad de que los Estados miembros hagan partícipes a todos los operadores jurídicos o que se relacionan con la Administración de Justicia (empleados públicos, ciudadanos, Abogados, Procuradores, entre otros) de la conveniencia de acudir a estas técnicas alternativas. Considera que el órgano judicial también puede desempeñar un papel importante al guiar o dirigir a las partes en la elección del procedimiento adecuado para solucionar el conflicto. Así mismo sugiere que los Códigos de Conducta de los Abogados incluyeran una obligación o recomendación para considerar acudir a estas vías antes de acudir a los Tribunales, debiendo prestar consejo e información suficiente a sus clientes. Para ello, será necesario que los Letrados posean conocimiento y formación suficiente y consideren que esta tarea forma parte de sus competencias. Se trata en definitiva de un cambio en su función tradicional fruto de la modernización y de las nuevas necesidades que la sociedad demanda. El Derecho, y en este caso concreto el Derecho Procesal, está en constante evolución y sus operadores en continua formación, lo que justifica la apertura de nuevas vías o cauces de resolución.

Ahora bien, es conveniente, en aras a garantizar una cierta uniformidad en el uso de estas técnicas alternativas de resolución de conflictos, la elaboración de un Código de conducta entre los Estados miembros en esta rama del ordenamiento jurídico, a modo similar al Código de Conducta ya existente en el orden civil y comercial.

Por lo expuesto proponemos como medida para mejorar la situación actual del ordenamiento contencioso-administrativo la necesidad de implantar e impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos y, en especial, por las ventajas que la misma aporta y que luego estudiaremos, la mediación.

3.3.4.3. DIFICULTADES PARA LA UTILIZACIÓN DE LOS ADR EN CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN

Hemos manifestado que el control que los Jueces y Tribunales ejercen sobre la actuación de la Administración Pública, no excluye la posibilidad de acudir a otras vías alternativas de solución de conflictos, vías que pueden resultar adecuadas según la naturaleza del conflicto en cada caso concreto.

La guía elaborada por la Comisión Europea²²² para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), tras manifestar la existencia de considerables diferencias entre los Estados miembros, refleja los principales obstáculos para la incorporación de estos medios alternativos para la solución de conflictos entre los particulares y autoridades administrativas, a saber:

- Desconocimiento por parte de los Estados miembros de la utilidad y eficacia de estas técnicas en este tipo de conflictos. Este desconocimiento genera miedo o cierta desconfianza para acudir a esta vía alternativa de resolución del conflicto entre los diferentes operadores. Respecto de esta objeción consideramos imprescindible una campaña informativa entre los diferentes Estados miembros.
- Escasos esfuerzos para que las autoridades administrativas tomen conciencia de los eficientes resultados que estas técnicas pueden comportar. En la misma línea, se ha de efectuar un esfuerzo especial por ganar la confianza de las Administraciones públicas y obtener su compromiso y colaboración.
- Desconfianza por parte de los Tribunales en el desarrollo de técnicas no judiciales para la solución de estos conflictos. Objeto de nuestro estudio

²²² Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. CEPEJ(2007) 15, pág.3.

es la mediación conectada con los Tribunales, pieza clave y necesaria para el éxito de la mediación, contar con la colaboración de los Tribunales no sólo es necesario, sino que revestirá de mayor autoridad y garantía el instituto de la mediación, propiciando la confianza de los ciudadanos en esta nueva vía de resolución de sus disputas.

- Escasa investigación sobre la posibilidad de estas técnicas en esta parcela del derecho. Lo que sugiere la necesidad de seguir investigando en las posibilidades de la mediación cuando de conflictos con la Administración se trata, del mismo modo, sería interesante y productivo se creara una asociación de expertos en derecho administrativo en el marco de la Unión europea con el objetivo de aunar esfuerzos en el estudio y promoción de la mediación.
- Ausencia de especialistas en esta área. Efectivamente una de las dificultades reales es encontrar mediadores que reúnan los requisitos de una completa formación que conjugue las técnicas de la mediación y el conocimiento jurídico requerido por esta parcela del ordenamiento y sus singularidades. Ya hemos adelantado en un pasaje anterior que la especialidad de algunas materias requiere de mediadores que cuenten con una formación específica y añadida, pues de la calidad de su formación y pericia depende gran parte del éxito de la mediación.
- Desconocimiento de la metodología y funcionamiento, así como insuficiente información sobre sus niveles de éxito. Nos detendremos en este punto en un momento posterior, si bien aconsejamos ser realistas en cuanto a los posibles resultados a obtener para no crear expectativas que luego no puedan ser cumplidas y generen el efecto contrario en detrimento de la mediación.

Vimos que todavía el uso de la mediación es modesto entre los Estados de la Unión, uso que en el caso de conflictos con la Administración pública todavía es menor por las razones expuestas. Por ello creemos que se ha de generar confianza en la mediación, con una adecuada campaña informativa dirigida tanto a las Administraciones públicas, cuya confianza resulta imprescindible, pero también dirigida al ciudadano, haciéndole conocedor de las posibilidades de participación que la mediación le puede ofrecer. Campaña que de venir avalada como instituciones como el CGPJ, Ministerio de Justicia, los propios órganos judiciales o asociaciones como GEMME u otras más específicas que se pudieran constituir tendrán una mayor visibilidad y posibilidad de éxito, por la confianza y autoridad de que las mismas están revestidas.

CAPITULO 4. MARCO PARA LA MEDIACION EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

4.1. DEFINICIÓN Y FINALIDAD

Como defensores de la evolución de los principios y de los modos de resolución de conflictos con la Administración, centramos el objeto de nuestro estudio en la mediación intrajudicial o, como SOLETO²²³, califica en la mediación conectada con los Tribunales.

Ya avanzamos en un capítulo anterior que hoy los Tribunales de lo contencioso- administrativo se integran en el sistema judicial común, lo que posibilita que se amplíe el ámbito de aplicación de la mediación en este orden jurisdiccional, de modo similar a lo que ocurre en los países anglosajones.

Exponemos a continuación la definición surgida entre la conclusiones obtenidas en el seminario celebrado en el seno del CGPJ ya citado, de mediación intrajudicial administrativa como “aquel medio de solución de litigios alternativo y complementario a la Administración de Justicia, en el que dos o más partes legitimadas intentan voluntariamente, en el curso de un proceso contencioso-administrativo, alcanzar por sí mismas un acuerdo, sobre la base de una propuesta elaborada por un tercero mediador”²²⁴.

La mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico debe reunir los requisitos, ya analizados, de toda mediación: voluntariedad, libre disposición, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, respeto mutuo y colaboración al mediador en la actuación de las partes. La mediación debe

²²³ SOLETO, H.; *La mediación conectada con los Tribunales...*, ob. cit., págs. 383-384.

²²⁴ GARCÍA VICARIO, M.C.; en el seminario del CGPJ de 2011, después de definir la mediación, afirmo que: “no estamos ante una alternativa a la justicia sino ante una justicia alternativa...” .

basarse en la cooperación para la resolución del conflicto y en el respeto mutuo de las partes.

Debemos tener en cuenta que un buen funcionamiento del servicio de mediación no sólo redundará en su propio prestigio sino también en el funcionamiento del orden jurisdiccional. Por ello los servicios de mediación que pudieran trabajar conectados con los Tribunales deberán, con su buen hacer, generar la debida confianza en éstos para lograr el adecuado equilibrio entre cauce procesal y mediación.

Carecemos de una definición legal de mediación administrativa, lo que sí resulta claro es que persigue una doble finalidad:

- Resolver el litigio como alternativa al proceso. Las partes voluntariamente deciden acudir a un tercero, distinto del órgano judicial, que les auxilie en la búsqueda de una solución a su conflicto. Nos remitimos de nuevo al pequeño análisis que efectuamos al principio de la exposición de los vocablos “alternativo” y “complementario”.
- Lo que realmente resulta una novedad es que la mediación pueda convertirse en un instrumento de participación ciudadana en la función pública, todo ello frente al actual sistema basado en la solución por un tercero de los diferentes conflictos sociales. Mediante la mediación se persigue encontrar acuerdos equitativos, satisfactorios y efectivos al conflicto.

Actualmente las partes depositan en un tercero la responsabilidad de resolver, lo que supone que ellas no participan de forma directa en la resolución del conflicto por lo que la solución, que solo puede basarse en un esquema de vencedores y vencidos, no implica un acercamiento entre las partes, por el contrario en ocasiones se convierte en una nueva fuente de

resentimientos y de perpetuación del conflicto. La mediación²²⁵ trata de romper esa dinámica sobre la base de una cultura de diálogo y mecanismos de autocomposición, situando la génesis de la solución en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a las dos partes y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo.

En la misma línea el grupo de expertos que ha elaborado la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial afirma que con la mediación en este orden procesal se postulan nuevas estrategias participativas para hacer frente a procesos judiciales de difícil concreción, cuya respuesta en el marco de una sentencia, y añadiríamos de una resolución procesal, no responde en algunos casos a las expectativas de las partes.

Creemos que el empoderamiento de la sociedad y el desarrollo de programas en los que participen los ciudadanos²²⁶, deben incentivar la implantación de la mediación en este orden jurisdiccional, del mismo modo que está dando cabida a la justicia restaurativa en el proceso penal.

La técnica convencional se diferencia del acto administrativo tradicional en la manera de perfeccionarse²²⁷. El acto administrativo ha sido definido como la resolución emanada unilateralmente de la autoridad administrativa, en cambio

²²⁵ FÁBREGA RUIZ, CF. Y HEREDIA PUENTE M.; “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, publicado en *Bajo Estrado, Revista del Colegio de Abogados de Jaén*, pág.2.

²²⁶ SOLETO, H.; “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Deusto, 2013, pág. 78.

²²⁷ SERRANO ANTON, F.; “ Los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria :admisibilidad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad”, en *La resolución de conflictos en Derecho internacional tributario...*, ob. cit., pág.41.

la técnica convencional, se caracteriza por la participación de las partes en conflicto.

La mediación administrativa se enmarca en una heterocomposición de intereses públicos y privados en una relación entre el ciudadano y la Administración sujeta al derecho administrativo²²⁸.

Teniendo en cuenta las notas que caracterizan la mediación y centrándonos en el marco del derecho administrativo, avalamos la definición de CARBALLO MARTÍNEZ ²²⁹ como “acuerdo de voluntades entre una Administración Pública y uno o varios sujetos tanto de derecho público como privado, regulado por el Derecho Administrativo, por el que, con voluntad inequívoca, conviene someter a mediación las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en relación con la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica con el fin de terminar el procedimiento o preparar su terminación”.

El Grupo de Expertos que ha trabajado en el borrador de Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa considera que la mediación en este ámbito ²³⁰ constituye un elemento dinamizador de la actividad de los Tribunales Contencioso-administrativo, al facilitar la labor de resolver de forma satisfactoria los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante formulas basadas en la autonomía de las partes y en la armonía social.

²²⁸ CARBALLO MARTINEZ, G.; en *La mediación administrativa* ...,ob.cit., pág. 72.

²²⁹ *Ibidem*, pág. 118.

²³⁰ Conforme al borrador de Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativo, aprobado por el Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011.

Se trata de que la Administración a través de un diálogo transformador, reconozca derechos e intereses legítimos, cumpla con sus obligaciones, identifique el error, revise sus acciones y, en definitiva, se aleje del silencio administrativo, y descubra posturas estratégicas y legítimas, hasta alcanzar un equilibrio ponderado entre el principio de legalidad y el de buena administración²³¹.

El ciudadano, por su parte podrá aceptar o tolerar actuaciones administrativas cuando la potestad y la gestión administrativa puedan ser entendidas a través de la mediación como resultado de una actuación transparente de consenso y de participación directa de los ciudadanos en los asuntos que les afectan.

La mediación debe constituir una alternativa dirigida a vencer las dificultades propias de esta jurisdicción, como son la complejidad de acceso a la misma, las dilaciones indebidas en su tramitación, los costes o las excesivas formalidades del proceso. Como la Comisión de Derecho contencioso-administrativo en 1995²³² subrayó, mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia es más beneficioso para los ciudadanos que acentuar los remedios y controles contra una mala Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa no ostenta el monopolio de control de las Administraciones Públicas.

²³¹ CARBALLO MARTINEZ, G.; “La mediación administrativa. algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista jurídica Catilla León*, Enero 2013, pág.8.

²³² VII Congreso jueces para la Democracia, comisión de Derecho Administrativo, 1995, Madrid, pág. 1.

Como justificación de la mediación en esta parcela del ordenamiento y, siguiendo a GIL- ROBLES²³³, podemos citar la falta de transparencia en la adopción de las decisiones administrativas y en la elaboración de resoluciones en vía de recurso, dictadas a través de modelos estereotipados que reproducen sistemáticamente los mismos argumentos que acompañaban a los actos administrativos originarios.

No olvidemos que la admisión de la mediación como técnica para la resolución de conflictos con la Administración, no sólo afectará al orden jurisdiccional contencioso- administrativo, sino a todos los conflictos susceptibles de ella, por razón de la materia, en que intervenga la Administración Pública, así por ejemplo afectará al orden social en cuanto sea parte del conflicto dicha Administración.

Algunos autores ²³⁴consideran que la resolución de los conflictos hoy nos exige no sólo actuaciones eficientes, sino sobre todo, decisiones inteligentes. No basta con contar con las respuestas profesionales y técnicamente impecables, una Administración eficientista es insuficiente, necesitamos políticas inteligentes, mientras que la eficiencia se encuentra en los despachos, la inteligencia emerge de las relaciones, de los diálogos, de los intercambios. Esto es lo que se viene a denominar Administración relacional. Una Administración relacional reconoce el diálogo y el equilibrio en el proceso de toma de decisiones y en la implantación de las mismas.

En todo caso, una sociedad moderna y avanzada requiere de una sociedad madura y emancipada capaz de participar en la resolución de sus conflictos de

²³³ GIL ROBLES, A.; “La mediación administrativa como alternativa”, en *Revista del Poder Judicial*, número 94, quinta época, año 2012, págs. 40-43.

²³⁴ BLESAS, C. Y BRUGUE, Q.; “Políticas complejas para una sociedad compleja: de la jerarquía a la administración relacional”, en *Materiales del Libro Blanco de la mediación en Cataluña, 2009*, pág. 150.

forma democrática. La participación puede contribuir a enriquecer a la Administración pública mediante las aportaciones del ciudadano que desemboquen en compromisos pactados en los que se tengan en cuenta consideraciones que *ab initio* la propia Administración no había considerado.

4.2. MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como afirma FERNANDEZ DE BENITO²³⁵, la mediación, en su sentido científico y metodológico, constituye una apuesta de la Unión europea para fortalecer el espacio común judicial.

La mediación, como adelantamos, se ha incorporado en el ámbito del derecho administrativo a través de la Recomendación R(2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre medios alternativos de regulación de los litigios entre autoridades administrativas y personas privadas. En su Exposición de Motivos reconoce que pueda tener lugar tanto en fase de demanda ante el Juez, como que sea propuesta por un Juez o impuesta por la ley. Si bien una vez se solicitada dentro del proceso, ya no resulta aplicable la Recomendación sino el Código procesal correspondiente.

El artículo 1.3 del Anexo de esta Recomendación pretende que todos los países institucionalicen la regulación de los modos alternativos de resolución de conflictos, a través de una normativa que proporcione información suficiente para recurrir a ellos. Resulta obvio el incumplimiento de esta Recomendación en nuestro ordenamiento.

²³⁵ FERNANDEZ DE BENITO, M^aJ.; “La mediación intrajudicial” ...,ob.cit., pág. 9.

En el punto dos del apéndice considera adecuado recurrir a estos medios alternativos en casos relativos a actos administrativos individuales, responsabilidad civil, o reclamaciones de cantidad. A través de esta Recomendación se incorpora al Derecho administrativo la mediación como sistema alternativo de resolución de los conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

Del Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation²³⁶, se desprende un desconocimiento de la Recomendación R(2001) 9, no sólo por parte de España sino por parte de los Estados Miembros en conflictos entre autoridades administrativas y particulares, de forma expresa en el caso de Alemania o Portugal²³⁷, este último pese a que es uno de los países donde mayor empuje se da a la mediación, sin embargo, explica que no existe esta alternativa en conflictos de esta naturaleza.

El estudio realizado refleja que los investigadores y juristas lituanos muestran un gran interés al respecto, si bien, en un ámbito teórico que no se corresponde con la práctica real.

Dicho estudio concluye que la regulación legal de los Estados miembros en el marco de la Unión europea es insuficiente.

Examinada la información contenida en e-justice sobre los servicios ofrecidos por los diferentes Estados miembros en cuanto a la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, comprobamos el escaso desarrollo de esta figura en esta rama del ordenamiento jurídico. Como únicas referencias

²³⁶ Pág. 164.

²³⁷ Portugal tenía en 2002 un presupuesto destinado a mediación mayor que en Francia, Eslovenia o Hungría, pág. 15 *del Analysison...*, ob.cit.

podemos citar el Derecho francés²³⁸, donde las partes pueden recurrir a la mediación en todos los ámbitos del Derecho, siempre que la mediación no atente contra lo que se denomina el orden público de dirección. Conforme al estudio del Parlamento citado podemos decir que en Chipre puede recurrirse a la mediación para resolver todo tipo de diferencias, siempre que las partes en cuestión estén conformes, Polonia es otro de los Estados miembros donde la mediación tiene lugar en el ámbito de nuestro estudio. En los Países Bajos se admite la mediación en el ámbito del derecho administrativo, así el mayor grupo asuntos mediables lo constituyen los casos fiscales de impuestos en un 29%, los casos derivados de la aplicación de la Ley de seguridad social representan un 23%, los casos concernientes a derechos de los funcionarios públicos un 7 % y las disputas generales contra el gobierno un 10 %²³⁹.

Por lo que respecta al derecho español, parece que el legislador es inmune a los instrumentos jurídicos no vinculantes generales, de forma que la R (2001) 9 del Comité de Ministros, sobre las alternativas a los litigios entre las autoridades administrativas y los particulares, ha tenido un impacto nulo o muy escaso en el Derecho administrativo²⁴⁰.

Como adelantamos, no existe ningún precepto que se oponga a la mediación administrativa, por el contrario, la mediación administrativa parece estar amparada incluso por el texto constitucional, pues como CARBALLO MARTÍNEZ señala²⁴¹ “el principio de disposición y la autonomía de la voluntad

²³⁸ *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU.2014*, pág. 26.

²³⁹ *Ibidem*, pág. 48.

²⁴⁰ SOLETO, H., GALERA, S. y ACOSTA, P., “ADR Tools in Spanish Administrative Law”, en *Alternative Dispute Resolution in European administrative Law*. Dragos, Dacian C., Neamtu, Bogdana (Eds.), 2014. Capítulo 8.

²⁴¹ CARBALLO MARTINEZ, G.; “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo...,” *ob. cit.*, pág. 52.

coadyuvan a la más adecuada realización de los derechos y deberes fundamentales, habida cuenta que, tal y como prevé el artículo 10 de la Constitución la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y al Derecho de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. Del mismo modo, afirma el autor que el apoderamiento general de la mediación lo permite el artículo 9 de la Carta Magna, al dotar a los poderes públicos competentes de la facultad para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y operando como instrumento de participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

CARBALLO concluye que el artículo 10 del texto constitucional apodera al legislador para que regule las distintas formas de audiencia de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas y actos administrativos.

RÍOS MARTÍN²⁴² añade que la participación de los ciudadanos en lo público no puede limitarse a emitir un voto cada cuatro años o, en el caso de la Administración de justicia, a ser eventualmente designados como jurado popular. La comunidad puede y debe alcanzar un mayor grado de participación.

Efectivamente cuando se habla de participación, podemos distinguir entre la participación convencional y la no convencional. La primera de ellas, además del derecho a votar, comprende la participación en partidos políticos, la asistencia a mítines o reuniones de organizaciones políticas. Entre las no convencionales, en auge en los últimos tiempos en la mayoría de los países,

²⁴² RÍOS MARTÍN, J.C.; “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y disminución de la violencia”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos de mediación...*, ob.cit., pág.71.

como destaca Richard Topf y Ronald Inglehart²⁴³, podemos citar la petición de firmas, las manifestaciones, ocupaciones de edificios, entre otras. Lo cierto es que Ronald Inglehart afirma que la causa del incremento de esta forma de participación, se encuentra relacionada con el aumento de valores postmaterialistas, como los valores de expresión, de la autonomía personal o de la calidad de vida y afirma ser fruto de una sociedad más activista.

Consideramos que el artículo 88 de la LRJPAC posibilita y ampara la mediación en el marco del derecho administrativo como forma de terminación convencional en el procedimiento administrativo común, y en el artículo 107.2 como procedimiento sustitutivo del recurso de alzada o de reposición.

Ya manifestamos que el artículo 77 de la LJCA no contempla de forma expresa la posibilidad de acudir a vías alternativas de heterocomposición para la solución de las controversias, si bien tampoco contiene ninguna prohibición al respecto, por el contrario parece estar amparada por la redacción contenida en la Exposición de motivos de este texto legal.

En sentido amplio, podemos decir que la mediación administrativa esta englobada dentro del concepto de actuación administrativa, lo que nos lleva afirmar que estará sujeta pues al control jurisdiccional al que se refiere el artículo 106 de la Carta Magna²⁴⁴.

CARBALLO MARTÍNEZ²⁴⁵ afirma que, en el examen de la legalidad de la mediación, los Tribunales contenciosos-administrativos, teniendo en cuenta la

²⁴³ URIARTE, E.; "La participación política", en *Introducción a la ciencia política...*, ob.cit., págs.233-234.

²⁴⁴ Art. 106.1 CE: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

²⁴⁵ CARBALLO MARTINEZ,G.; en *La mediación administrativa...*, ob.cit., pág. 133.

naturaleza convencional de esta figura deberán examinar los requisitos que prevé el artículo 88.1 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, así como los supuestos de nulidad contenidos en el artículo 62.1 y 2 de la citada ley y por analogía, los que disponen los artículos 62 a 67 de la misma.

Como hemos anunciado, este marco legal ha impulsado los trabajos efectuados por un Grupo de Expertos en la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha tenido como fruto la redacción de un borrador de Protocolo de actuación, aprobado por el Consejo general del Poder Judicial de fecha 26 de junio de 2011²⁴⁶ y que ha desembocado en el Protocolo contenido en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del 2013 ya citada.:

Asimismo el CGPJ celebró un seminario entre cuyas conclusiones recogía la necesidad de hacer un uso más amplio de la disponibilidad que ofrece el artículo 77 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. A todo ello hay que añadir que el CGPJ ha suscrito un convenio con la Fundación Valsaín²⁴⁷ que posibilita la mediación este orden jurisdiccional, fruto de los trabajos anteriormente citados.

Existe también normativa autonómica que apuesta por la mediación en este orden procesal, que no dejan de ser sino expresión o manifestación de la voluntad ciudadana, así podemos citar:

- Ley 3/1998, de 27 de febrero, sobre protección del Medio Ambiente, de la presidencia del Gobierno Vasco. Esta ley se inspira en principios generales de cooperación y colaboración entre las Administraciones

²⁴⁶ Este Protocolo ha tomado como referencia la Ley 3/1998, de 27 de febrero, sobre protección del Medio Ambiente, de la Presidencia del Gobierno Vasco. Mediación institucional surgida en el ámbito sectorial urbanístico y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²⁴⁷ Convenio suscrito el pasado 7 de Mayo del 2013.

públicas y de participación de los ciudadanos y ciudadanas, tanto personas físicas como jurídicas, fomentando la información y comunicación, a la búsqueda de una efectiva corresponsabilidad, ya que el medio ambiente se concibe en la Ley como un bien social generador de derechos y obligaciones, que ha de ser usado de una forma sostenible, en un esfuerzo de integración tanto en la definición como en la realización de la política ambiental vasca de los objetivos del Quinto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Unión europea y de lo dispuesto en el Tratado de la Unión, como reza su Exposición de Motivos.

- Otro ejemplo lo constituye la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

4.3. VENTAJAS Y DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A continuación haremos referencia a las principales ventajas y dificultades que la mediación ofrece en este orden jurisdiccional o, como con buen criterio MACHTELD²⁴⁸ denomina, características o impactos de la mediación. Esta terminología nos parece más adecuada, pues como la autora precisa, los términos ventaja y desventaja comportan un juicio subjetivo de las características o impactos.

²⁴⁸ MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, Sdu Uitgevers, 2008, pág.101.

4.3.1. VENTAJAS

Tras la Constitución española se produce una importante transformación en la posición de la Administración respecto de los ciudadanos, la Administración está a disposición de los intereses generales y ha de promover las condiciones necesarias para garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos, facilitando su participación en la vida social, económica, política y cultural.

Como señala el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su sentencia de 7 de febrero de 1984, en un Estado Social Democrático de Derecho el interés general es el interés de todos los españoles y no el interés unilateral de los poderes públicos. La mediación contribuirá a hacer partícipes a la ciudadanía en determinados asuntos públicos, sin ignorar que nunca la posición del ciudadano podrá ser absolutamente igual que la de la Administración. La mediación basada en el diálogo pacífico y en la comunicación entre las partes, como vimos, posibilita esa participación y a través de ella puede ayudar a que los ciudadanos conozcan mejor sus derechos, lo que constituye la esencia de la democracia.

Desde mi modesta opinión, la mediación ofrece la posibilidad de valorar el conflicto y su contexto, lo que facilita la resolución, a diferencia de lo que ocurre en la vía judicial, donde las partes verán limitada su intervención a los términos concretos en que el conflicto haya sido planteado.

MOYA MEYER²⁴⁹ afirma que una relación conflictiva, en el ámbito contencioso-administrativo, puede dar lugar a varios procesos entre los que existe algún tipo de conexión. La mediación permite, eliminando las causas

²⁴⁹ MOYA MEYER, H.; “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en Revista *Claves de la Especialidad del proceso contencioso-administrativo*, CGPJ; 2009, pág. 4.

últimas de la desavenencia, resolver todos los procesos, que en otras circunstancias se abordarían de manera separada y sin considerar el problema en su verdadera dimensión.

Además la mediación ayuda a preservar la confidencialidad en la resolución del conflictos, frente al carácter público del proceso, lo que puede constituir un incentivo para las partes que desean conservar su privacidad.

FERNANDEZ DE BENITO²⁵⁰, señala las razones que invitan a acudir a esta vía de resolución de conflictos, quedando resumidas en:

- La previsible obtención de resultados, lo que ayudaría a descargar la litigiosidad judicial. En este punto y para que tengamos una idea aproximada, conforme a los datos proporcionados por el punto neutro judicial²⁵¹ correspondientes al ejercicio 2013, sólo en los Juzgados unipersonales de lo contencioso- administrativo de todo el territorio nacional, se dictaron un total de 9.733 autos de inadmisión, 4.510 autos de caducidad y 5.202 autos de desistimiento. Muchas de estas resoluciones y su actuación judicial previa podrían haberse evitado de funcionar el instituto de la mediación con el consiguiente ahorro de esfuerzo económico y de personal.
- La puesta en escena de posibles soluciones asumidas por las propias partes intervinientes en la mediación facilitaría en gran medida la ejecutividad de buen grado del acuerdo conseguido, toda vez que el resultado depende en gran medida de la doctrina de los propios actos y de la voluntariedad demostrada.

²⁵⁰ FERNANDEZ DE BENITO, M.J.; “La mediación intrajudicial” en Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo de Estudios de Derecho Judicial 154-2009. CGPJ, pág. 5.

²⁵¹ <https://pnj.cgpj.es>

Conforme al borrador de Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobado por el Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011, podemos afirmar que la mediación se ha convertido en un modelo práctico de conducta socializadora en el que la participación, la transparencia y el diálogo, deben constituir el eje central de su intervención en orden a obtener para la colectividad unos niveles óptimos de convivencia pacífica en un marco de libertad, justicia de paz y de respeto a los derechos fundamentales de las personas²⁵².

En términos similares se manifiesta finalmente en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ,²⁵³ donde se afirma que en este orden jurisdiccional los objetivos de la mediación intrajudicial son:

1. Brindar un procedimiento complementario al proceso que permita un mayor equilibrio entre los derechos e intereses públicos y privados en juego.

2. Conseguir una alternativa a las dificultades que le son propias a la jurisdicción: la complejidad del acceso a la misma, la intervención necesaria de letrado, las dilaciones en la tramitación, el incremento de la litigiosidad y los costes y formalidades del proceso.

3. Trabajar en la transformación de la relación Administración-ciudadano, a través de la búsqueda de fórmulas flexibles que permitan que la potestad administrativa se pueda también ejercer aprovechando la comunicación entre las partes y la introducción por ellas de aspectos subjetivos que suelen quedar al margen del procedimiento formal.

²⁵² Borrador de Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobado por el Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011, pág. 5.

²⁵³ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, en www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediación, págs. 169-170.

4. Alcanzar una mayor comprensibilidad de todo el proceso para ambas partes.

No falta jurisprudencia pronunciándose sobre las ventajas de la mediación así, aunque referida a otra parcela del ordenamiento jurídico pero extensible a cualquiera de ellas, el Tribunal Supremo en STS de 19 de enero de 2012 (RJ 2012/307), afirma que “la mediación, como modalidad alternativa de resolución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que si llega el instituto de la mediación”. En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 20 de mayo de 2010 (RJ 120/3707), de 5 de marzo de 2010 (RJ 2010/2390), entre otras.

Pese a las citadas ventajas, lo cierto es, tal y como se desprende del Analysis assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation efectuado en Mayo del 2007 por European Commission for the efficiency of Justice²⁵⁴ y del informe del Parlamento europeo de 2014, citado, apenas hay experiencia en el uso de la mediación en conflictos entre particulares y la Administración. Queda mucho camino por recorrer, pese a los inconvenientes citados, con esfuerzo, trabajo y entendimiento éstos deberán ser aminorados.

²⁵⁴ Este estudio tenía por objeto analizar el impacto de la Recomendación R(2001) 9 en los diferentes Estados Miembros, sin embargo los resultados alcanzados fueron insuficientes ante la escasa colaboración de los participantes en el cuestionario elaborado.

4.3.2. DIFICULTADES

A continuación analizaremos las dificultades o impacto que la mediación puede tener en este orden jurisdiccional.

En el V Encuentro de Jueces Canarios, que tuvo lugar en el mes de octubre del año 2010 en el marco de las actividades programadas por el Servicio de Formación continua de la Escuela Judicial, entre sus conclusiones se exponía el creciente interés en nuestro país por parte del CGPJ²⁵⁵ de explorar y progresar en las fórmulas de mediación como alternativa al proceso judicial²⁵⁶, interés que se ha traducido en la reciente publicación de la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial a la que hemos hecho referencia en varios pasajes.

En este encuentro, tras valorar positivamente esta práctica en el orden contencioso-administrativo, los asistentes manifestaron las razones por las que su admisión no estaba exenta de dificultades. No sólo por la desproporción existente entre las partes litigantes o por aquellos obstáculos legales ante la imposibilidad de transigir sobre determinadas materias, sino también por la existencia de una vía administrativa previa al litigio donde las partes ya han expresado sus posiciones y no han podido llegar a un acuerdo.

Sin embargo, consideramos que el margen de intervención que en esta vía previa se da al administrado es un margen muy pequeño de actuación y donde ese desequilibrio entre las partes es mayor, al no haber un tercero imparcial que resuelva el conflicto existente o auxilie a éstas en su resolución, sino que por el contrario una de las partes (la Administración) es, al tiempo, parte y

²⁵⁵ Como muestra de este interés, citar el Convenio suscrito el 7 de Mayo del 2013 entre el CGPJ y la Fundación Valsain.

²⁵⁶ Tercer taller del V Encuentro de Jueces Canarios, que tuvo lugar en el mes de octubre del año 2010, págs. 1-4.

decisor. Dicho esto, es comprensible afirmar que esta vía administrativa no es garantía de éxito en la resolución del conflicto, debiendo quedar abierta otras posibilidades en las que se dé cabida a un tercero imparcial, como la vía judicial o la mediación y en la que se de mayor participación al particular en la resolución del conflicto. Además como venimos sosteniendo, nunca es tarde para intentar alcanzar un acuerdo, por el contrario resulta deseable que se fomente su posibilidad en cualquier momento.

Como común denominador a todas las alternativas de resolución de conflictos, se encuentra la dificultad para determinar aquellas materias administrativas susceptible de resolución a través de la mediación. Sobre este punto también cabría cuestionarse la necesidad de hacer este planteamiento, pues excluir materias sin valorar el caso y circunstancias concretas puede dejar fuera conflictos cuya solución podría pasar por un procedimiento de mediación. Esta objeción será analizada en un momento posterior con mayor detalle.

Uno de los principales escollos lo constituye el régimen jurídico previsto para su aprobación, así el artículo 77.1 párrafo 2 de la LJCA exige que los representantes de las Administraciones Públicas demandadas cuenten con la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción. Precepto que debe complementarse con lo establecido en el artículo 1.812 del Código civil, en virtud del cual *las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes*, tal y como apunta ROJAS PAZO²⁵⁷.

Por su parte, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria *impide transigir judicial y extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, someter a arbitraje las contiendas que*

²⁵⁷ ROJAS PAZO, C.; en *Medidas compositivas y alternativas en la jurisdicción contenciosa-administrativa*, págs. 21- 22.

*se susciten, sino es a través de real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno*²⁵⁸.

En este sentido tenemos que tener en cuenta los artículos 7 y 9 de la Ley 52/97, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. El primero de ellos, a propósito de la disposición de la acción procesal, establece que, *a salvo lo dispuesto en las 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, requerirá autorización expresa de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente.*

El artículo 9 prevé que *los Abogados del Estado integrados en los Servicios Jurídicos del Estado podrán asumir la representación y defensa del Estado, sus Organismos autónomos, entidades públicas de ellos dependientes y órganos constitucionales en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales de naturaleza nacional o internacional, previa autorización del titular del Departamento, Organismo público correspondiente, y con informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.*

Por tanto, en el ámbito de la Administración del Estado la propuesta de acuerdo planteada en el órgano judicial debe ser autorizada por Decreto acordado en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en pleno. Y otro tanto ocurre en el ámbito de la Administración de las Comunidades Autónomas. En el caso, de que litiguen dos o más Administraciones la obligación de dicha autorización se extiende a cada una de ellas.

²⁵⁸ Este precepto será objeto de desarrollo en un momento posterior de la exposición.

En cuanto a las Entidades Locales ninguna referencia expresa se recoge ni en la Ley Reguladora de Bases del régimen local ni en la Ley de Haciendas Locales, y respecto a la competencia, como señala ROJAS PAZO²⁵⁹, tras la entrada en vigor de la Ley del Contratos del Sector Público, al haberse derogado las disposiciones relativas a la transacción y contenidas en el Real Decreto legislativo 781/1983, habrá de estarse lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/2007, en virtud de la cual la competencia recaerá en los Alcaldes, Presidentes de Diputación, así como a los respectivos Plenos, en función de la cuantía del contrato.

Lo que es cierto es que el régimen jurídico de aprobación nos resulta desproporcionado y supone, en la práctica, la causa de imposibilidad material de alcanzar un acuerdo. Un régimen tan estricto carece de operatividad y razón de ser, ya que olvida que el acuerdo debe ser objeto de auto de homologación judicial que debe analizar que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. El órgano judicial al homologar el acuerdo, valorará si es o no contrario al ordenamiento jurídico (en este caso no cabrá margen de valoración al estar sujeto al principio de legalidad) o lesivo para el interés público o terceros (es aquí donde el margen de apreciación es mayor).

Una posible solución frente a este excesivo formalismo, sería la elaboración de protocolos o criterios orientativos y pautados que permitiesen a los representantes de la Administración la adopción de los acuerdos en el curso del procedimiento de mediación que no revistieran de excesiva formalidad que dificulten o impida acudir a esta vías pacíficas de resolución.

²⁵⁹ ROJAS PAZO, C.; " La mediación intrajudicial en la jurisdicción contenciosa administrativa", en Revista *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesús Peces Morate, del CGPJ; 2010, pág. 22.

En el seminario²⁶⁰ sobre mediación en el orden contencioso-administrativo celebrado en enero del 2011 en el seno del CGPJ, sus asistentes ya manifestaron la necesidad de flexibilizar la autorización requerida a fin de potenciar el uso en debida forma habida cuenta de la finalidad óptima que se pretende. Esta podría ser una de las medidas a adoptar para garantizar el buen funcionamiento de la Administración, entendida ésta en sentido amplio, y en cumplimiento así del principio de calidad.

Parece existir una tendencia entre la normativa autonómica a flexibilizar este requisito²⁶¹, muestra de ello lo constituye el artículo 17.8 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Andalucía, que establece con carácter obligatorio la consulta en el caso de transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto de los mismos, cuando, en ambos casos, la cuantía litigiosa exceda de 300.000 euros.

Teniendo en cuenta las conclusiones obtenidas en el seno del CGPJ hemos de prestar especial atención a la séptima recomendación en la que advierte que todo procedimiento de mediación en el que intervenga la Administración debe conjugar la voluntad de dar solución al conflicto planteado con el mandato constitucional, según el cual la actuación de ésta va dirigida a atender los intereses generales. Del mismo modo, debe prestarse especial atención para que los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto en sede administrativa, como, sobre todo, en la judicial, no puedan abrir la posibilidad al reconocimiento por esta vía de derechos o situaciones jurídicas

²⁶⁰ Seminario sobre mediación...,ob.cit. pág.10.

²⁶¹ ROJAS,C.; *Medidas compositivas y alternativas en la jurisdicción contencioso-administrativa*, pág. 21.

individualizadas que supongan un trato más favorable o una preferencia respecto de estos²⁶².

Recientemente el CGPJ en la Guía para la implantación de servicios de mediación intrajudicial²⁶³ en relación con este orden competencial reflexiona sobre esta dificultad y la necesidad de equilibrar y flexibilizar el régimen de toma de decisiones, moderando el rigor que establece la Ley General Presupuestaria para regular la transacción.

4.4. AGENTES DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En primer lugar, sería preciso distinguir entre mediación intrajudicial de la extrajudicial. Respecto de esta última, no cabe duda que su ejercicio se llevará a cabo por mediadores profesionales en los que tendrán que concurrir, como mínimo, los requisitos de formación establecidos en el RD 980/2013, de 13 de diciembre, sin embargo mayor debate suscita la mediación intrajudicial o conectada con los Tribunales.

Dejando a un lado la mediación extrajudicial, quedaría por determinar la persona o institución idónea para el ejercicio de la función mediadora (intrajudicial).

²⁶²Seminario sobre la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso- administrativa, el CGPJ, el 14 de mayo del 2013.

²⁶³Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, en www.poderjudicial.es/cgpj/es/mediación, pág. 173.

No parece razonable que el Juez²⁶⁴, responsable de conducir un proceso judicial, sea la persona adecuada para llevar a cabo una mediación entre las partes, ante el riesgo de que las mismas perciban que prejuzga las cuestiones jurídicas debatidas y por tanto duden de su imparcialidad. Compartimos la opinión de MARTÍN DIZ²⁶⁵, según el cual la función constitucional propia de los Jueces y Magistrados es la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, por lo que no existe cobertura legal para atribuir a un Juez función mediadora alguna.

De hecho la Ley 5/2012, para el orden civil y mercantil, no ha contemplado esta posibilidad, en lo que consideramos una manifestación de exclusión del legislador sobre dicha eventualidad. Lo que no impide, como el propio CGPJ ha manifestado, que los Jueces puedan hacer uso de las técnicas de mediación en el ejercicio de las funciones que le son propias.

No obstante cabría la duda en el caso de que la mediación se lleve a cabo en sede de Tribunal colegiado, acerca de si el mediador pudiera serlo el Tribunal o, por delegación, uno de los magistrados, sin perjuicio de que el acuerdo transaccional haya de ser firmado por todos los Magistrados que componen la Sala²⁶⁶. Creemos que esta posibilidad, no es acertada, por los motivos expuestos.

Otra cuestión sería, la de que los jueces tuvieran la posibilidad de valorar el conflicto y poner en conocimiento de las partes los motivos que aconsejarían acudir a esta vía de solución, siendo aconsejable que en su resolución, como

²⁶⁴ PECES MORATE, J.; afirma que en Alemania el Juzgado de primera instancia de lo contencioso-administrativo está compuesto por un Juez técnico y dos legos, el procedimiento lo tramita el Juez técnico, quien emite un juicio provisional tras estudiar el problema, escuchando a las partes y visitando el lugar del conflicto. PECES MORATE en *La Justicia en España...*, ob.cit., pág. 127.

²⁶⁵ MARTÍN DIZ, F.; "Sistema complementario de Administración de Justicia" en *Revista publicada por el CGPJ a propósito premio Rafael Martínez Emperador*, pág. 209.

²⁶⁶ Seminario sobre mediación..., ob.cit., pág. 6.

FERNANDEZ DE BENITO²⁶⁷ señala, centrasen los hechos debatibles, las normas aplicables, las consecuencias previsibles y el límite temporal correspondiente, pues de lo contrario no se resolvería el problema de la pronta respuesta que la sociedad demanda.

La tarea de Jueces y Magistrados consistirá en velar porque lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, lesivo al interés público o a terceros. Ya vimos, como los representantes de las Administraciones Públicas no estarán facultados, por lo general, para llegar a acuerdos, sino para proponerlos al órgano competente en la materia. Lo habitual será que llegado un punto, el procedimiento se interrumpa a expensas de que se recabe la correspondiente autorización para transigir. Una vez que las partes hayan llegado a un acuerdo, el Juez deberá dictar auto declarando terminado el procedimiento, cerciorándose previamente de que ha sido respetada la legalidad y garantizados los derechos de las partes implicadas.

Su atribución a los Jueces de Paz tampoco parece aconsejable dado la heterogeneidad existente en España, así como a la falta de formación que la mediación reclama. Además conforme a la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el objetivo de apostar por la profesionalización de la Administración de Justicia, prevé la desaparición de estos Juzgados de Paz. Por lo que no parece una alternativa razonable ni a corto ni a largo plazo.

Ante esta situación caben distintas posibilidades:

Una alternativa podría ser la atribución de la mediación a Jueces distintos a los que tienen intervención en el proceso, este modelo es el seguido, por ejemplo, en Bélgica. Modelo cuya posibilidad está expresamente contemplada

²⁶⁷ FERNANDEZ DE BENITO, M.J.; *La mediación intrajudicial* ...,ob.cit., pág. 5.

en el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues al definir la mediación establece que incluye la mediación llevada a cabo por un Juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. Como hemos anunciado, el legislador español ha optado por no contemplar esta posibilidad.

Otra solución, es la atribución de la función mediadora a los Secretarios judiciales, aprovechando su formación jurídica, beneficiándose de su condición de responsable de la dirección del procedimiento.

Los defensores de esta postura sostienen que se ve reforzada con la literalidad del artículo 456 de la LOPJ²⁶⁸, ya citado. Si esto fuera así, sería aconsejable que el intento de mediar se realizase en un día distinto al señalado para la celebración del juicio, prolongándose el número de sesiones que se consideren necesarias, de lo contrario, se corre el riesgo de que se convierta en un mero trámite²⁶⁹. En este sentido deberíamos reflexionar sobre su viabilidad ante la situación actual de excesiva carga de trabajo de los juzgados y su configuración tradicional. Debe primar el interés de las partes sobre la agilidad o celeridad, no obstante, sería conveniente fijar un límite temporal para evitar el uso de la mediación con una finalidad dilatoria de la vía judicial. Como FONT GUZMAN²⁷⁰ subraya, la rápida tramitación de casos no es un fin en sí mismo, sino más bien una consecuencia de la eficiente tramitación de la justicia lograda por medio de los métodos alternos.

²⁶⁸ El artículo 540 del Anteproyecto de la LOPJ, prevé también que los Letrados de la Administración de Justicia, hoy Secretarios judiciales, cuando lo prevean las leyes procesales tengan competencia en materia de mediación.

²⁶⁹ En la misma línea, MOYA MEYER, H.; “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso –administrativo”, en Revista *Claves de la Especialidad del proceso contencioso-administrativo*, CGPJ; 2009, pág. 2.

²⁷⁰ FONT GÚZMAN, J.N.; “Programas de derivación judicial en Estados Unidos” , en *Mediación...*, ob.cit.,pág.308.

Algunos sostienen que el papel del Secretario judicial podría ser similar al que en la actualidad ocupa en el orden jurisdiccional social en relación con la función conciliadora que desarrolla y de la que ha demostrado sobradamente estar cualificado²⁷¹. Sin embargo, junto al inconveniente de la sobrecarga de trabajo, hemos de tener claro que la mediación, a diferencia de la función conciliadora, requiere de una formación específica, por lo que entendemos que los Secretarios judiciales que ejercieran dicha función mediadora deberían cumplir los requisitos necesarios que garanticen su capacitación conforme a las exigencias derivadas del RD 980/2013. De ahí la necesidad de impulsar una formación específica, que en el caso del orden contencioso-administrativo, además de las técnicas de mediación propiamente dichas debe completarse con una formación conforme a las especialidades propias de este orden jurisdiccional.

Lo que no nos ofrece duda es que la posición del Secretario judicial es la idónea para identificar, desde el momento de su entrada en el órgano judicial, aquellos asuntos propicios para la mediación, lo que favorecería el aprovechamiento de los recursos disponibles. Podemos afirmar que el Secretario judicial es la figura idónea para derivar los casos a mediación, en cuanto que, entre sus funciones se encuentra el examen y, en su caso, admisión de la demanda, además de contar con la experiencia que el ejercicio de sus funciones le proporciona cada día. La tarea de identificar aquellos conflictos que, por sus especiales características sean idóneos para la mediación, requiere de un estudio del caso concreto y entendemos podría confiarse al Secretario judicial dada la formación que ya posee y las funciones

²⁷¹ Solo en el año 2012 los Secretarios Judiciales resolvieron más de 90.000 conciliaciones, más del 12 por cien de los juicios en trámite, según manifestaciones de Ernesto Casado con ocasión del día europeo de mediación el pasado 21 de Enero 2014. http://www.lawyerpress.com/news/2014_01/2101_14_002.html.

que tiene encomendadas por la LOPJ²⁷², las diferentes leyes procesales, así como en el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Ello sin perjuicio de que, en el curso del proceso y en aras a su agilización, si el Juez o

²⁷² Las funciones de los Secretarios judiciales, dejando al margen su desarrollo en las diferentes leyes procesales, se encuentran enunciadas en el Libro V, Título II, capítulo II de la LOPJ, así como en el Capítulo II del Título I del Real Decreto 1608/2005. Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. Los Secretarios judiciales expedirán certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes-. Autorizarán y documentarán el otorgamiento de poderes para pleitos, en los términos establecidos en las leyes procesales. Son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley. Los Secretarios judiciales ejercerán competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales, asegurando en todo caso la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las comunidades autónomas con competencias transferidas. Garantizarán que el reparto de asuntos se realiza de conformidad con las normas que a tal efecto aprueben las Salas de Gobierno de los Tribunales de Justicia y serán responsables del buen funcionamiento del registro de recepción de documentos. Facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas. Promoverán el empleo de los medios técnicos, audiovisuales e informáticos de documentación con que cuente la unidad donde prestan sus servicios. El Secretario judicial impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales. Los Secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en las siguientes materias:

- a) La ejecución salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados.
- b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer.
- c) Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.
- d) Cualesquiera otras que expresamente se prevean.

Los Secretarios judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función.

Los Secretarios judiciales serán responsables del Archivo Judicial de Gestión, de la llevanza de los libros de registro, responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin.

Los Secretarios judiciales responderán del debido depósito en las instituciones que se determinen de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, siguiendo las instrucciones que al efecto se dicten.

Los Secretarios judiciales colaborarán con la Administración tributaria en la gestión de los tributos que les sea encomendada en la normativa específica, serán responsables de la elaboración de la estadística judicial, y en general, asumirán todas aquellas otras funciones que legal y reglamentariamente se establezcan.

Magistrado²⁷³ considera que éste es susceptible de mediación, pueda instar a las partes a acudir a ella. Se trata, en definitiva, de potenciar su utilización en los casos en que resulte adecuada esta fórmula de resolución del conflicto.

La mediación estará indicada cuando se advierta que una solución jurídica al conflicto no va a satisfacer enteramente a las partes ni va a pacificar la relación existente entre ellas, lo que habrá de valorar el Secretario atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En muchas ocasiones, las partes carecen de la capacidad necesaria para entenderse y para resolver por sí mismos las incidencias que se producen cuando se relacionan, la mediación puede contribuir a que las partes adquieran las habilidades necesarias afrontar los problemas que surjan al relacionarse y evitar que se repitan en el futuro.

MACHTELD²⁷⁴, define la derivación como el proceso de deliberación y valoración del método más apropiado para gestionar el conflicto basado en el diálogo y participación interactiva de las partes.

El que el Secretario judicial efectúe esa labor de derivación contribuye a la agilización del proceso, pues no habrá que esperar hasta el señalamiento para invitar a las partes a acudir a esta u otra vía de resolución de conflictos, sino que puede con carácter previo invitar a las partes a esta alternativa, que de no alcanzar el acuerdo, no excluirá la vía judicial.

²⁷³ En el seminario sobre mediación contencioso-administrativa llevado a cabo el mes de enero del 2011, se puso de manifiesto por los asistentes la necesidad de que exista en todo proceso un momento en el que el Juez del proceso actúe como pre-mediador, cuando con conocimiento de la naturaleza del objeto planteado, considere que puede ser susceptible de mediación, instando a las partes a someterse a ella y a llegar a un acuerdo y, en todo caso, a acudir a una sesión informativa sobre los aspectos y conveniencia de la mediación.

²⁷⁴ MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, Sdu Uitgevers, 2008, pág. 19.

Ahora sí, con el objetivo de que no se convierta en una actividad automatizada y mecánica, invitaría a mis colegas a informar de forma adecuada a las partes sobre las distintas alternativas a la resolución del conflicto y sus consecuencias. Obligación que creo compete a todos los operadores jurídicos: Letrados, Procuradores, Graduados sociales, funcionarios, entre otros (todos ellos son pieza clave además para fomentar el uso de la mediación intrajudicial y, sobre todo, extrajudicial).

Una buena derivación constituye una de las claves del éxito de la mediación, así FONT GUZMAN²⁷⁵ expresa que “el desvío de casos a métodos alternos debe siempre tener como fin impartir justicia”.

En línea similar Mc DOO y WELSH²⁷⁶ afirman que sin una adecuada derivación el programa no sería satisfactorio y consideran que la colaboración judicial, previamente formada, es imprescindible para una adecuada implementación.

En el modelo de nueva oficina judicial, sería aconsejable la paulatina creación de servicios comunes de mediación dirigidos por Secretarios judiciales que ejercieran la función de derivación para todos los órdenes jurisdiccionales, de modo similar a la apuesta efectuada por la Unidad de mediación intrajudicial de Murcia, pero con un ámbito de actuación más amplio, no sólo limitada a algunos asuntos del orden jurisdiccional civil o penal.

Una posibilidad, dentro del margen de flexibilidad que el modelo de oficina judicial permite, sería la creación de servicios comunes procesales de

²⁷⁵ FONT GUZMAN, J.N.; “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas...*, ob.cit., pág. 442.

²⁷⁶ Mc DOO, B. y WELSH, N.; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, en *ADR Handbook for Judges*, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, págs. 12-13.

mediación divididos en secciones al frente de los cuales hubiera un Secretario judicial especializado para cada uno de los órdenes jurisdiccionales que desarrollase esa función de derivación, lo que exigiría una modificación de las relaciones de puestos de trabajo (en adelante RPT). La flexibilidad con que la LOPJ regula la oficina judicial permite esta reorganización de los puestos de trabajo con el fin de optimizar los recursos existentes en aras a un mayor aprovechamiento de los mismos y de una mayor eficacia de la Administración de Justicia en beneficio de los ciudadanos y sin comportar un coste económico elevado, pues se trata de reorganización que no de una creación *ex novo* de puestos de trabajo. Sobre el modelo de servicio de mediación en el marco de la oficina judicial, haremos una propuesta al final de nuestra exposición como cierre de la misma e invitación al lector a su meditación.

Otra posible opción para el ejercicio de la función mediadora, sería buscar la ayuda de un mediador experto, ajeno al órgano judicial²⁷⁷. Esta tercera posibilidad, armoniza con la atribución al Secretario judicial de tarea de filtrar aquellos asuntos en que la actuación mediadora pudiera ser beneficiosa, aconsejando o invitando a las partes a acudir a esta vía, mientras que la mediación en sí, sería realizada por los profesionales y gabinetes especializados²⁷⁸ y propiciados por los organismos de la Administración, teniendo en cuenta que ha de tratarse de personas o entidades no vinculadas a la Administración concreta que es parte en el conflicto, ya que ha de huirse de toda sospecha de parcialidad o favorecimiento unilateral.

No obstante, debe existir una comunicación directa entre el órgano judicial y el encargado de llevar a cabo la labor mediadora, que deberá dar cuenta al Tribunal de los resultados obtenidos.

²⁷⁷ Esta es la postura defendida por el CGPJ conforme a la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, pág. 172.

²⁷⁸ Instituciones de mediación dice el legislador en el RD 980/2013.

En todo caso, el mediador deberá contar con una formación específica y acreditada. Y en el caso concreto del orden contencioso-administrativo, consideramos será necesario un plus de habilidad y pericia en el mediador que tendrá que vencer la inicial situación de desequilibrio entre las partes. Además en algunos casos, precisará de los conocimientos técnicos necesarios que se requieran, por ejemplo, en materia de medio ambiente o urbanismo. La jurisdicción contencioso-administrativa exige un conocimiento profundo de una rama del ordenamiento jurídico trascendental desde el punto de vista económico y social. Engloba prácticamente todas las facetas del ordenamiento jurídico administrativo tales como el procedimiento sancionador, permisos, derechos fundamentales, implicaciones penales, autorizaciones, etc.

De llevarse a cabo a través de profesionales designados por instituciones de mediación, entidades públicas o privadas corporaciones de derecho público, sería conveniente la llevanza de un Registro de mediadores e instituciones de mediación, con debidas garantías de publicidad y transparencia para el ciudadano, al que debería poderse acceder a través de la sede o subsedes electrónicas²⁷⁹ y de alcance nacional, lo que exigirá la debida colaboración entre diferentes organismos competentes, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas. A este Registro deberá tener acceso todo ciudadano de forma gratuita. Vimos que la creación de este Registro está contemplada expresamente la Ley 5/2012, en su disposición final octava.

En cuanto a la voluntariedad o no de la inscripción por parte de los mediadores o instituciones de mediación, destacar que su carácter voluntario

²⁷⁹ Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en su artículo 9 define la sede judicial electrónica como *aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las Administraciones competentes en materia de justicia.*

podría derivar en un conocimiento parcial de las personas e instituciones que ejercen de forma cualificada esa profesión, por ello, la obligatoriedad supondría una mayor garantía de su identidad que redundaría en seguridad para el ciudadano, permitiendo conocer, por ejemplo, el cese de la actividad o posibles sanciones disciplinarias que pudieran afectar al ejercicio de su profesión.

De otro lado, si la incorporación a tales Registros de los profesionales se hace con criterios de cualificación y competencia, se proporcionaría unas mínimas garantías de calidad en el servicio.

Lo cierto es que la elaboración de este Registro, por la especial configuración de la organización jurisdiccional española, no está exenta de dificultad. Por ello su creación requerirá de la coordinación y esfuerzo de las diferentes Administraciones competentes, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas transferidas, que a efectos de mantener debidamente actualizados estos Registros deberán firmar los debidos convenios de Colaboración y garantizar su interconexión.

El tratamiento de los datos contenidos en dicho Registro deberá ajustarse en todo caso a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y normativa que la desarrolla, como el Real Decreto 1752/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento correspondiente.

Finalmente y como hemos adelantado el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, ha dedicado el capítulo III al desarrollo normativo del Registro de mediadores e instituciones de mediación.

Como advertimos este RD limita su ámbito de aplicación a los ordenes civil y mercantil, si bien parece lógico que una vez la norma posibilite la mediación

en este orden jurisdiccional alcance también a los mediadores que desarrollen su función en el mismo.

El artículo 11 del RD 980/2013, se refiere al carácter voluntario de la inscripción, no compartimos la postura del legislador por los motivos al inicio expuestos.

En cuanto al desarrollo concreto del Registro y por lo que se refiere a este orden jurisdiccional recalcar la necesidad de que el ciudadano sea conocedor de la especialidad del mediador en este orden procesal²⁸⁰, lo cual entendemos que podría tener cabida mediante su incorporación y debida organización en la estructura recogida en el artículo 13 del citado texto legal, que prevé tres secciones, una de mediadores, otra para la inscripción de mediadores concursales y la tercera para las instituciones de mediación.

El RD 980/2013 contempla la sede electrónica del Ministerio de Justicia que facilitará el acceso a la base de datos constitutiva del Registro de mediadores, así como constituirá la vía a través de la cual y mediante la cumplimentación del formulario oportuno, los Registradores llevarán a cabo su inscripción.

Respecto de la inscripción se contempla la lógica previsión, conforme a la ley Omnibus, de inscribir a mediadores reconocidos en la Unión europea, que acompañen la certificación oficial del Registro de su país o certificación expedida por la autoridad competente y traducción jurada de la misma.

Este capítulo finaliza con la necesidad de coordinación del Registro de mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia con los

²⁸⁰ En esta línea el artículo 14 del RD 980/2013, establece que la publicidad de los mediadores inscritos en el Registro se articulará a partir de los criterios de su identidad, profesión y especialidad, área geográfica preferente y, en su caso, integración en alguna institución de mediación.

registros que puedan existir en la Comunidades autónomas transferidas, a cuyo efecto podrán celebrarse los correspondientes convenios de colaboración, en aras a asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones y la eficacia administrativa, conforme el artículo 24 de dicho texto normativo.

Por último y respecto al ejercicio de la mediación, algunos autores sostienen que el Defensor del Pueblo sería la figura idónea para llevar a cabo la labor mediadora en esta rama del ordenamiento jurídico. En este sentido CARBALLO ARMAS²⁸¹, al afirmar que el Defensor del Pueblo es un defensor de los derechos y de las libertades de los ciudadanos y un fiscalizador de las actividades de la Administración, entiende que su actividad radica en mediar entre el poder público y el ciudadano con la finalidad de obtener una solución autocompositiva. No compartimos esta postura sobre la base de la literalidad del artículo 54 de la CE, que establece *“que una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por esta para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrán supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”*. Entendemos que su función no alcanza la de auxiliar a las partes en la solución de sus conflictos participando de forma activa en la labor negociadora.

Por último, destacar que, como en el resto de órdenes jurisdiccionales, el papel del Letrado es muy importante en este tipo de acto, pues debe acudir convencido de que una solución amistosa es ganar y ello puede dar lugar a un cliente satisfecho y, una vez ganada su confianza puede garantizar una fuente de nuevos ingresos para el futuro, la búsqueda de la solución más satisfactoria para su cliente debe ser la guía de su actuación. Como en el III Simposio de sobre Tribunales y Mediación en España se puso de manifiesto, son cada vez

²⁸¹ CARBALLO ARMAS,P.; *El defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho Comparado*. Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pág. 156.

más los Abogados que están demostrando interés en esta vía de resolución de conflictos, de la que creemos tienen el deber de estar informados²⁸² y formados e informar a sus clientes. Todo ello sin perjuicio, de que de concurrir los requisitos de formación necesarios puedan desempeñar la labor mediadora, ahora bien en este caso de no alcanzarse acuerdo, por el debido respeto al principio de confidencialidad, no podrán asumir la defensa de ese conflicto en vía judicial. Destacar que en Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido los Abogados tienen el deber de prestar información sobre la mediación, sin que por el momento se haya podido demostrar que esta obligación esté relacionada con un uso mayor de la mediación²⁸³.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, establece que los Estados Miembros deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación.

En cumplimiento de esta previsión la Ley 5 /2012, de 6 de julio, establece que las Administraciones Públicas deben procurar incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, de tal forma que permita reducir la litigiosidad y sus costes.

El Anteproyecto de Ley de Asistencia jurídica gratuita recoge esta afirmación e incluye expresamente dentro de la prestación relativa al asesoramiento y orientación gratuitos el derecho del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita a recibir toda la información relativa a la mediación como alternativa al proceso judicial. No obstante, si no se le reconoce con posterioridad el derecho, deberá abonar los honorarios devengados por dicho

²⁸² Información que debe comprender no sólo la relativa a la mediación, sino a los diferentes sistemas alternativos de resolución de conflictos.

²⁸³ *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase ...*,ob.cit.,pág.136.

asesoramiento y orientación. La ampliación del contenido material de este derecho se corresponde con la obligación de facilitar esta información, tanto por parte de los Colegios de Abogados como de los Abogados y Procuradores designados. Sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita sería deseable que el legislador contemplase la mediación dentro de su ámbito de aplicación en toda su extensión, lo que supondría un apoyo y reconocimiento de la confianza en las ventajas que esta figura puede aportar.

Para concluir, de conformidad con lo expuesto, observamos cómo cada operador jurídico está llamado a cumplir un papel importante en el procedimiento de mediación y se requiere el esfuerzo de todos para trabajar de forma coordinada y garantizar el éxito de la institución. La mediación favorece el acercamiento de muchos juristas, constituye, como señala SOLETO²⁸⁴, una manifestación del ejercicio colaborativo del Derecho en España. Permítame el lector recordar un antiguo proverbio chino “Si caminas sólo, iras más rápido; si caminas acompañado, llegarás más lejos.”

4.5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Partimos de que una de las características propias de la mediación y que hace atractiva su utilización es la flexibilidad, en cuanto que se adapta a la naturaleza del conflicto y las circunstancias concretas del mismo, como SOLETO²⁸⁵ apunta “la mediación se adapta al medio”.

²⁸⁴ SOLETO, H.; “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en *Mediación y resolución...*, ob. Cit., 2013, pág. 36.

²⁸⁵ SOLETO, H.; en “El procedimiento de mediación”, en *Mediación y resolución...*, ob.cit., 2013, pág. 261.

Centramos nuestra exposición en un modelo basado en la externalización de los mediadores, entendida ésta como el ejercicio de la actividad mediadora por profesionales ajenos al órgano judicial, por lo que resulta necesario fijar el cauce procesal adecuado para conciliar la mediación con la actuación judicial²⁸⁶. Nos remitimos al capítulo II en cuanto a la estructura básica necesaria.

La mediación en este orden jurisdiccional es susceptible en cualquier momento de la primera instancia, en fase de recurso o en ejecución, aunque siempre será más aconsejable en una fase inicial. Mayores oportunidades para las partes pueden traducirse en mayores posibilidades de acuerdo. Permitir la mediación en cualquier momento del procedimiento supone dar prioridad y dotar del máximo respeto a la voluntad de las partes, siempre teniendo como límite la debida observancia al ordenamiento jurídico y a la paz social, por ello un formalismo excesivo procesal no puede constituir un obstáculo para que las partes logren por sí mismas una vía de resolución de su conflicto.

El Protocolo sobre mediación aprobado por el CGPJ el 26 de junio de 2011, entre las cuestiones preliminares contempla, en su apartado sexto, la posibilidad de que se inicie la mediación en cualquier momento del procedimiento judicial, ya sea después de la adopción de medidas cautelares, después de la contestación a la demanda, después de sentencia recurrible, incluso, en ejecución de sentencia firme. Esta línea se mantiene en la Guía ya citada, al establecer que la mediación podrá ser aplicada en asuntos que se diriman en sede judicial en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia²⁸⁷.

²⁸⁶ Sin que ello sea óbice para que funcionarios de la Administración de Justicia con una formación debidamente acreditada en mediación puedan desempeñar esta tarea, teniendo en cuenta en todo caso el régimen de incompatibilidades correspondiente.

²⁸⁷ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ del 2013, pág. 174.

ROJAS POZO²⁸⁸, en relación con el momento idóneo y los procedimientos propios de este orden jurisdiccional, afirma que en el caso del ordinario el momento ideal lo constituye una vez que las partes han propuesto prueba, pues de esta forma la comparecencia para intentar el acuerdo se llevará a cabo con mayor libertad, dado que las partes no podrán aprovechar lo que en ella se diga para proponer su prueba. Para el procedimiento abreviado, estima que el momento idóneo es tras la remisión del expediente administrativo, entre otras cosas, porque equivale a la contestación y por razones de celeridad, pues afirma que es un dato real que el señalamiento del juicio se difiera a una fecha tardía, siendo un aliciente la posibilidad de cerrar el asunto a la mayor brevedad. Si bien la práctica nos demuestra que no son pocos los supuestos en que el expediente administrativo se recibe el mismo día del juicio señalado pese a los apercebimientos previstos en la Ley

No consideramos aconsejable hacer una precisión tan detallada del momento o fase procesal oportuna puesto que, como venimos defendiendo a lo largo de nuestra exposición, será necesario valorar las circunstancias del caso concreto y adaptarse a ellas.

El éxito de la mediación vendrá condicionado al asesoramiento adecuado de los diferentes operadores jurídicos, determinar el momento idóneo dependerá de las características concretas del conflicto, por lo que será requisito indispensable evaluar cada caso, sin desconocer que cuanto antes pueda iniciarse un intento de solución pacífica los beneficios serán mayores para todos.

²⁸⁸ ROJAS POZO, C.; "La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso- administrativa", en *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo de Estudios de derecho Judicial*.2009. Ed. CGPJ, 2010. pág. 2.

El comienzo de la mediación, “podrá” suspender el proceso judicial, pero no necesariamente, lo que dependerá de nuevo de las circunstancias del caso concreto.

Tal como expusimos en el apartado anterior, el Secretario judicial es la figura idónea para evaluar si el asunto es susceptible de mediación y tener atribuida la función de derivación.

Si bien el legislador español ha optado en la normativa existente hasta el momento por una sesión informativa voluntaria, consideramos que no existe ningún obstáculo para establecer con carácter obligatorio el recuso a la misma, salvaguardando la voluntad a las partes para decidir si desean o no acudir a mediación, en aras a lograr una mayor información y posibilidad de éxito de la mediación. Esta posición, como vimos, está contemplada en la Directiva 2008/52/CE y el informe del Parlamento europeo refleja como los Estados encuestados consideran que introducir elementos de mediación obligatorios puede constituir un incentivo que fomente el uso de la mediación.

De haber aceptado las partes acudir a mediación, se iniciará el procedimiento correspondiente, que de terminar por acuerdo como en detalle veremos, deberá ser homologado por auto del órgano judicial correspondiente.

La acción, en su caso, para impugnar la validez de la mediación se ejercerá ante el mismo órgano judicial al que hubiera correspondido la demanda, por los trámites previstos en la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa.

Es imprescindible en todo caso una adecuada coordinación entre los órganos judiciales y los mediadores o instituciones de mediación, esta tarea también podría ser asumida por el Secretario judicial del servicio común,

equipo o sección de mediación correspondiente, de conformidad con la función de coordinación que tiene atribuida en el artículo 457 de la LOPJ.

4.5.1. LA MEDIACION Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Acabamos de manifestar que la mediación puede llevarse a cabo en cualquier momento del proceso abierto o ejecutable.

En este apartado vamos a detenernos en la posibilidad de acudir a mediación tras la solicitud de adopción de las medidas cautelares, así como sobre la posibilidad de la adopción de medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento mediación.

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el capítulo II del Título VI de la LJCA (artículos 129 a 136), artículos que deberán ser revisados y adaptados de admitirse dicha posibilidad.

El objetivo de las mismas no es otro que el de asegurar el resultado del proceso judicial, pero ¿acaso no podemos considerar que su objetivo sea el de impartir Justicia en el sentido más amplio de la palabra y al que ya hicimos referencia en un momento anterior? .

Como advierte GONZÁLEZ PÉREZ²⁸⁹, el principio general de ejecutoriedad, configurado como una prerrogativa de la Administración, tiene su contrapartida en la existencia de unas garantías del administrado para la defensa de sus intereses legítimos. Entre estas garantías se incluyen las medidas cautelares que pueden adoptarse para asegurar el cumplimiento y la efectividad de la sentencia que en su día se dicte en la impugnación judicial de

²⁸⁹ En el libro *Medidas cautelares* de Gil Ibáñez, José Luis Estudios Jurídicos: 2004. Madrid. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, D.L. 2005,pág. 4619.

la actuación administrativa, y que forman parte del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución (Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, 7 de abril de 1997, y, más recientemente, 2 de marzo, 6 y 23 de abril, 9 de julio y 3 de diciembre de 1999 o 12 y 25 de septiembre de 2000).

De los artículos 129 a 136 LJCA podemos distinguir tres tipos de medidas:

- Régimen común ordinario de medidas cautelares.
- Régimen de medidas cautelarísimas, inaudita parte, prevista en el artículo 135 LJCA, para cuando concurren circunstancias de especial urgencia, sin que con ello se vulnere el principio de contradicción, dado que la audiencia se difiere a un trámite ulterior.
- Régimen de medidas cautelares para cuando la actuación impugnada sea la inactividad o la vía de hecho, regulado en el artículo 136 de la LJCA.

Para cualquiera de estos supuestos son aplicables los argumentos aquí vertidos que defienden la posibilidad de derivación a mediación tras la solicitud de medidas cautelares, incluido para el supuesto previsto en el artículo 136.2, que posibilita su solicitud antes de la interposición del recurso. Pero también entendemos que la solicitud de medidas cautelares puede surgir en el transcurso del procedimiento de mediación.

En todo caso, el órgano competente para la decisión sobre la solicitud de las medidas cautelares lo será el órgano judicial al que le correspondería el conocimiento del asunto contencioso, conforme a la normativa procesal vigente.

La finalidad u objeto de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LJCA)²⁹⁰, pero como venimos defendiendo el derecho a la tutela judicial efectiva no queda garantizado únicamente con el dictado de una sentencia. La mediación y, el acuerdo, en su caso, alcanzado pueden satisfacer este derecho, incluso, dependiendo del caso concreto, de forma más efectiva.

Consideramos que no existe obstáculo, desde el punto de vista funcional, para acudir a mediación tras la solicitud de medidas cautelares, puesto que en el momento de su petición se aportan elementos suficientes para valorar si es aconsejable acudir o no a esta vía de resolución del conflicto, aunque sea preciso la adopción de la medida cautelar si fuera necesaria para garantizar el resultado. Pues, en todo caso es necesario la solicitud debe ir acompañada de la correspondiente motivación, que contenga las alegaciones oportunas a fin de que el órgano judicial pueda realizar la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto y apreciar en qué medida la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad al recurso o la sentencia no ser efectiva.

Esta manifestación es perfectamente compatible con la redacción contenida en el artículo 132 relativo al límite temporal de las medidas cautelares al afirmar que *“Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley”*, con ello el legislador se está refiriendo a otros modos de terminación del proceso, tales como el desistimiento (art. 74 LJCA), el allanamiento (art. 75 LJCA), la satisfacción extraprocésal (art. 76 LJCA) o la conciliación (art. 77

²⁹⁰ Sin perjuicio de que puedan adoptarse en fase de apelación, de conformidad con los establecido en el artículo 83.2 LJCA

LJCA), y da cabida a otros no regulados expresamente hasta el momento, como la mediación.

Por otro lado, como resalta GIL IBÁÑEZ²⁹¹, aunque nada dice al respecto la Ley, si existiere alguna persona que debiera ser llamada al proceso al ser titular de derechos o intereses legítimos que pudieran ser afectados por la estimación de las pretensiones del demandante (art. 21.1.b) LJCA), antes de la adopción de la medida cautelar debe realizarse el emplazamiento y, a sus resultas, darle también audiencia pues lo contrario puede dar lugar a que se adopte la medida con una evidente indefensión para quien se va a ver afectado por ella. Esto permitirá también dar intervención en la mediación a quienes aparezcan como interesados. Aunque no ignoramos la dificultad de dar traslado a los interesados, pues en los momentos iniciales del proceso éstos son desconocidos para el órgano judicial.

De alcanzarse el acuerdo podrían dejarse sin efecto las medidas cautelares adoptadas, es decir debería tener el mismo tratamiento que si el conflicto hubiera terminado por sentencia y en caso contrario, subsistir en tanto concurren los requisitos concurrentes en estos preceptos que justifican su adopción.

Por tanto, consideramos necesario que cuando se efectúe la regulación oportuna sobre mediación en el orden contencioso-administrativo, se contemple la posibilidad de la adopción de medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento mediación (posibilidad avalada por la dicción literal del artículo 10.2 de la Ley 5/2012), así como la posibilidad de adoptar medidas cautelares y se inicie posteriormente un procedimiento de mediación,

²⁹¹ En el libro *Medidas cautelares* de Gil Ibáñez, José Luis Estudios Jurídicos: 2004. Madrid. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, D.L. 2005, pág. 4635.

para lo cual será necesario llevar a cabo la adaptación de los artículos citados de la LJCA.

4.5.2. MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Dijimos que una de las notas características del procedimiento de mediación es la flexibilidad, pero también el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que posibilita que acudan de forma voluntaria a la mediación por medios electrónicos, en aras a obtener su máximo provecho y eficacia.

Las nuevas tecnologías han generado nuevas formas de comunicación que se han ido generalizando y que ha permitido que la comunicación entre las partes sea más rápida y, sobre todo, ha contribuido a la eliminación de barreras geográficas.

Ahora bien, de la misma manera que no todos los conflictos pueden ser abordados por la mediación, tampoco todos los conflictos mediables pueden serlo a través de medios electrónicos²⁹². En estos supuestos se plantea la doble tarea de seleccionar, atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en cada caso, aquellos conflictos mediables y, dentro de estos, los adecuados para su resolución por medios electrónicos y en concreto el canal de comunicación más adecuado atendiendo a los medios disponibles. De entre los existentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, podríamos destacar como adecuados aquellos conflictos mediables y surgidos en materia de extranjería, en cuanto que las nuevas tecnologías permiten eliminar barreras geográficas y lingüísticas o reclamaciones de cantidad derivada de

²⁹² VAZQUEZ, A.; *Euromediación on.line: la mediación por medios electrónicos*. Madrid 2013, pág. 4.

responsabilidad patrimonial, en términos similares a la regulación contenida en el RD 980/2013, regulador del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para asuntos civiles y mercantiles.

En cuanto defensores de la posibilidad de acudir a mediación en cualquier momento, ya sea en vía administrativa o iniciada la vía judicial y, en este caso, tanto en el proceso declarativo como en el de ejecución o en fase de recurso, no podemos definir un momento y un procedimiento rígido, aunque si fijar unas reglas generales para que la mediación se lleve a cabo por medios electrónicos.

Respecto de la primera fase de asesoramiento o información, será necesario ofrecer un asesoramiento adecuado sobre la posibilidad de utilización de esta vía de resolución de conflictos por medios electrónicos, tanto por parte de los diferentes profesionales, de los órganos judiciales, de los mediadores o instituciones de mediación, pero también juega un papel importante en esta parcela del ordenamiento jurídico las Administraciones públicas correspondientes.

De entre los deberes impuestos a los mediadores o instituciones de mediación, se encontrarían que sus páginas web contuvieran información suficiente y, en caso de prestar diferentes mecanismos de resolución de conflictos, explicasen la diferencia entre unos y otros de forma clara e independiente. Una página web completa en su contenido y con la posibilidad de formular consultas con carácter previo al mediador podría hacer las veces de sesión informativa.

El contenido mínimo de la web debería comprender información detallada sobre la mediación (estructura, plazos, coste, eficacia del acuerdo), formación del mediador, especialidad y experiencia, así como sobre las medidas de

seguridad adecuadas, pues de ello dependerá en muchas ocasiones que nos ganemos la confianza de los ciudadanos para la utilización de medios electrónicos. De nuevo la transparencia juega un papel importante y la tecnología puede ayudarnos a su consecución.

Asimismo será necesario que la página web del mediador disponga de los formularios electrónicos normalizados de solicitud de inicio de la mediación y de contestación.

En cuanto al procedimiento, a grandes rasgos, podríamos decir que una vez el ciudadano presenta el formulario de solicitud de la mediación, el mediador deberá contactar con la Administración pública correspondiente para recabar su consentimiento a la mayor brevedad, concediendo un plazo prudencial para ello, plazo que podría fijarse en función de la naturaleza del conflicto y del tipo de procedimiento que correspondería en este orden jurisdiccional, lo que supondrá fijar unos plazos mayores, por ejemplo, para aquellos que debieran resolverse por el procedimiento ordinario que los que se sustancien por el abreviado, pero siempre plazos más breves que los del proceso judicial.

Partimos de un supuesto en que el ciudadano es el que presenta la solicitud en primer lugar por considerar que será lo más frecuente en la práctica, pero nada impide que lo haga la Administración²⁹³ o ambas partes de mutuo acuerdo tras, por ejemplo, una remisión del órgano judicial, ya sea por parte del Secretario judicial, del Juez o Magistrado correspondiente, en caso de mediación intrajudicial.

²⁹³ Supuesto que consideramos no va a ser lo habitual en tanto no se consiga una mayor divulgación y confianza en la mediación, así como un convencimiento de su viabilidad en esta parcela del ordenamiento.

Contestada la solicitud el mediador deberá informar al solicitante. A lo largo del procedimiento el mediador debe jugar un papel especialmente activo para que las partes formulen propuestas de resolución de las que dará traslado inmediato a la otra parte, concediéndole tiempo prudencial para decidir si acepta la propuesta o no o formula una contrapropuesta. Es necesario fijar un plazo para la resolución del conflicto a través de la mediación y transcurrido el mismo se cerrará el acta, cuyo contenido ha de reunir los mismos requisitos que la mediación presencial, recogiendo la fecha, identidad y posturas de las partes y el acuerdo alcanzado o, en su caso, la razón de su terminación sin acuerdo.

Dicho acta deberá ser firmado por las partes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que regula las condiciones necesarias para determinar el carácter probatorio de un documento en soporte electrónico.

Todas las comunicaciones deberán permitir generar un justificante que posibilite su archivo e impresión, a los efectos de cómputo de los plazos correspondientes.

Respecto de la previsión contenida en el artículo 35 del RD 980/2013, para el procedimiento simplificado en el orden civil y mercantil, relativa a la posibilidad de que las comunicaciones se practiquen en el domicilio electrónico que las partes indiquen, nos planteamos si es compatible con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 11/2007 en el que se establece *que las Administraciones Públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente y que las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al*

remitente y al destinatario de las mismas. Creemos que una mera dirección de correo electrónico no cumple los requisitos de seguridad aquí exigidos. Este último precepto parece exigir unos requerimientos y características técnicas que permitan un intercambio seguro de la información y que garantice la autoría, confidencialidad, integridad, imposibilidad de repudio y la fecha de las comunicaciones, requisitos que, por sí sólo, no ofrece una dirección de correo electrónico cuya vulnerabilidad nos ha sido demostrada en numerosas ocasiones por la práctica.

En caso de que el procedimiento de mediación se haya iniciado tras la apertura de la vía judicial será necesario que el mediador lo ponga de inmediato en conocimiento del órgano judicial por razones de economía procesal y seguridad jurídica.

Durante el procedimiento, las partes podrán incorporar la documentación que estimen oportuna, en el caso de la Administración podría darse el caso de que las partes voluntariamente quisieran aportar el expediente administrativo. Sería aconsejable que la Administración, a través del cargador de expedientes correspondiente pudiera incorporar la documentación pertinente al procedimiento de mediación en curso, lo que agilizaría mucho este proceso.

En el marco de este trabajo hemos tenido en cuenta la normativa procesal oportuna, pero también lo dispuesto en la normativa de carácter tecnológico, que en todo caso, deberá ser respetuosa y estar al servicio de la norma procesal.

En especial se ha tenido en cuenta la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

La primera de estas normas, como se establece en su artículo 1, reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.

Por su parte la ley la 18/2011, regula la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de Administraciones y organismos públicos.

No olvidemos la posible relación entre las partes, mediador o institución de mediación y órgano judicial, que puede derivar a mediación y respecto del cual existe la obligación de comunicar los resultados obtenidos tras el procedimiento de mediación.

La Ley 18/2011, se inspira en los mismos principios recogidos en la ley 11/2007, si bien ajusta su contenido a las especialidades propias de la Administración de Justicia. En cuanto a su ámbito de aplicación y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo dos, será de aplicación a la Administración de Justicia, a los ciudadanos en sus relaciones con ella y a los profesionales que actúen en su ámbito, así como a las relaciones entre aquélla y el resto de Administraciones y organismos públicos.

Ya hemos comentado que para los ciudadanos constituye un derecho relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos, mientras que para los profesionales además de este derecho tienen el deber

de utilizar los medios electrónicos. Para hacer efectivo este derecho las Administraciones competentes en materia de Justicia asegurarán el acceso de los profesionales a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de puntos de acceso electrónico, consistentes en sedes judiciales electrónicas creadas y gestionadas por aquéllas y disponibles para los profesionales a través de redes de comunicación, para sus relaciones con la Administración de Justicia, en los términos previstos en la presente Ley. En los mismos términos se pronuncia la Ley 11/2007, en su artículo 6 en relación con el derecho de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas.

En definitiva, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, será necesario salvaguardar la igualdad entre las partes evitando el desequilibrio que pudiera derivarse de la falta de medios o conocimientos tecnológicos por parte de los ciudadanos.

4.5.3. EJECUTIVIDAD DEL ACUERDO

La Ley 5/2012, en su artículo 25, ha optado por atribuir a las partes la posibilidad de elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado y, en el caso de que se produjere en el curso de un proceso judicial, se concediera la posibilidad a las partes de instar su homologación con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre esta segunda posibilidad, resulta de interés la observación de SOLETO²⁹⁴, al afirmar que para el caso de que el acuerdo de mediación sea más amplio que el objeto del proceso judicial, el órgano judicial sólo sería competente para aprobar los acuerdos de mediación que se encuentren dentro

²⁹⁴SOLETO, H.; “La mediación conectada con los Tribunales”, en *Mediación y resolución de conflictos...*, cit., pág 401.

del objeto procesal, de ser más amplio el acuerdo las partes podrían elevar a escritura pública la parte no incluida en el objeto del proceso, desistir del proceso y elevar todo el acuerdo a escritura pública o presentar una demanda complementaria e interesar la acumulación de los procesos.

Precisar que el objeto de la mediación puede exceder de la pretensión del proceso judicial, lo que no sucede en el proceso judicial en virtud del principio de congruencia.

En el seminario²⁹⁵ sobre mediación contencioso- administrativa sus participantes consideraron que lo ideal sería que el Juez homologará el acuerdo alcanzado y ordenara su inclusión en el proceso a efectos de llevar a cumplimiento los resultados alcanzados por las partes.

Efectivamente es primordial la homologación judicial si se dulcifica la regulación relativa al régimen jurídico previsto para la aprobación o autorización que la Administración requiere de cara a la adopción de un posible acuerdo. De este modo el control judicial dotará de mayor garantía todo el procedimiento de mediación y contribuirá a disminuir la desconfianza que para con la Administración pudiera existir.

4.6. LA SELECCIÓN DE ASUNTOS PARA DERIVAR A MEDIACIÓN

La selección de los asuntos en los que la mediación resulta adecuada no es una tarea sencilla, por el contrario requiere tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, los presupuestos formales de la mediación, así como la idoneidad del conflicto para acudir a ella, por ello se

²⁹⁵ Seminario sobre mediación...,ob.cit. pág. 12.

aconseja que las reglas de derivación no sean absolutas, sino más bien posean carácter orientativo.

BRAZIL²⁹⁶, en relación con los sistemas de ADR en general, considera más apropiado formular la pregunta ¿qué circunstancias aconsejan a acudir a estos sistemas alternativos? En lugar de la pregunta ¿qué casos son apropiados para esta derivación?. Planteamiento que compartimos en su totalidad.

Esta tarea como MACHTELD²⁹⁷ apunta, debe ser desarrollada por un hábil profesional para conseguir que la mediación sea realmente eficaz, como ya avanzamos esta función en el marco de la mediación intrajudicial debe desempeñarla el Secretario judicial por reunir la pericia y formación necesaria.

4.6.1. PRESUPUESTOS FORMALES DE LA MEDIACIÓN

Dejando a un lado los conflictos basados en una diferente interpretación jurídica, en los que resulta obvio que el proceso judicial es el adecuado, de la normativa citada y estudio realizado hasta el momento, se desprende que la mediación será posible:

- En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
- En aquellos supuestos en que se admita la terminación convencional del procedimiento (Artículo 88 de la Ley 30/ 1992).

²⁹⁶ BRAZIL. D; "For Judges: Suggestions about what to say about ADR at case management"; en *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 2000, pág. 14.

²⁹⁷ MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, Sdu Uitgevers, 2008, pág. 13.

- En los casos del artículo 107 de la Ley 30/ 1992, en que se prevén procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos del recurso administrativo.
- En el caso de potestades discrecionales de la Administración.
- En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que sean presupuesto de aplicación de normas jurídicas²⁹⁸.

No obstante defendemos la no exclusión a *priori* de ningún asunto para derivar a mediación, puesto que sólo el examen detallado del caso concreto aportará luz sobre dicha posibilidad.

4.6.2. SISTEMA IDÓNEO DE DERIVACIÓN A MEDIACIÓN. LISTAS TASADAS O ABIERTAS

Pese a la clasificación de presupuestos formales a los que acabamos de hacer referencia, no siempre resulta sencillo determinar los casos idóneos para derivar a mediación.

A nadie escapa la importancia de la derivación para conseguir un buen aprovechamiento y una adecuada utilización de los recursos existentes en aras a garantizar una justicia ágil y eficaz.

²⁹⁸ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ del 2013, pág. 184.

Existen diferentes métodos para la derivación de un caso a mediación, así podemos hablar de la remisión de todas las causas a mediación y luego examinar caso a caso o elaborar un catálogo de asuntos por razón de la materia o por el contrario, partir de una lista abierta, que excluya únicamente aquellos casos que no son apropiados para esta vía de resolución del conflicto.

Lo cierto es, que establecer algún criterio para acudir a la mediación es una medida que contribuye a garantizar el principio de eficacia, optimizar los recursos existentes y orientar a las partes y profesionales a elegir el método adecuado, a salvo siempre el principio de voluntariedad.

La elaboración de una lista de materias susceptibles de mediación, ofrece la ventaja de facilitar la selección y remisión de asuntos para su resolución. Contribuye a un ahorro de tiempo y dinero para las partes y para la estructura pública, simplificando el asesoramiento caso por caso sobre su idoneidad, este método es el que suele seguirse en las primeras fases de implantación de un sistema de mediación intrajudicial por las ventajas descritas.

Del Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendatios concerning mediation²⁹⁹, se desprende que la mediación puede ser adecuada en determinados casos, como los concernientes actos administrativos individuales, contratos, responsabilidad civil y en general en reclamaciones de cantidad. No parece existir un acuerdo entre los países Miembros de la Unión europea que determine los casos idóneos para mediación, ni tan siquiera existe unos criterios o líneas generales y homogéneas de actuación.

²⁹⁹ Pág. 170

De los cuestionarios analizados se desprende que, en concreto, **Finlandia** aconseja acudir a ella en materia tributaria, **Alemania**, lo excluye expresamente en procesos de asilo, aconsejándolo en materias de Seguridad social, consideran que la mediación es posible en todas las áreas del derecho y afirman se está llevando a cabo un proyecto que sin embargo no está regulado legalmente. En **Lituania** existe The Chief Administrative Disputes Commission Tax, que conoce de conflictos en materia de impuestos y que tiene carácter obligatorio, solo en los casos legalmente establecidos, es una figura muy valorada por dos razones básicamente: la simplicidad y rapidez del procedimiento y la especialización de la Comisión sólo en materia tributaria. **Reino Unido** reconoce también la utilidad de la mediación en materia tributaria y en el ámbito de las relaciones laborales, excluyendo expresamente esta posibilidad en materia de derechos fundamentales de las personas.

En España, existen diferentes opiniones doctrinales, así:

Algunos compañeros, con cierta caución, afirman que en principio parece aconsejable, y en tanto se comprueban los resultados ventajosos que en este orden jurisdiccional puede ofrecer la mediación, derivar a mediación únicamente aquellos casos que tengan una elevada posibilidad de éxito, quedando reservada la vía judicial para aquellos conflictos de mayor envergadura. ¿Acaso este criterio no requiere de una nueva valoración?

ROJAS PAZO³⁰⁰, afirma que su experiencia le demuestra que incluso en el ámbito del procedimiento sancionador es posible llegar a acuerdos, por ejemplo, rebajando la sanción al mínimo legal, sin que, por tanto, sufra el principio de legalidad. En cualquier caso, según este autor, en fase de ejecución de sentencia no existe límite alguno a la transacción y que el esgrimido respeto del principio de legalidad queda muy debilitado como excusa

³⁰⁰ ROJAS POZO, C.; en *Justicia para, por y sobre todo con los ciudadanos*, Premio calidad de la Justicia 2012, pág.19.

en todos aquellos supuestos en los que la resolución impugnada es el silencio administrativo. Su experiencia personal le indica que más del 80% de las demandas de responsabilidad patrimonial lo son contra desestimaciones presuntas, con lo que difícilmente habrá aquí límites a la transacción.

FERNANDEZ BENITO³⁰¹, afirma que la mediación ha conseguido un gran desarrollo en materia de conflictos familiares (situaciones de separación y divorcio) y en conflictos laborales, pero es evidente que la mediación tiene cabida en cualquiera de las distintas relaciones jurídicas, y en la actualidad se ha venido trabajando para implantar la mediación intrajudicial en otras ramas jurídicas, tal como en lo que se refiere al Derecho Penal (corrección de menores), al Derecho Civil y Mercantil, e incluso en lo atinente al Derecho Administrativo (interpretación de contratos, problemas medio ambientales, gestión urbanística, disciplina municipal ciudadana, protección de los consumidores y otros posibles temas puntuales).

Nos gustaría hacer una observación, y es que aún cuando aceptemos que los límites de la mediación son los de la transacción, en realidad no podemos confundir mediación con transacción, pues en ésta las partes realizan renunciaciones recíprocas a pretensiones jurídicas y carecen de las garantías propias de la mediación, lo que va a impedir que las partes puedan dialogar en términos paritarios hasta alcanzar una solución justa y transparente. Esta distinción posibilita que el ámbito de aplicación de la mediación sea más amplio que el de la figura contractual de la transacción.

Resulta interesante la solución alcanzada, tras largo debate entre los intervinientes del seminario que sobre mediación en el orden contencioso-

³⁰¹ FERNANDEZ DE BENITO, M.J.; "La mediación intrajudicial", en *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesús Peces Morate, del CGPJ; 2010, pág. 276.

administrativo se celebró en enero del 2011, al que hemos hecho, de forma reiterada, referencia. La conclusión a la que llegaron fue que en principio todas las materias son susceptibles de mediación-transacción, salvo las que afecten de manera directa a los derechos fundamentales de las personas, sean contrarios al orden público o perjudiquen a terceros, sin que sea posible elaborar una lista reglada. No obstante, propusieron elaborar una lista abierta, a modo ejemplificativo, en la que se podían contener, entre otros, los asuntos siguientes:

- Las dirigidas a fijación de la cuantía de la indemnización, justiprecios, compensaciones o rescate.
- Las que pretendan determinar las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales, contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.
- Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio.
- Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
- Inactividad de la Administración, vía de hecho y silencio administrativo.
- Ejecución de medidas en la potestad disciplinaria sancionadora de la Administración.
- Ejecución de sentencias.
- Las demás que se establezcan en las normas legales o sean acordadas por el Juez competente.

Esta relación se ha mantenido en la guía elaborada por el CGPJ si bien ha añadido también, dentro del ámbito material de la mediación, los conflictos que se susciten en el ámbito de la función pública, mobbing o acoso laboral.

Queda excluida la impugnación directa de disposiciones de carácter general, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas, ni las ejercitadas en el uso de la acción pública, ello parece estar justificado por varias razones: el carácter personalísimo de la mediación, a que ya hicimos referencia, así como por la complejidad de los conflictos de esta naturaleza o su posible caracterización jurídica. No obstante sostenemos que sería conveniente la evaluación del caso concreto para evitar la exclusión de asuntos para los que la mediación sería el sistema más acertado de resolución.

En cualquier caso, recordar que como método alternativo de resolución de conflictos, de no llegarse a un acuerdo satisfactorio, proseguirá el juicio por los cauces procesales previstos.

A modo de resumen, creemos que la mediación administrativa³⁰² puede desplegar su eficacia en una diversidad de materias en las que interviene la Administración en relación con los ciudadanos, ya sea en la fijación de los hechos controvertidos en las potestades regladas, así como en las potestades discrecionales de la Administración, lo realmente efectivo será valorar las circunstancias concurrentes.

Sin perjuicio de un estudio minucioso de las materias susceptible de mediación, apostamos por dejar abierto el elenco de materias en las que cabe tal posibilidad y no elaborar una lista tasada que impida su aplicación en

³⁰² Conforme al borrador de Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso- administrativa, aprobada por el Pleno del CGPJ el 26 de junio de 2011, pág. 15.

aquellos supuestos no contemplados *ab initio*, además consideramos que la derivación predeterminada en función de una lista de materias podría conllevar el riesgo de convertir la mediación en un mero trámite formalista sin posibilidad de éxito alguno.

Esta afirmación no impide elaborar una lista en que tal posibilidad queda excluida en todo caso, así cuando se trate de conflictos que afecten de manera directa a derechos fundamentales, las de materia electoral o atenten contra el orden público.

4.6.3. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL ÁMBITO MÁS ADECUADO PARA LA MEDIACIÓN

Partiendo de la conclusión anterior en que admitimos dejar a vierta la posibilidad de mediar con carácter general, salvo excepciones tasadas, será necesario tener en cuenta los criterios o pautas que pueden ayudar en la ardua tarea de derivación.

Puesto que la terminación convencional no se extiende a todas las materias de forma indiscriminada, existe un “valor de reserva” que está en la Ley y que resulta ser un mínimo sobre el que no cabe pacto o acuerdo tanto en el derecho interno como internacional³⁰³.

La mediación, aún cuando constituye una alternativa al proceso judicial, presenta en su ámbito de actuación una variedad de propuestas (flexibilidad) basadas en la oportunidad y en la equidad, por lo que se deberá atender a las circunstancias concurrentes en cada caso para valorar la idoneidad de esta

³⁰³ SERRANO ANTON, F.; “ Los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria :admisibilidad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad”, en *La resolución de conflictos en Derecho internacional tributario...*, ob. cit., pág 43.

alternativa de resolución del conflicto. Entre los criterios que pueden auxiliar en la derivación hemos de tener en cuenta:

- Que no afecten de manera directa a los derechos fundamentales de las personas, sean contrarios al orden público o perjudiquen a terceros.
- Otro criterio que, en este caso, podría aconsejar a acudir a mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico es que la mediación pueda convertirse en un instrumento de participación ciudadana en la función pública, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución española³⁰⁴, artículo con el que comenzamos nuestra exposición.

Cuanto mayor sea la participación de las partes en el procedimiento, más posibilidades de que el grado de satisfacción de las mismas sea considerable. Como CARBALLO MARTINEZ, G.³⁰⁵ afirma, la mediación puede ofrecer espacios de encuentro para que los conflictos se resuelvan en el marco de la legalidad y de la equidad, dado que es un mecanismo dirigido esencialmente a reforzar la confianza del ciudadano en la Administración, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento no jurisdiccional y que no conduce a imponer una acción obligatoria para las partes.

- Que constituya una vía adecuada para restablecer el equilibrio o igualdad entre las partes, por lo que, se rechazará en aquellos casos

³⁰⁴ Artículo 23 de la Constitución española.

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

³⁰⁵ CARBALLO MARTINEZ, G.; "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *En Revista jurídica Castilla León*, Enero 2013, pág. 5.

que pueda resultar abusivo para una de las partes por no ser posible restablecer dicho equilibrio.

- Algunos autores, consideran que será necesario que no se refieran a una pluralidad indeterminada de personas, ni las ejercitadas en el uso de la acción pública, dado el carácter personalismo de la mediación, al que ya hicimos referencia. Quizás por ello se tiende excluir, entre otras, las cuestiones concernientes a disposiciones de carácter general (como en el caso de las Relaciones de Puestos de Trabajo³⁰⁶ o Planes Ordenación).
- Las razones económicas concurrentes también deberán o podrán ser valoradas. Conviene tener en cuenta la repercusión que la jurisdicción contencioso- administrativa tiene en el marco económico para encontrar una razón más que justifique la idoneidad de la mediación entre las técnicas de resolución de conflictos. Como VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBTÓ³⁰⁷ manifiesta, son muchos y fundamentales los aspectos de la actividad económica de nuestro país que se ventilan ante este orden jurisdiccional, así en el sector de la construcción, existe una vertiente urbanística y de ordenación del territorio, así como ambiental y de sostenibilidad que competen a esta esfera del ordenamiento jurídico.

³⁰⁶ Invitamos al lector a examinar la reciente STS 3ª, de 5 Feb. 2014. Rec. 2986/2012, por la que modifica su doctrina sobre la consideración de las Relaciones de Puestos de Trabajo del personal funcionario de la Administración del Estado u organismos directamente dependientes de la misma, donde se afirma que la función jurídica de la RPT no es la de ser norma de ordenación general y abstracta de situaciones futuras, sino la de ser un acto-condición, mediante el que, al establecer de modo presente y definitivo el perfil de cada puesto, este opera como condición y como supuesto de hecho de la aplicación al funcionario que en cada momento lo sirve de la norma rectora de los diversos aspectos del estatuto funcional. Con esta jurisprudencia se veta la posibilidad de recurrir en casación estas RPT.

³⁰⁷ VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBTÓ, J.; "Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso- administrativa", en *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, 2009, pág.4.

Relacionados con la economía del país, podemos añadir conflictos concernientes al derecho tributario, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, las sanciones administrativas, las telecomunicaciones y el sector energético, entre otras. Por lo que mejorar la calidad de la justicia, decía ya en 2009, VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBTÓ, en este orden jurisdiccional equivale a mejorar la economía del país, dato este a tener en cuenta en un momento económico como el actual.

- La relación de futuro que pueda darse entre las partes, por ejemplo, presente en determinados conflictos con los funcionarios públicos o en materia tributaria.
- Del estudio realizado hasta el momento podemos decir que la mediación puede convertirse en un elemento dinamizador de la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar la labor de resolver de forma satisfactoria los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante fórmulas basadas en la autonomía de las partes y en la armonía social.
- Otra razón a considerar, es la de evitar en casos innecesarios la complejidad de la jurisdicción y acudir a una vía más sencilla y flexible de resolución del conflicto, por ejemplo, en el caso de reclamaciones de cantidad por responsabilidad patrimonial o para la graduación de una sanción.
- La búsqueda de un mayor equilibrio entre los derechos e intereses públicos y privados en juego.
- Razones de economía procesal justifican acudir a esta vía de resolución del conflicto, que permite hacer efectivos los principios de eficiencia,

eficacia, y celeridad. En suma, se trata de que el procedimiento se desarrolle de forma comprensible, rápida y eficiente.

A los criterios expuestos nos parece acertado exponer los criterios valorativos para derivar litigios a mediación enunciados por el grupo de expertos del CGPJ³⁰⁸:

- Principio de buen derecho a favor del recurrente. La apariencia de buen derecho debe ser clara y manifiesta, sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.
- Cuando un análisis jurídico de la viabilidad de las pretensiones en conflicto demuestra la fundada sostenibilidad de alguna de ellas.
- Asuntos 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.
- Asuntos en los que pueda apreciarse dificultad de grado para conocer 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 pueda buscar otra alternativa de entre las legalmente posibles.
- Asuntos en los que la representación procesal de la Administración demandada rechaza la pretensión del demandante con una “oposición formal”.

³⁰⁸ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, del CGPJ , 2013, págs.191-192.

- Asuntos que, por su propia naturaleza, son resueltos habitualmente por allanamiento, renuncia o desistimiento.
- Asuntos que, en ejecución de sentencia, deben someterse a una valoración de las partes por tratarse de la determinación de cuantía económica o de la fijación de unidades métricas de longitud, volumen o de superficie.
- Asuntos en los que, como consecuencia del “*petitum*”, se evidencie que una estimación de la sentencia no satisface el derecho del ciudadano al no resultar posible su eventual ejecución.
- Asuntos en los que, como consecuencia del silencio administrativo, puede persuadirse a la Administración del deber de dictar una resolución definitiva o de pronunciarse sobre la controvertida vía de hecho.
- 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 encontrasen en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo (art. 110 LRJCA).
- El CGPJ ³⁰⁹afirma que la intervención que, en algunos supuestos, realiza el Defensor del Pueblo a través del uso de criterios de justicia material, equidad y de oportunidad, es una referencia indicativa que puede

³⁰⁹Seminario sobre la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso- administrativa, el CGPJ, el 14 de mayo del 2013. Conclusión octava.

orientar el funcionamiento de la mediación en la jurisdicción contencioso administrativa.

4.6.4. CLASIFICACION DE MATERIAS PROPIAS DEL ORDEN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Y VIABILIDAD DE MEDIACIÓN

De conformidad con las función atribuida al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de asegurar la compatibilidad de los sistemas informáticos de gestión procesal³¹⁰, conforme a lo dispuesto en el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), aprobó el 8 de septiembre de 1999 el denominado “Test de compatibilidad”, en el que se fijaba un modelo de datos lógico para conseguir un intercambio de información entre sistemas (asuntos, recursos y exhortos), así como unos requisitos mínimos de seguridad. También se dejaron establecidas algunas bases esenciales para la elaboración de la estadística judicial. El Test de Compatibilidad, resulta de obligado cumplimiento para todos los sistemas de gestión procesal implantados y es objeto de constante revisión fruto de la necesidad de su adaptación a los cambios normativos, tecnológicos, organizativos y funcionales.

En dicho test se contiene la siguiente clasificación de materias³¹¹, que enumeramos en una primera aproximación y que se corresponde con los datos exigidos a los distintos órganos judiciales en la cumplimentación de la estadística, instrumento adecuado para conocer la realidad de la Administración de Justicia en todo el territorio nacional y en todos los órdenes e instancias judiciales. Las materias contempladas son:

³¹⁰ Los sistemas de gestión procesal pueden ser definidos como las aplicaciones informáticas básicas para la tramitación de asuntos de los Órganos judiciales y el soporte de las bases de datos de cada Juzgado o Tribunal y, en consecuencia, de los ficheros automatizados de datos

³¹¹ Versión 3.4.20130410



- Administración tributaria
- Contratos administrativos, incluye todas las cuestiones que se susciten no sólo en relación con los contratos administrativos, sino también con los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos con las Administraciones Públicas.
- Derechos fundamentales.
- Dominio Público y bienes patrimoniales.
- Electoral, distinguen entre las concernientes a proclamación de candidaturas, de candidatos u otros acuerdos.
- Expropiación forzosa.
- Extranjería, aquí también diferencia entre asilo y refugio, nacionalidad, ciudadanos comunitarios, extranjero son comunitarios u otros supuestos relacionados con esta materia.
- Función pública, acceso y nombramiento la función pública, ascensos, traslados, clases pasivas, clasificación del personal, convenios, derechos económicos u otros derechos de los funcionarios públicos, incapacidades e incompatibilidades, mutualidades, obligaciones, pérdida de la condición de funcionario público, régimen disciplinario u otros supuestos relacionados con la función pública.
- Órganos Constitucionales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Congreso de los Diputados y Senado, Consejo de Estado y órganos consultivos autonómicos equivalente, Consejo general del Poder Judicial, Defensor del Pueblo y equivalente autonómico, Tribunal de Cuentas y equivalente autonómico, Tribunal Constitucional.
- Propiedad industrial. Marcas. Modelos. Nombres comerciales. Patentes.
- Responsabilidad patrimonial.
- Urbanismo y ordenación del territorio. Planeamiento, gestión, disciplina, otros supuestos.
- Actividad administrativa. Agricultura.

- Actividad administrativa. Caza.
- Convenios y conflictos entre Administraciones Públicas.
- Actividad administrativa. Correos.
- Actividad administrativa. Cultura.
- Defensa de la competencia.
- Actividad administrativa. Deporte. Disciplina Deportiva en materia de Dopaje.
- Actividad administrativa. Educación y Universidades.
- Actividad administrativa. Economía y Comercio.
- Actividad administrativa. Ganadería.
- Actividad administrativa. Industria y energía
- Actividad administrativa. Juego y apuestas.
- Actividad administrativa. Medio ambiente.
- Actividad administrativa. Obras públicas y transporte.
- Actividad administrativa. Pesca.
- Protección de datos de carácter personal.
- Actividad administrativa. Sanidad y consumo.
- Actividad administrativa. Seguridad.
- Actividad administrativa. Telecomunicaciones.
- Tráfico, circulación y seguridad vial.
- Actividad administrativa. Turismo.
- Actividad administrativa. Vivienda.
- Actividad administrativa. Aguas.
- Actividad administrativa. Montes.
- Actividad administrativa. Minas
- Otros actos de la Administración
- Otros actos de las Comunidades Autónomas
- Otros actos de la Administración local
- Fomento
- Actividad administrativa. Costas

- Actividad administrativa. Puertos
- Otras administraciones. Poder Judicial.
- Actividad administrativa. Sanciones.

A continuación nos detenemos en la viabilidad de la mediación en alguna de las materias que habitualmente son objeto del proceso judicial.

4.6.4.1. **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

4.6.4.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El instituto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas es relativamente reciente, reconocido en diferentes textos normativos como el Código civil de 1889, en la Ley de Administración y Contabilidad de Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y elevada a rango constitucional por la Constitución Española de 1978 en su artículo 9, desarrollado en los artículos 106.2 y 121. Estos artículos, a su vez, han sido desarrollados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en sus artículos 139 a 146, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los artículos 292 a 297.

Resulta imprescindible comenzar con una definición de la palabra responsabilidad.

Responsabilidad, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, *es la deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal, y también significa cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.*

4.6.4.1.2. MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad derivada de la actuación de la Administración Pública viene recogida, como acabamos de indicar, en el artículo 9.3 de la Constitución española en los siguientes términos:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Por su parte el artículo 106.2 de esta Norma fundamental establece, que:

“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En relación con la Administración de Justicia, hemos de tener en cuenta el artículo 121 de la Constitución que establece que “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

Lo establecido en el texto Constitucional se desarrolla en los artículos 292 a 297 de la LOPJ, y tal responsabilidad se extiende a cualquier orden jurisdiccional.

El artículo 297 recoge la responsabilidad civil directa del Juez o Magistrado, sin embargo y, siguiendo la reforma operada en 1999 sobre la Ley 30/1992, que eliminó la responsabilidad civil directa de las demás autoridades y empleados públicos, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder judicial, prevé la desaparición de esta responsabilidad directa para los jueces y magistrados. Esta supresión finalmente va acompañada de la misma consecuencia prevista en la legislación administrativa para el resto de autoridades y empleados públicos: una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por una actuación judicial, aquél podrá exigir la repetición siempre que el daño se hubiese debido a dolo o culpa grave del Juez. Ello a diferencia de la redacción originaria contenida en la propuesta de reforma elaborada por la Comisión institucional creada por Consejo de Ministros de 2 de Marzo de 2012, en la que desaparecía el carácter facultativo de la repetición, pues dicha responsabilidad conllevaba una consecuencia más severa que la establecida en la legislación administrativa, al establecer que una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por una actuación judicial, aquel estaría obligado a exigir la repetición siempre que el daño se hubiera debido a dolo o culpa grave del Juez.

Por su parte la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en su artículo 54, viene a establecer la responsabilidad de la Administración local, en términos similares.

La Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común en el artículo 139, 1 sostiene, que "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*". Nos interesa citar su apartado

tercero, en el que se establece que: *“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*. Y su apartado cuarto donde en relación la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por último, citamos el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

4.6.4.1.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA³¹²

La responsabilidad de la Administración no puede fundamentarse hoy en el comportamiento ilícito de alguna autoridad o agente, pues no se trata de "sancionar" un comportamiento reprobable, sino que, simplemente, esa función de la responsabilidad pública consiste en "reparar" objetivamente una lesión cuya víctima no está obligada a soportar.

La responsabilidad de los entes públicos es una responsabilidad directa, principal y objetiva, en la que tienen cabida todas las hipótesis de hechos lesivos producidos por el actuar administrativo, pues, en definitiva, se persigue el mantenimiento de la integridad patrimonial de cada individuo frente a las posibles lesiones antijurídicas, es decir, no obligatoriamente soportables por el mismo.

³¹² MARTÍN GONZALEZ, F.; Responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos, págs.4-5.

4.6.4.1.4. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA

Los presupuestos necesarios para que la Administración Pública incurra en responsabilidad se encuentran recogidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992 y los exponemos a continuación:

a) Hecho imputable a la Administración

Ante todo, como indica MARTIN GONZALEZ³¹³, es preciso señalar que la Administración ha de actuar como tal, es decir, sujeta al Derecho Administrativo, y dentro del ámbito de lo que constituye su giro o tráfico específico. Recordemos que se alude al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que comprende todo el actuar de la Administración en el ámbito de la gestión pública, de los servicios públicos.

La titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para justificar la imputación del daño a la Administración.

Si el daño deriva de la conducta de una persona física, basta con constatar la integración de esta persona en la Administración, para que el daño sea reparable por ésta, como organización puesta al servicio de la actividad pública.

Ni siquiera es preciso que se trate de un funcionario público, en el sentido propio de esta expresión, basta el ejercicio real de funciones públicas, por lo que comprende también a quienes, por cualquier título, desempeñen esas funciones, aunque sea con carácter temporal.

³¹³ *Ibidem*, pág. 5.

Lo que sí excluiría la responsabilidad de la Administración sería que la actividad dañosa del funcionario o agente se realizara absolutamente al margen de las funciones del cargo, esto es, la derivada de actuaciones propias de su esfera privada.

La imputación de los daños a la Administración resulta de dos criterios jurídicos básicos, incluíbles ambos en la fórmula "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". Esos criterios son, por un lado, el de la culpa o ilegalidad y, por otra parte, el del riesgo.

En la órbita del funcionamiento "anormal" de la actividad administrativa se incluyen tanto las conductas ilegales o culpables de los agentes de la Administración, como las actuaciones impersonales o anónimas, ilícitas o ilegales, imputables a la organización administrativa genéricamente considerada.

En el campo del funcionamiento "normal", la imputación es por riesgo, al margen de cualquier actuación culpable (por vía de dolo o de imprudencia o negligencia) o ilícita o ilegal. La Administración responde aquí de los daños causados por actuaciones lícitas, salvo en supuestos de fuerza mayor.

- b) Otro requisito es que concurra un perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Por perjuicio hemos de entender todo detrimento patrimonial injustificado.

En la noción de perjuicios antijurídicos, que ahora interesa, no entran sólo aquellos que la Administración causa ilegítimamente, sino también los que la víctima no está obligada a soportar.

PARADA³¹⁴ manifiesta que el daño sea efectivo, implica excluir los daños eventuales o simplemente posibles, como dice la Jurisprudencia, “para ser resarcible el daño ha de consistir en un daño real y no en meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas”(STS 14 de febrero de 1972 y 10 de junio de 1981). La exigencia de individualización del daño en relación con una persona o grupo de personas, continua explicando el autor, está orientada a excluir el resarcimiento de los daños derivados de medidas generales, cuya indemnizabilidad las hace, ante los costes financieros a que obligaría de imposible exigencia.

- c) Es preciso también la existencia de una relación de causalidad entre hecho y perjuicio.

Se precisa un examen pormenorizado, caso por caso, de las circunstancias concurrentes para llegar a una conclusión, que puede consistir, tanto en una exoneración de la responsabilidad administrativa, si el nexo causal no existe, como en una declaración de dicha responsabilidad si, por el contrario, concurre el nexo o no se rompe pese a la participación de la víctima o de un tercero en la producción del daño, como, por último, en un reparto de la responsabilidad, de modo que se haga gravitar sobre cada uno de los intervinientes una parte de responsabilidad proporcional a la importancia y entidad de su intervención, si hay un concurso de causas, cada una de ellas dotada de una cierta potencialidad dañosa, que justifique tal reparto.

Cuando se derive responsabilidad de la actuación de varias Administraciones Públicas, la solidaridad establecida en el artículo 140 de

³¹⁴ PARADA, R.; “La responsabilidad de la Administración”, en *Manual de Derecho Administrativo*, ...,ob.cit.pág.592.

la nueva Ley frente al perjudicado constituye una importante garantía para éste.

- d) No concurrencia de fuerza mayor, a *sensu contrario*, los daños ocasionados por "caso fortuito" sí quedan a cargo de la Administración.

4.6.4.1.5. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El principio general de garantía patrimonial de la víctima exige una reparación integral que restablezca en su totalidad el estatus patrimonial anterior.

En el apartado 3 del artículo 141 de la Ley 30/92, se establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectiva se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora por la Ley General Presupuestaria.

Del artículo 142.5 de dicha Ley, puede deducirse que en caso de daños físicos o psíquicos, en los que el cómputo del plazo de un año para reclamar empieza desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas y no desde el momento en que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización. Será ese momento del comienzo del plazo de prescripción al que habrá que referir el importe de la indemnización.

En el apartado segundo del artículo 141 de la Ley de referencia determina que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios establecidos en la legislación de Expropiación Forzosa, Legislación Fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado".

La remisión a la legislación fiscal puede dar lugar a ciertas dificultades cuando, como es frecuente, las valoraciones fiscales no coincidan con la realidad, pero los demás criterios de valoración a que se refiere tal precepto permitirán a los Tribunales de Justicia ponderar las circunstancias en orden a la más acertada aproximación entre la realidad efectiva del daño y el "*quantum*" de la indemnización, máxime cuando los establecidos en la legislación de Expropiación Forzosa son lo suficientemente amplios como para poder llevar a sus últimas consecuencias el principio de una indemnización íntegra en el sentido que se viene señalando.

En la práctica de los Tribunales, el problema de la cuantificación de las indemnizaciones se suele paliar mediante la aplicación del baremo de tráfico, que pese a ser orientativo y no vinculante en este ámbito, suele tenerse en consideración en muchas ocasiones.

Adelantar que se está trabajando en un Proyecto de aprobación de un baremo similar para las negligencias médicas, en el que está previsto diferenciaciones en función de la causa del daño, habrá que esperar a su redacción definitiva.

Obsérvese que el apartado 4 del art. 141 prevé la posibilidad de sustituir la indemnización por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado. Entendemos que esta redacción da cabida a un eventual acuerdo alcanzado a través del procedimiento de mediación, como argumentamos a continuación.

4.6.4.1.6. ¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?

Las causas que pueden motivar esta responsabilidad son diversas, así, las derivadas de accidentes causados por el mal estado de las vías públicas, daños derivados de la actuación de los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los daños causados a terceros en el desarrollo de una actividad contratada o concedida derivada de la actuación de los contratistas o concesionarios.

No existe precepto legal que nos impida afirmar que aquellos conflictos que versen sobre indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial, puedan ser sometidos a mediación. Más bien al contrario, en definitiva, se trata de conceder participación a las partes que podrán, en un marco de igualdad a garantizar por el mediador, fijar de común acuerdo el *quantum* de esa indemnización o sustituir la indemnización por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, tal y como el artículo 141 de la Ley 30/1992 en su apartado cuarto establece, donde se contempla de forma expresa la posibilidad de acuerdo con el interesado.

Como argumento jurídico podemos citar el reiterado artículo 77 de la LJCA al regular la posibilidad de acuerdo en conflictos de cantidad.

Consideramos que es precisamente este ámbito el más idóneo para la mediación y así se desprende de los datos estadísticos aportados por ROJAS POZO³¹⁵, al afirmar que constituyen el 60% de los acuerdos alcanzados en el Juzgado. Como con acierto este Magistrado señala, conviene tener en cuenta que en numerosas ocasiones la Administración cuenta con los correspondientes seguros de responsabilidad, por lo que será necesario dar

³¹⁵ ROJAS POZO, C.; *Medidas compositivas y alternativas en la jurisdicción contenciosa administrativa*, págs.35-38.

intervención a la compañía aseguradora y por tanto los requisitos formales exigidos a la Administración sólo serán necesarios respecto de la parte de indemnización que la misma deba soportar.

4.6.4.2. EXTRANJERÍA

4.6.4.2.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Desde el año 1998, año en que nacen los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, la extranjería ha constituido una de las principales razones por las que el número total de pleitos excede de lo que es posible soportar sin generar retrasos y pérdida de calidad en el trabajo en los órganos judiciales. Como muestra de ello adjuntamos la siguiente tabla que refleja la evolución de los asuntos que han ingresado en los órganos judiciales en esta materia³¹⁶.

Extranjería					
	2008	2009	2010	2011	2012
Asuntos de Extranjería ingresados T.S.J. Sala de lo Contencioso-administrativo	832	1.351	1.026	997	1.130
Asuntos de Extranjería ingresados Jdos. de lo Contencioso-administrativo	57.507	52.139	34.816	36.153	30.064
Asuntos Ley Extranjería ingresados Jdos. de Instrucción	24.467	21.155	16.974	17.358	15.567
Población Extranjera empadronada a 1 de enero	5.268.762	5.648.671	5.747.734	5.751.487	5.736.258

³¹⁶ Justicia dato a dato 2012.CGPJ

La aplicación por la Administración de la normativa en materia de extranjería tiene sus principales manifestaciones en el régimen de control de entrada, la intervención sobre las situaciones de estancia, residencia y trabajo que desarrolla el extranjero, y la expulsión en los casos previstos por la Ley.

PARDO GONZÁLEZ ³¹⁷ afirma, desde el punto de vista del proceso, es habitual que su tramitación se dilate en el tiempo de modo significativo pese a su aparente tramitación sencilla, puesto que los letrados, suelen hacer uso de todas las posibilidades impugnatorias con independencia de la consideración de su prosperabilidad en un significativo número de casos.

No obstante, son diversos los factores de la falta de celeridad procesal, no constituyendo el objeto de nuestra exposición.

4.6.4.2.2. ¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?

Ya anunciamos que uno de los presupuestos de la mediación es la necesidad de intervención personal de las partes, esta exigencia, puede ser una de las causas que dificulte la mediación en este ámbito del ordenamiento jurídico. Pues en numerosas ocasiones el extranjero afectado, como en los supuestos de devoluciones o salidas obligatorias reguladas respectivamente en los artículos 23 y 24 del RD 557/ 2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, no se encuentra en territorio español, lo que imposibilita que las partes puedan alcanzar un acuerdo por sí mismas, obstáculo que podrá paliarse con el auxilio de los medios que los avances tecnológicos ponen a nuestra disposición.

³¹⁷ PARDO GONZALEZ, M.; *Los Juzgados de lo contencioso-administrativo. Perspectiva de la Abogacía del Estado. La extranjería como motivo de colapso*, pág. 249.

En aquellos casos en que la materia objeto de conflicto sea indisponible, por ejemplo, cuando se vean afectados los derechos fundamentales o sea contraria al ordenamiento jurídico, así los conflictos en que pueda verse afectada la seguridad nacional o perjudicar las relaciones de España con otros países, se deberá excluir la posibilidad de alcanzar un solución mediada, pero estas circunstancias deberán ponderarse en cada caso.

Pese a las observaciones vertidas, consideramos viable la mediación por las mismas razones que justifican acudir a esta vía alternativa de resolución de conflicto en otras materias, piénsese por ejemplo en aquellos casos en que el conflicto radique en la imposición de una sanción, nada impediría que las partes llegaran a un acuerdo sobre su graduación o forma de cumplimiento, lo mismo cabría decir respecto de la posibilidad de negociación de determinadas condiciones de estancia y expulsión de los extranjeros. Así en el último Reglamento la sanción de expulsión requiere un elemento cualificador de la estancia irregular (falta de conocimiento de por dónde se realizó la entrada, carencia de documentación, tener sanciones anteriores, haber sido detenido por la participación en un delito –debiendo consignarse las diligencias, su estado y valorarse casuísticamente- carecer de domicilio o arraigo familiar y además estar indocumentado, contar con una previa prohibición de entrada en España, invocar una falsa nacionalidad, contar con un previa orden de salida incumplida) de no haberlo, la sanción ha de ser pecuniaria, estando establecida entre 501 a 10.000 €, como vemos es la horquilla es suficientemente generosa para dar margen a la negociación.

Si analizamos, por ejemplo, las disposiciones contenidas en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, vemos como muchos trámites dejan un margen de valoración a la decisión de los funcionarios responsables o autoridades

correspondientes en los que, entendemos, tiene cabida la mediación siempre dentro del más estricto respeto a la legalidad vigente, así el artículo 1 en relación con el cruce de fronteras fuera de los puestos habilitados o de los días y horarios fijados, el artículo 5 en lo que se refiere a la apreciación de la circunstancia excepcional de regreso por razones de necesidad, del mismo modo no cabe duda que podrían constituir objeto mediación los conflictos surgidos por las condiciones derivadas de su permanencia en las instalaciones previstas en el artículo 15 para cuando ha sido denegada la entrada. Otro margen de discrecionalidad lo encontramos en el artículo 20 en relación con las salidas del país de extranjeros sin documentación o documentación defectuosa. Estos y otros preceptos permiten hablar de márgenes de discrecionalidad donde la mediación puede ayudar a solventar muchos problemas de forma adecuada y eficiente, pues en esta parcela del derecho el trato humano también es un factor a tener muy en cuenta y una actuación meramente burocrática no favorece en nada la solución de este tipo de conflictos.

4.6.4.3. MATERIA TRIBUTARIA

4.6.4.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Es un hecho incuestionable que los últimos tiempos se ha disparado la conflictividad en materia tributaria³¹⁸, debido a causas diversas, como la masificación fiscal, la normativa tributaria compleja y cambiante, lo que exige buscar soluciones que permitan garantizar la seguridad jurídica proclamada en el artículo 9.3 de la CE.

El ciudadano, como titular de derechos y obligaciones en cuanto integrante de la comunidad, coparticipa con la Administración tributaria en la necesidad de disponer regularmente de sumas de dinero para afrontar las obligaciones de la Hacienda Pública³¹⁹.

En consecuencia el interés fiscal no está encargado en exclusiva a la Administración, de tal forma que podemos decir que el ciudadano está vinculado con la misma intensidad que la Administración a la contribución al gasto público. Lo que le legitima en su derecho de para participar en la función

³¹⁸ Desde el año 2006 el promedio de las reclamaciones presentada en los Tribunales Económico-Administrativos han crecido un 55% hasta 2010. El mayor número de reclamaciones presentadas en 2010 corresponde a los Actos del Procedimiento Recaudatorio (27,50% sobre el total) seguido por aquellos que impugnan actos relativos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (16,91%), al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (16,04%) y al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (9,56%). Son datos extraídos del curso de verano sobre “Conflictos y litigios en materia tributaria” organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y patrocinada por AEDAF, 2012.

³¹⁹ TULLIO ROSEMBUJ, “*La resolución alternativa de conflictos tributarios*”, en *Alternativas convencionales...*, ob.cit., pág.98.

tributaria, ya sea en los procedimientos incurso como en los actos finalizadores de los mismos³²⁰.

Como introducción y, partiendo de la definición contenida en el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, podemos decir que *los tributos son aquellos ingresos públicos consistentes en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Asimismo podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.*

Hemos de tener en consideración aquellas materias en las que rige el principio de reserva de ley, conforme el artículo 8 del citado texto legal:

- a) *La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.*
- b) *Los supuestos que dan lugar al nacimiento de las obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta y su importe máximo.*
- c) *La determinación de los obligados tributarios y de los responsables.*
- d) *El establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales.*
- e) *El establecimiento y modificación de los recargos y de la obligación de abonar intereses de demora.*

³²⁰ M.NIGRO, *Gustizia amministrativa*, Bolgna, 1983, citado por TULLIO ROSEMBUJ, “La resolución alternativa de conflictos tributarios”, en *Alternativas convencionales...*, ob.cit., pág. 99.

- f) El establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción.*
- g) El establecimiento y modificación de las infracciones y sanciones tributarias.*
- h) La obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta.*
- i) Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones tributarias respecto de la eficacia de los actos o negocios jurídicos.*
- j) Las obligaciones entre particulares resultantes de los tributos.*
- k) La condonación de deudas y sanciones tributarias y la concesión de moratorias y quitas.*
- l) La determinación de los actos susceptibles de reclamación en vía económico-administrativa.*
- m) Los supuestos en que proceda el establecimiento de las intervenciones tributarias de carácter permanente.*

La eficacia y el ámbito de aplicación de los métodos alternativos, en general, y de la mediación, en particular, van a depender del tipo de actuación administrativa, debiendo en todo caso, tener en consideración, la especial aplicabilidad en el ámbito tributario del principio de reserva de ley, en que encuentra su fundamento el principio de indisponibilidad de las obligaciones tributarias³²¹.

No obstante hemos de precisar que el principio de reserva de ley es previo y actúa en la fase de definición del tributo, en tanto que las técnicas consensuadas actúan en la fase de aplicación de la norma.

³²¹ SERRANO ANTON, F.; “Los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria: admisibilidad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad”, en *La resolución de conflictos en el Derecho Internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*. Thomson Reuters. Pamplona, 2011, pag.36.

4.6.4.3.2. ¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?

Tradicionalmente el ordenamiento español se ha mostrado reacio a la posibilidad de transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública. Así, hemos de tener en cuenta el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria al establecer 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”*.

Deviene necesario detenernos en el estudio de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuyo artículo 18 establece como punto de partida que *“el crédito tributario es indisponible salvo que la Ley establezca otra cosa”*.

Sin embargo, la gestión tributaria comprensiva de procedimientos de comprobación, investigación, liquidación, recaudación, sanción, observa momentos de discrecionalidad en los que la decisión administrativa se apoya en la valoración de los intereses en juego en el caso concreto.

Lo que es cierto es que la terminación convencional recibió carta naturaleza con la aprobación de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y que constituye una vía adecuada para la determinación de numerosos conceptos jurídicos indeterminados y complejos existentes en el Derecho tributario. Las cuestiones inciertas son las idóneas para dar participación a la voluntad de las partes, pues de una lado, contribuye a la eliminación de la incertidumbre y de otro, puede contribuir a la evitación de

conflictos ulteriores³²². Así es en el ámbito de la valoración/ cuantificación del hecho imponible donde existe un importante número de supuestos que dan lugar a mayor incertidumbre y, en consecuencia, a un mayor margen de apreciación.

No olvidemos que la LRJPAC, es de aplicación supletoria en el Derecho tributario, lo que constituye un argumento más a favor de la utilización de técnicas convencionales en esta parcela del ordenamiento jurídico, y ello conforme a la disposición adicional quinta de la LRJPAC.

La inadmisibilidad general, basada en el carácter indisponible de los derechos de la Hacienda Pública, mantenida durante mucho tiempo, ha venido debilitándose sobre la base del propio artículo 7 de la LGP y del artículo 10.3 del mismo texto legal por el que se admite la posibilidad de acuerdo o convenio que ponga fin al proceso judicial en el marco de los procesos concursales.

En este sentido, el artículo 48 del RD 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, por ejemplo, atribuye a la Administración la facultad para apreciar discrecionalmente la concesión de aplazamientos o fraccionamientos de pago de la deuda tributaria, por dificultades transitorias del deudor.

Del mismo modo, la Administración puede adoptar medidas cautelares, que aseguren el cobro de la deuda, cuando dicho cobro se pueda ver racionalmente frustrado o dificultado, así lo establece el artículo 128 de la LGT.

³²² *Ibidem*, pág.69.

Por su parte del artículo 65 de la LGT se desprende que *“Las deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos.”* Si bien en el apartado segundo recoge aquellos supuestos excepcionales, en que no cabe tal posibilidad, así, *“no podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento las deudas tributarias cuya exacción se realice por medio de efectos timbrados. Tampoco podrán aplazarse o fraccionarse las deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta, salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria. Asimismo, en caso de concurso del obligado tributario, no podrán aplazarse o fraccionarse las deudas tributarias que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa”*.

Por lo expuesto, podemos decir que en cualquier caso cabría la posibilidad, en materia recaudatoria, de acudir a la mediación para resolver aquellos conflictos que residan en la forma de pago.

El artículo 155 de la ley General Tributaria en su apartado primero establece que *“ Cuando para la elaboración de la propuesta de regularización deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta, la Administración tributaria, con carácter previo a la liquidación de la deuda tributaria, podrá concretar dicha aplicación, la apreciación de aquellos hechos o la estimación, valoración o medición mediante un acuerdo con el obligado tributario en los términos previstos en este artículo.”*

Comprobamos como en materia tributaria en el ordenamiento español, pese a las iniciales reticencias, poco a poco se han ido admitiendo pequeños compromisos entre la Hacienda Pública y los obligados tributarios.

Debemos citar el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, que incorpora algunos incentivos encaminados a evitar la litigiosidad con la Administración Tributaria, y así en su artículo 7 establece que:

“1. En los procedimientos de verificación de datos y comprobación limitada, salvo que se requiera la conformidad expresa, se entenderá producida la conformidad cuando el obligado tributario no interponga recurso o reclamación económico-administrativa contra la liquidación.

Cuando el obligado tributario hubiera manifestado expresamente su conformidad durante el procedimiento o, cuando en el momento de dictar la resolución del procedimiento sancionador, no hubiera transcurrido el plazo para la interposición del recurso o reclamación que proceda contra la liquidación y no se tenga constancia de su interposición, la sanción se impondrá con la correspondiente reducción, sin perjuicio de que posteriormente se exija el importe de la reducción aplicada en el supuesto de que el obligado tributario interponga recurso o reclamación contra la liquidación.

2. En los procedimientos de inspección, se entenderá otorgada la conformidad cuando el obligado tributario suscriba un acta de conformidad o cuando, una vez el inspector-jefe haya rectificado la propuesta de regularización contenida en un acta, el obligado tributario manifieste su conformidad con la nueva propuesta contenida en el acuerdo de rectificación en el plazo concedido al efecto.

También se entenderá otorgada la conformidad cuando el obligado tributario que hubiese suscrito un acta de disconformidad manifieste expresamente su conformidad antes de que se dicte el acto administrativo de liquidación”.

No obstante el artículo 7 del RD 2063/2004, en realidad enmascara una medida utilitarista, utilizada por la Administración, que podría conculcar el derecho a la defensa de los administrados, puesto que la Administración condiciona la reducción de la sanción a que el sancionado o bien preste conformidad o que al tiempo de la imposición no hubiese presentado la reclamación, pero de presentarla después la Administración se reserva el derecho a exigirle el importe de la reducción, lo que constituye una manifestación más de la supremacía de la Administración que mal encaja con la naturaleza del procedimiento de mediación.

Ello a diferencia de lo que ocurre con las actas de conformidad en las inspecciones tributarias, en las que los inspectores, ante la imposibilidad de determinar los ingresos, convienen con el obligado criterios que van a determinar la liquidación que se les girará y los recargos que podrán recurrir, lo que en definitiva, constituirá una medida “utilitarista” para la Administración que se verá liberado de recursos y de la posibilidad de que sus liquidaciones resulten anuladas y con el correspondiente “beneficio” para el administrado.

Como ALBIÑANA GARCIA QUINTANA señala³²³ el procedimiento extrajudicial que pueda introducirse para resolver un litigio tributario, no responde a principio sustantivo alguno, sino que pretende ser un remedio a las actuales dilaciones en la resolución de tales conflictos, que también se dan en la vía económica- administrativa. En todo caso, cualquier solución pactada habrá de someterse a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución.

La relación entre la Administración tributaria y el contribuyente no es una relación transitoria, por lo que debe basarse en una relación fluida y regular,

³²³ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.; “La resolución extrajudicial de conflictos sobre materia tributaria”, en *Estudios acerca de la reforma de la justicia en España. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Ministerio de Justicia*, 2004, pág. 183.

por ello los procedimientos consensuados pueden contribuir a eliminar un alto grado de conflicto y controversia permanente.

La base jurídica del acuerdo radica en la condición del contribuyente como ciudadano social, reflejado en su derecho fundamental a la participación compartida en el interés fiscal.

TULIO ROSEMBUJ³²⁴ señala, el objetivo de la paz fiscal implica que la codecisión entre la Administración y el contribuyente no se funde en la decisión autoritaria y unilateral impuesta sobre el particular, cuyo efecto es el bloqueo en las posiciones asumidas y la solución jurisdiccional final.

Citar el quinto Congreso internacional Fiscal Association en el que se pone de manifiesto la necesidad de una jurisdicción supra-nacional para la resolución de conflictos internacionales de orden fiscal³²⁵.

Sería aconsejable la existencia de una norma que, con carácter general, regulara en el ordenamiento tributario español la posibilidad de celebración de acuerdos con unos criterios mínimos y un régimen jurídico básico, que dotase al Derecho tributario de una mayor seguridad jurídica, en lugar de contener habilitaciones singulares en normas dispersas.

³²⁴ TULIO ROSEMBUJ,R.; “La resolución alternativa de conflictos tributarios”, en *Alternativas convencionales...*, ob.cit., pág.126.

³²⁵ MICHEL.J.; “ Interprétation judiciaire des Conventions de doublés impositions et nécessité ou opportunité dune jurisdiction fiscale internationale”, Rapport general, vol. XVIII, V Congreso de la international Fiscal Association, Zurich 1951,pág. 7.

4.6.4.4. FUNCIÓN PÚBLICA

4.6.4.4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta materia, la tipología de conflictos que se pueden plantear es muy variada. Desde la materia sancionadora originada por el régimen disciplinario con sustantividad propia, hasta los derivados de procesos de selección, como aquellos en los que se impugnan actos generales no normativos, como pueden ser la convocatoria de un concurso u oposición o la fijación del baremo, pasando también por conflictos relativos a las retribuciones del personal correspondiente, supuestos de mobbing o acoso laboral, entre otros.

No parece existir ninguna objeción en admitir la mediación en materia disciplinaria y en este sentido debemos destacar la conclusión a que llega ROJAS POZO³²⁶ al afirmar que no existe obstáculo alguno en llegar a una solución consensuada mientras se respeten los objetivos perseguidos por el derecho disciplinario, a saber:

- Que el sancionado cumpla con los deberes que en función de su cargo tiene atribuidos, para garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública.
- Evitar futuras infracciones.

En materia de personal puede ser complejo alcanzar acuerdos, pero no por ello está excluida esta posibilidad, así en un momento como el actual de crisis económica, en la que son frecuentes los retrasos en el pago de nóminas por parte de Administraciones Públicas, podría acordarse una forma aplazada de pago o acuerdos de similar naturaleza, siempre queden a salvo los intereses de terceros.

³²⁶ ROJAS POZO, C.; en *Medidas compositivas y alternativas en la jurisdicción contencioso-administrativa*, pág. 27.

Mayor dificultad entrañará los conflictos que puedan surgir en la valoración de méritos en concursos donde pueden verse afectados los derechos de terceras personas. Sin embargo, creemos que la complejidad no debe entenderse como imposibilidad, en este caso se requerirá mayor pericia por parte del mediador a desempeñar en el procedimiento de mediación y la necesidad de una valoración individualizada de las particularidades del conflicto planteado.

En este sentido entre las conclusiones alcanzadas en el seminario del CGPJ ³²⁷ del mes de mayo del 2013, se advirtió que debía prestarse especial atención para que los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto en sede administrativa, como en la judicial, no puedan abrir la posibilidad al reconocimiento por esta vía de derechos o situaciones jurídicas individualizadas que supongan un trato más favorable o una preferencia respecto de estos.

4.6.4.4.2. NORMATIVA DE APLICACIÓN

Defendemos la mediación sobre la base misma de lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su redacción contiene ya referencia a la mediación.

El artículo 15, entre los derechos reconocidos a los empleados públicos, recoge el derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

³²⁷Seminario sobre la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso- administrativa, el CGPJ, el 14 de mayo del 2013.

De dicho texto legal destaca el artículo 45 que establece *que para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.*

Los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley.

Los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje.

El acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto.

Estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente.

La utilización de estos sistemas se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales representativas.

Debemos aclarar que el derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se integra como un contenido esencial del derecho a la libertad sindical de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos, así lo recoge la STSJ Galicia 827/2014³²⁸, de 19 de febrero de 2014, en su FJ 5: *“En relación con esta cuestión conviene traer a colación la jurisprudencia del T.C. en la ST85/2001 de 26 de marzo , reiterada entre otras en la más reciente ST 118/2012 de 4 de junio (BOE 4/7/2012)6”... La primera hace referencia a la íntima vinculación entre la negociación colectiva y la libertad sindical (arts. 28.1 y. 37.1 CE) cuando existe un elemento de sindicalidad, esto es, cuando la negociación colectiva es expresión de la acción sindical. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección primera del capítulo segundo del título I (SSTC 98/1985, de 29 de julio; 208/1993, de 28 de junio, FJ 2, o 222/2005, de 12 de septiembre, FJ 3). Sin embargo, el derecho de negociación colectiva de los sindicatos sí se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente, pues así resulta de lo dispuesto en los arts. 7 y 28.1 CE EDL 1978/3879 y en los arts. 2.1 d) y 2 d) y 6.3 b) y c) de La Ley Orgánica de libertad sindical (STC 80/2000, de 27 de marzo, FJ 5 EDJ2000/3842, y las en ella citadas).*

³²⁸ Ponente JULIO DIAZ CASALES.

Por tanto nos encontramos ante una negociación que se lleva a cabo por entidades sindicales en nombre de un colectivo a través de unos órganos institucionalizados en cada Administración, como son las mesas de negociación a la que habrán de ser llamados los sindicatos que ostenten la condición de más representativos. Lo que nos lleva a concluir que aunque se trata de una verdadera negociación, ya que el TC tiene establecido que en el seno de las mesas han de debatirse realmente las propuestas, no estamos ante un auténtico proceso de mediación porque no intervienen terceros con esa condición, pero nada excluye que se les pudiera dar intervención al objeto de posibilitar el acercamiento de posiciones. En apoyo de esta argumento citamos el FJ 5 de la STSJ Galicia 827/2014 citada establece que *“tal y como recordó esta Sala en la ST. de 26 de octubre de 2011, recaída en el Recurso de Apelación 790/2010, seguido entre estas mismas partes y con ocasión de la impugnación del acuerdo por el que se aprobó el presupuesto para el ejercicio 2009, “... el derecho a “negociar” supone algo menos que el derecho a conseguir “acordar” pero algo más que el derecho a “informar” No se trata de un puro nominalismo sino sencillamente de atender a la finalidad del proceso negociador que no es otro que las autoridades locales y los representantes sindicales puedan poner en común sus posiciones, mostrar sus intereses, debatir sobre los criterios de la contraparte y finalmente, tras un esfuerzo de acercamiento, poder arrojar un resultado fructífero que si es bueno para los empleados públicos también los será para la corporación ...”* y es que como recuerda la ST del T.C. 85/2001 de 26 de marzo , cuando señala: *“...negociación que «es algo más que el acuerdo final a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que en éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando» (STC 80/2000, de 27 de marzo , F. 7).*

Para concluir diremos que es frecuente que en los convenios firmados se creen comisiones paritarias encargadas del seguimiento de los acuerdos o de su interpretación, como fórmulas autocompositivas de arreglo y prevención

de conflictos que suelen ser eficaces, donde la mediación podría desplegar su actuación.

4.6.4.5. MEDIO AMBIENTE, URBANÍSTICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

4.6.4.5.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Constitución española, en el capítulo destinado a los principios rectores de la política social y económica, reconoce el derecho a la protección del medio ambiente y la calidad de vida y así, en su artículo 45, establece que:

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Y los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Así pues, la Constitución configura la protección del medio ambiente como un principio transversal, que compete a los poderes públicos y en última instancia, se dirige a mejorar nuestra calidad de vida³²⁹.

El desarrollo debe ser sostenible y compatible con el medio natural, de ahí que esta preocupación se haya trasladado al Derecho, y hayan ido apareciendo normas dirigidas a preservar la naturaleza como elemento en el que se desenvuelven nuestras vidas.

³²⁹RAMOS, F.; “Medio ambiente y ordenación urbanística: condicionar para proteger”, en *Revista Escritura Pública*, Diciembre 2012, pág. 12.

No olvidemos además, que el medio ambiente es un valor en sí mismo, que puede generar riqueza y empleo, por lo que una gestión adecuada resulta absolutamente necesaria.

La normativa ambiental, con carácter general, regula de forma restrictiva los usos que pueden desarrollarse en espacios protegidos. De otro lado, la normativa de dominio público se dirige a asegurar el uso común y general, regulando de forma excepcional los usos privativos a través de autorizaciones y concesiones.

Los conflictos ambientales pueden presentar la peculiaridad de que una situación conflictiva alcance a diferentes sujetos con diferentes objetivos y posiciones, y una solución mediada debe ir encaminada a dar participación a todos ellos en la resolución del conflicto.

Como se ha puesto de manifiesto en el 11º Congreso Notarial Español³³⁰, al formular las conclusiones necesarias para una revisión del Derecho privado y la defensa de la autonomía de la voluntad, el modelo urbanístico español resulta extremadamente intervencionista, reglamentista y atomizado, reservando un mínimo margen de libertad individual o de reacción frente a decisiones de las Administraciones Públicas. Por lo que, entre otras recomendaciones, concluyeron en la necesidad de ampliar el estrecho margen de libertad del propietario al máximo en determinadas materias, como las exigencias de notificaciones rigurosas, la preferencia de los propietarios en la adjudicación de la condición de urbanizador, el derecho a elegir las diferentes posibilidades de opción de pago de las cuotas de urbanización, y las modalidades de garantías a prestar o la incompatibilidad de garantías para impedir su duplicidad.

³³⁰ <http://www.notariado.org/> “Autonomía de la voluntad y urbanismo”, en *Revista Escritura Pública*, Diciembre 2012, pág. 9.

En dicho Congreso se expuso la necesidad de unificar la posición de los propietarios en el proceso urbanístico, con respeto a las facultades inherentes al derecho de propiedad y el reconocimiento de los propietarios como otros actores del proceso y no como meros espectadores y la protección de los derechos subjetivos de los propietarios y de su capacidad de actuación, en atención a la seguridad jurídica, tanto del interés general como de los particulares.

4.6.4.5.2. ¿ES POSIBLE EN ESTE TIPO DE CONFLICTOS HABLAR DE MEDIACIÓN?

En relación a los conflictos ambientales, si bien pueden revestir especial dificultad, dado los intereses en juego, lo cierto es que hay determinadas esferas donde este procedimiento podría jugar un papel importante como en el caso de conflicto vecinales (relativos a la contaminación acústica o derivados de malos olores) o concernientes a la ubicación de infraestructuras (piénsese por ejemplo en la ubicación de un vertedero, una fábrica, centros de atención a drogodependientes, centros penitenciarios o cualesquiera otros cuya ubicación sea conflictiva).

Una de las cuestiones que está poniendo en evidencia la crisis económica es el drama de los afectados por los derribos que, en muchos casos, compraron casas, en su día, legales, y que han estado pagando de forma escrupulosa y la Administración no les indemniza. Constituye este un supuesto frecuente de conflicto que llega a los Tribunales de nuestro país, Tribunales que tienen que conjugar los intereses de estos propietarios con la necesidad de preservar el medio ambiente, el paisaje y la legalidad urbanística, tarea que no resulta nada sencilla, y ante las que está surgiendo un movimiento, de búsqueda de nuevas vías de solución. Sirva de ejemplo, la posición de los órganos judiciales de Cantabria, donde se está efectuando una apuesta importante por la mediación, así se ha instado a las partes personadas a adoptar un calendario de actuación en ejecución, realista, serio y concienzudo, en el que, se pongan de acuerdo en adoptar decisiones concretas y efectivas para llevar a buen término la ejecución de la sentencia, siempre respetando los propios términos del fallo y tratando de conciliar las ejecuciones con la necesidad de garantizar las indemnizaciones, al ser posible, previas al derribo de los afectados, teniendo en cuenta, especialmente, las condiciones

personales de cada uno de los afectados: si es titular de primera o segunda vivienda, su situación familiar, supuestos de dependencia, entre otros.

ROJAS POZO,³³¹ considerando que la fijación del justiprecio³³² constituye un concepto jurídico indeterminado, manifiesta que si bien la Administración no puede decidir libremente sobre los precios justos, afirma que no existe inconveniente en que las partes fijen este precio de común acuerdo cuando el conflicto se encuentra en sede judicial. Concurren aquí el interés general de la expropiación del bien concreto en función de la utilidad pública o interés social del fin al que haya que afectarse, con el interés general en minimizar el coste del proceso y el de que los ciudadanos se sientan partes del sistema judicial.

Defendemos la posibilidad de singularizar también de mutuo acuerdo los bienes a expropiar según las circunstancias del caso concreto o se acuerde la sustitución de los bienes elegidos por la Administración por otros bienes alternativos para el mismo proyecto.

ROJAS POZO ³³³ señala que existen diferentes preceptos jurídicos de los que podemos entender que es posible una solución consensuada con la Administración cuando del patrimonio y de la Hacienda pública se trate. Así se depende de:

- El artículo 1.812 del CC, anteriormente citado, que dice *“Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes”*.

³³¹ ROJAS POZO, C.; *Medidas compositivas y alternativas en la...*, ob.cit., pág. 7.

³³² El justiprecio constituye la indemnización económica compensatoria por la pérdida de la cosa o derecho expropiado, tal como afirma PARADA en “La expropiación forzosa”, en *Manual de Derecho Administrativo...*, ob.cit. pág. 550.

³³³ *Ibidem*, pág. 10.

- El artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, donde se establece 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”*.

Otros ejemplos en que sería admisible una solución pactada con la Administración sería el acuerdo alcanzado sobre la forma y plazos de ejecución de las obras necesarias en caso de edificios en estado de ruina, y ello teniendo en cuenta el interés general subyacente de evitar daños a terceros. O por ejemplo, un procedimiento de disciplina urbanística que termina con una sanción de clausura o una demolición, podría fijarse de común acuerdo su realización voluntaria, o en su defecto, la forma y tiempo de llevarlo a cabo, pues podría evitarse el daño que para la imagen de un negocio su ejecución forzosa pudiera comportar, en una hora de afluencia.

Si bien, no podemos obviar lo dispuesto en el artículo 7.3 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General de Presupuestos, anteriormente analizado.

A nivel internacional, citar el artículo 26 de la Declaración de Río sobre Medio ambiente y el Desarrollo, donde se establece que los Estados deberían resolver pacíficamente sus controversias a través de mecanismos concordantes con la Carta de las Naciones Unidas.

Son muchos los ejemplos internacionales, así la American Arbitration Association ³³⁴(en adelante AAA) fue seleccionada por los Gobiernos de los Estados de Lousiana y Missisipi para desarrollar programas de mediación y

³³⁴ <http://www.adr.org/aaa>



arbitraje de forma rápida, justa y eficiente atendiendo a las diferentes reclamaciones derivadas de uno de los mayores desastres ambientales de la historia como fue el huracán Katrina.

4.6.4.6. **MATERIA ELECTORAL**

4.6.4.6.1. **NORMATIVA A TENER EN CUENTA**

Respecto al orden contencioso-administrativo, el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa, incluye en su ámbito de aplicación el conocimiento de los conflictos que se susciten en relación con la actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Si tenemos en cuenta la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, entre los conflictos más habituales podemos destacar los concernientes a proclamación de candidatos y candidaturas. Pero también y con arreglo al artículo 109 del mismo texto legal, podrán ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

En el mismo texto se contienen una serie de conductas tipificadas como delictivas, cuyo conocimiento compete al orden jurisdiccional penal, tales como las concernientes a la infracción en los trámites para el ejercicio del derecho al voto por correo, o a la emisión de varios votos por elección, o aquellas que supongan una infracción normativa en materia de encuestas electorales. Las conductas delictivas se encuentran reguladas en la Sección segunda del Capítulo VIII del Título I.

En ningún caso la Ley Orgánica Electoral contempla la posibilidad de acudir a una vía alternativa de conflictos. Vía que hemos de entender excluida por resultar afectado un derecho fundamental, conforme el artículo 23 de la Carta Magna.

4.6.4.7. POTESTAD SANCIONADORA

La Constitución española reconoce a la Administración pública potestad sancionadora en dos preceptos el artículo 25 y en el 45, con referencia al medio ambiente en este último, potestad que debe estar sujeta a las necesarias cautelas en garantía de los derechos de los ciudadanos³³⁵.

La potestad sancionadora, como potestad que atribuye a la Administración Pública titular una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas concretas, productoras de efectos sobre la esfera de los administrados, está condicionada, en todo caso, al respeto del principio de legalidad, tal y como venía sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia contenciosa del TC³³⁶.

Sin embargo, como defiende el profesor NIETO³³⁷, cabe hablar de la flexibilidad del principio de legalidad para las infracciones mínimas e incluso, sostiene, el arbitrio judicial para excluir de la sanción comportamientos típicos, por encajar en el supuesto de hecho pero inocuos desde el punto de vista de la infracción, y así cita el ejemplo de una STSJ de Navarra, de 23 de noviembre de 1.999, que excluyó de la sanción a un vehículo que excedía 5 cm. de la longitud máxima reglamentarias por carecer de relevancia sancionadora.

³³⁵ STC 77/1983, de 3 de octubre.

³³⁶ En este sentido podemos citar la STC de 2/1987, de 21 de enero y la STC 42/1987 de 7 de febrero.

³³⁷ NIETO, A.; Monografía sobre “El derecho administrativo sancionador”, 4ª Edición. Tecnos 2005, pág. 233.

Como NIETO³³⁸ señala “el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible” y es materialmente imposible sancionar y expedientar a todos los infractores, piénsese en los numerosos ejemplos que acontecen en la vida diaria, bicicletas por las aceras, excrementos de animales en las vías públicas, entre otras.

Piénsese en los casos, en que la Administración advierte que se colocan radares en un tramo determinado de las carreteras y que las primeras infracciones no van a ser sancionadas con una multa, sino que remite la detección a título informativo, acaso ¿no está la Administración haciendo uso de la facultad discrecional de perseguir a los infractores?.

Podemos citar preceptos legales que avalan esta discrecionalidad, así el artículo 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que posibilitaría que los inspectores que constatasen el incumplimiento en el acta, en lugar de abrir el procedimiento sancionador requiriesen su corrección. Esta oportunidad se considera más útil y efectiva que la imposición de la sanción en numerosas ocasiones para evitar consecuencias desproporcionadas, como pudiera ser evitar el cierre de una empresa por incumplimiento de la adopción de las debidas medidas de seguridad por sus empleados en el ejercicio de su actividad.

El artículo 7 de la Ley 42/1997, al regular las medidas derivadas de la actividad inspectora, establece que :

Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán adoptar las siguientes medidas:

³³⁸ *Ibidem*, pág. 33.

1. *Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.*

2. *Requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.*

3. *Requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en la instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores.*

4. *Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción, de infracción por obstrucción, o requiriendo a las Administraciones públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio; iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación.*

5. *Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.*

6. *Promover procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que proceda, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio a que se refiere el anterior apartado 4, si procediese.*

7. *Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.*

8. *Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene.*

9. *Proponer recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación a empresas*

por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laborales, con sujeción a la normativa aplicable.

10. Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

11. Comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.

12. Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional.

13. Cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

Sostenemos que la mediación tiene cabida cuando de la potestad sancionadora se trata, tanto en cuanto a la graduación de la sanción, como en lo que refiere a la oportunidad de alcanzar un acuerdo sobre la forma o plazo de cumplimentación.

4.6.4.8. MEDIACION EN LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Objeto de esta jurisdicción pudiera ser los litigios surgidos entre dos Administraciones públicas, por lo que merece una especial mención considerar la posibilidad de mediación en aquellos conflictos que tengan por protagonistas a dos Administraciones públicas, en los que obviamente no se da el desequilibrio existente en las relaciones entre Administración y administrados.

Ciertamente la cuestión excede de las pretensiones de este trabajo y merecería un estudio específico, pero resulta imprescindible referir la posibilidad de la mediación como mecanismo de resolución en estos supuestos, que redundaría no sólo en beneficio de los intereses entre las

Administraciones públicas enfrentadas sino como un reflejo de la necesaria coordinación entre ellas para conseguir una Administración pública más eficaz y que vele por los intereses de todos los ciudadanos.

Sobre la necesaria coordinación MARTINEZ TRISTAN³³⁹, afirma que ,como principio constitucional consagrado en el artículo 103.1 de la CE, persigue un resultado claro: cual es la mayor eficacia posible del actuar de la Administración y para ello resulta, de todo punto imprescindible, la integración de las distintas competencias concurrentes, cualesquiera que sean los titulares de las mismas.

Piénsese en la posibilidad de que un Ayuntamiento prevea la ubicación de un polígono industrial o un vertedero limítrofe con la planificación por otro de una zona residencial, sin duda el ejemplo propuesto habría de resultar salvado por la tutela que la Administración autonómica ejerce a la hora de la aprobación de los PGOM, pero el conflicto tampoco resulta impensable, por ejemplo si lo derivamos a cuestiones menos evidentes pero igualmente sensibles en los tiempos que corren, como en el caso de la instalación de las estaciones de telefonía móvil, por referir unas estructuras desmontables pero respecto de las que la población se encuentra especialmente sensibilizada por la inexistencia de estudios definitivos sobre su incidencia en la salud de los vecinos afectados por sus emisiones ionizantes.

Aunque referimos posibles conflictos entre Administraciones situadas en el mismo nivel, también es posible que el conflicto tenga como protagonistas Administraciones con distinto rango, piénsese en una decisión autonómica sobre el trazado de una carretera o de la Administración estatal sobre la ubicación de un depósito de almacenamiento de residuos tóxicos, un centro

³³⁹ MARTINEZ TRISTAN, F. G., “La última reforma del Reglamento de Extranjería y problemas prácticos que plantea”, nº 27, *Cuadernos digitales de formación, CGPJ*, VII, 2010, pág. 7.

penitenciario o, como ocurrió recientemente, sobre la realización de prospecciones marítimas en busca de yacimientos de petróleo.

En los recursos entre Administraciones públicas la única previsión normativa contenida en la LRJCA es que no caben los recursos en vía administrativa, únicamente cabe, con carácter potestativo, *que una Administración requiera a la otra previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el auto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a la que esté obligada* (Art. 44 de la LRJCA).

Resulta evidente que estando en presencia de dos administraciones que defienden intereses públicos, aunque no coincidentes, nada excluye que se pueda someter la cuestión a una mediación que culmine con una solución negociada, aunque habrán de extremarse las cautelas a la hora de homologar el acuerdo por parte del órgano jurisdiccional, para evitar posibles corruptelas.

Por último, tan solo mencionar la reciente y drástica reforma operada por la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con la que el legislador estatal se propone el objetivo de clarificar las competencias locales y avanzar en el principio “una Administración una competencia”, se trata de evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones que, en la Exposición de Motivos, se dicen hasta ahora existentes. En cualquier caso se trata de una Ley que ha generado una fuerte contestación por parte de los representantes de las entidades locales, que ha sido recurrida ante el TC y que a lo largo de su articulado contiene numerosas referencias a la posibilidad de delegación de competencias por parte tanto de la Administración del Estado como de las Comunidades Autónomas en los Entes Locales en base a convenios o acuerdos de delegación, acompañados de las transferencias presupuestarias, lo que entraña, por una parte, una necesidad de negociación previa entre los entes afectados y, por otra, una coordinación posterior para el funcionamiento y seguimiento de las competencias delegadas, que no excluiría ninguna fórmula alternativa de resolución de los conflictos que

puedan surgir, entre ellos la mediación, como medio más adecuado que el ordinario recurso jurisdiccional.

4.6.4.9. OTRAS MATERIAS

Para finalizar, haremos una breve referencia a la viabilidad de acudir al procedimiento de mediación en las siguientes materias, a las que resultan de aplicación los criterios expuestos:

- **Derechos fundamentales**, donde estaría excluida la mediación por ser una materia de no libre disposición para las partes.
- **Contratos administrativos**, sería admisible en cuanto que resulta aconsejable acudir a mecanismos de autocomposición, basados en el acercamiento de las partes, y buscando una solución que convenza a ambas y solucione definitivamente el conflicto al ganar todos y no uno solo.
- **Autorización para la entrada en domicilio, locales, medios de transporte**, excluida la mediación por ser una materia de no libre disposición para las partes.

CAPITULO 5. . ESTUDIO DE OPINIÓN SOBRE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO.

En el curso de nuestro trabajo, nos hemos servido de la elaboración, cumplimentación y análisis de un cuestionario remitido a diferentes colectivos y a la sociedad en general, cuya colaboración ha sido fundamental para conseguir una visión aproximada de la población en esta materia. Con ello hemos intentado, además de obtener datos aproximados, acercar un poco más la mediación a los destinatarios y hacerles reflexionar sobre esta posibilidad, para muchos desconocida.

5.1. METODOLOGÍA

Haciendo uso de las ventajas que nos ofrece la tecnología hemos empleado³⁴⁰, como principal medio para la recogida de datos, el correo electrónico.

El periodo de recogida de datos ha comprendido los meses de agosto a octubre del 2013.

En el diseño de las preguntas se ha procurado que fueran comprensibles para todas las personas entrevistadas, independientemente del nivel de su formación o cualquier otra característica.

El cuestionario consistente en 15 preguntas, ofrecía una selección de respuestas³⁴¹ que facilitasen su posterior explotación estadística y ha sido

³⁴⁰ Existen algunos cuestionarios cuya cumplimentación, velando igualmente por la debida protección de datos personales, han sido cumplimentados en papel ante la falta de medios o formación suficiente por parte de los voluntarios que ha colaborado en este proyecto.

cumplimentado por un total de 779 ciudadanos a los que he de agradecer su participación voluntaria y desinteresada, habiendo sido remitido por correo electrónico a un total de mil particulares y un total de 79 instituciones (CGPJ, GEMME, Secretarios de Gobierno y Coordinadores, Fiscalía, diferentes Colegios de Notarios, Registradores de la Propiedad, Abogados, Procuradores, Graduados sociales, Universidades, Defensor del Pueblo, servicios de mediación, servicios sociales, entre otros).

Una vez terminado el proceso de recogida de datos se ha procesado toda la información obtenida a partir de las respuestas de los cuestionarios, sin que el fichero final de datos contenga información que permita la identificación de las personas encuestadas.

El procesado de datos de los formularios distribuidos en ficheros Microsoft Excel, la posterior explotación de los mismos y el estudio estadístico asociado, se ha llevado a cabo a través de una **aplicación propietaria** WinForms .NET 3.5 utilizando Microsoft Visual Studio 2010 como entorno de desarrollo y Microsoft Access como base de datos de almacenamiento. Además, se ha hecho uso de controles DevExpress para .NET para generación de los gráficos asociados al estudio estadístico realizado³⁴².

5.2. POBLACIÓN

La población objetivo de esta encuesta era muy variada: por una parte, sociedad civil en general, y por otra, juristas, principalmente de las instituciones judiciales, como detallaremos.

³⁴¹ Las respuestas ofrecidas se encuentran reflejadas en la leyenda de cada uno de los gráficos elaborados resultantes de la cumplimentación de los cuestionarios citados.

³⁴² La explotación de estos datos se ha llevado a cabo sobre la base de la aplicación creada ex proceso por CARLOS MINGORANCE.

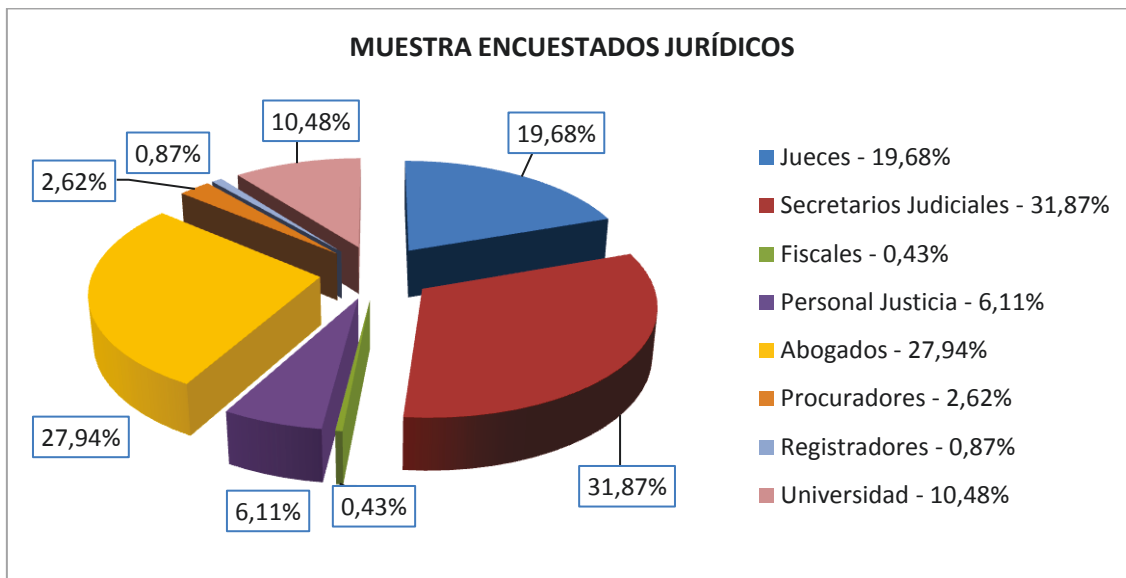
El cuestionario ha sido enviado a aproximadamente a mil personas no juristas, entre las que incluimos particulares, así como personal perteneciente al sector de las comunicaciones(grupo PRISA), servicios de mediación(de Santiago de Compostela, Madrid, Canarias, Alicante, Zaragoza, Sevilla), servicios sociales(Caritas, médicos del mundo, Asociación Tomillo, SEPCYS³⁴³), economistas, educadores, amas de casa, estudiantes, entre otros.

Se ha intentado llegar a todos los colectivos jurídicos a través de las instituciones competentes, que luego detallaremos. De esta manera, consideramos que la encuesta ha llegado a varios miles de personas, obteniéndose una contestación total de 779 encuestas.

En el estudio realizado, el 64% de los encuestados pertenecen al sector no jurídico frente al 36% que alcanza a personal procedente de diferentes colectivos jurídicos.

³⁴³ Sociedad Española de Psicología Clínica y de la Salud

5.2.1. COLECTIVO JURISTA



Muestra colectivo jurídico

En cuanto al personal jurídico, el cuestionario ha sido remitido a los siguientes colectivos:

Jueces y Magistrados, con la ayuda del CGPJ, de la Escuela Judicial y de GEMME, de los cuales un 19,68% de las respuestas procedentes del sector jurídico corresponde a este colectivo.

Secretarios judiciales, a los que se les ha remitido el cuestionario a través de los Secretarios Judiciales de Gobierno y Coordinadores de todo el territorio nacional, lo que ha permitido que la encuesta llegue a la mayor parte de los Secretarios judiciales de España, su participación representa el 31,87% del sector jurídico y por razón del territorio, destacamos la participación de los Secretarios de Burgos, Canarias, Cataluña, Logroño, Madrid, País Vasco y Valencia.

Fiscales, su participación en este estudio representa tan sólo un 0,43 %.

Personal al servicio de la Administración de Justicia (auxilio, tramitadores y gestores), con la ayuda de los Secretarios judiciales, obteniendo el 6,11 % de las respuestas del sector jurídico, de nuevo destaca la mayor colaboración del personal destinado en Cataluña y Madrid.

Abogados, ha sido remitido al Consejo General de Abogacía, así como a los Colegios de Abogados de Ávila, Burgos, Cantabria, Cataluña, Comunidad de Madrid, Ceuta, Huesca, Málaga, Melilla, Mérida, Murcia, Pamplona, Oviedo, Salamanca, Señorío de Vizcaya, Soria, Toledo, Zamora, Zaragoza, Valladolid. Las respuestas obtenidas de este colectivo constituyen el 27,94 % de los encuestados pertenecientes al sector jurídico.

Procuradores, ha sido remitido al Consejo General de Procuradores de España, habiéndose obtenido un 2,62 % de las respuestas de este colectivo.

Se pretendió recabar la colaboración de los Notarios, siendo remitido a los Colegios de Albacete, Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla-León, Madrid, Navarra y Tenerife, sin que se haya obtenido ninguna respuesta de este colectivo, salvo que hubiera sido remitido a título particular por alguno de ellos sin identificarse con el mismo.

En cuanto a la participación de los Registradores de la Propiedad ha sido del 0,87%.

Hemos incluido en este sector jurídico los cuestionarios remitidos a la Universidad, por ser consultados sólo miembros de este sector de las Universidades Carlos III de Madrid, Complutense, UNED, la Rioja, Europea de Madrid, Universidad de Almería y Jaén. Las contestaciones obtenidas representan el 10,48 %.

Observamos que el 58,09 % responde a la colaboración procedente de personal institucional en el que englobamos a Jueces, Secretarios judiciales, personal de la Administración de Justicia y Fiscales. Ello frente al 41,91% de personal jurídico no vinculado al Tribunal. Por lo que *a priori* podemos apreciar un cierto interés por estas instituciones respecto de la mediación en cuanto herramienta llamada a ser un complemento y ayuda para la tarea jurisdiccional que se desarrolla en los Tribunales. Lo que constituye un buen punto de partida para la puesta en marcha de la mediación conectada con los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Llama la atención el escaso interés mostrado en este estudio por los colectivos de Fiscales y Registradores de la Propiedad, así como que no se hayan conseguido contestaciones a las encuestas remitidas de colectivos como los Graduados sociales³⁴⁴, Defensor del Pueblo ni Notarios.

5.2.2. COLECTIVO: NO JURISTA

De las encuestas realizadas un 64% pertenece a la población civil en general, no jurídica.

Entre ellas, destacar que los cuestionarios han ido dirigidos además de personas particulares a otros colectivos, como el sector de la comunicación, donde se observa un gran desconocimiento, pero también un enorme interés por las consultas que me han sido formuladas tras su cumplimentación. Ello evidencia la necesidad de promover la mediación en este sector que tanto puede ayudarnos a difundir la mediación, pues no sólo debe ser noticia el conflicto sino también su solución pacífica.

³⁴⁴ Remitido al Consejo General de Graduados sociales.

Del mismo modo, ha sido remitido a educadores de diferentes centros y, como curiosidad, citar el caso de una “Jefa de estudios” de un instituto de Madrid que se ha negado a difundir el cuestionario entre sus alumnos por considerar que el tema en nada estaba vinculado con el material docente e interés de los alumnos, nos sorprende que la ignorancia llegue a estas esferas, ignorancia que obstaculiza el proceso de evolución hacia una sociedad moderna y debidamente formada. Por el contrario, en un libro de educación de tercer ciclo de primaria se cita y explica la mediación³⁴⁵. Sería deseable una formación uniforme entre los jóvenes de nuestro país y no dejar que la formación quede en manos de la mayor o menor diligencia e interés del profesorado, por lo consideramos que la mediación debería figurar en los planes de estudios de colegios e institutos, además de universidades.

No existen más datos a reseñar entre la población civil, a salvo que de los cuestionarios enviados a personas particulares, podemos decir que un 89% han respondido a nuestra invitación y han cumplimentado y remitido el cuestionario enviado, lo que constituye una manifestación del interés de la sociedad ante lo desconocido como alternativa u oportunidad frente a los recursos existentes y populares.

³⁴⁵ Libro de texto de Educación para la ciudadanía. Grupo Edebe, 2009, pág. 54.

5.3. RESULTADOS

Debemos manifestar la dificultad que hemos encontrado en la interpretación de los resultados obtenidos, pues pese a la aparente uniformidad de los mismos, unas mismas palabras pueden ser interpretadas de forma diferente por personas distintas o ser comprensibles para unos y para otros no, todo ello sin perjuicio de los márgenes de error razonables en su cumplimentación.

En cualquier caso, los resultados que aportan estos cuestionarios permiten tener un conocimiento aproximado sobre la conveniencia de su implantación en nuestro país, sobre el conocimiento o desconocimiento de esta figura, así como sobre los puntos débiles que será necesario reforzar si queremos que la mediación tenga un éxito real y efectivo como técnica de resolución de conflictos y, en especial, se admita y regule de forma expresa en aquellos conflictos con la Administración Pública.

Del mismo modo pretendemos conocer la receptividad y confianza de la sociedad en esta vía de resolución para los conflictos que pudieran surgir frente a la Administración Pública.

Analizaremos cada una de las preguntas efectuadas de forma individual y haremos una explotación estadística y análisis de los resultados obtenidos por cada una de ellas³⁴⁶.

³⁴⁶ Se puede consultar el cuestionario en el Anexo.

Preguntas formuladas:

1. ¿A qué sector profesional pertenece?

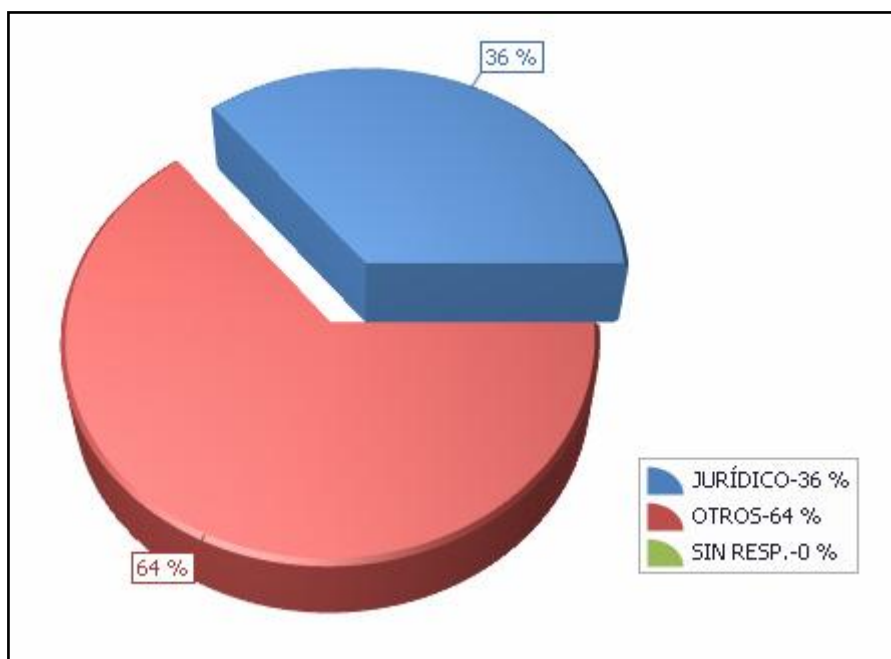


Fig.1 Respuestas correspondientes a la pregunta relativa al sector profesional de los encuestados

Aunque en un principio el cuestionario iba dirigido de forma indiscriminada a todos los sectores de la población española, nos pareció interesante medir las respuestas distinguiendo entre aquellos profesionales del Derecho y los que son ajenos a dicho sector profesional, para poder cotejar la percepción de unos y otros ante una realidad que se va abriendo paso poco a poco en nuestro ordenamiento jurídico como es la mediación.

Del resultado obtenido se observa que los destinatarios correspondientes al sector jurídico³⁴⁷ ocupan una posición minoritaria, un 36%, frente al resto del los encuestados un 64%, sobre la base de esta distinción vamos a analizar los datos derivados de cada una de las preguntas efectuadas.

No hemos considerado necesario atender a otros criterios discriminatorios entre la población, tales como sexo, edad o similar, por considerar que carecían de trascendencia en esta investigación. Si bien indicar que todos los encuestados eran mayores de edad en el momento de la cumplimentación del cuestionario remitido.

Resultaría interesante emprender un estudio similar entre la población menor de edad de nuestro país con la ayuda de colegios, institutos y Administraciones públicas.

2. ¿Conoce la mediación como alternativa a los Tribunales para la resolución de conflictos?

Tal y como está formulada la pregunta, somos conscientes de que se dirige a obtener datos sobre el conocimiento del instituto de la mediación como vía de resolución de conflictos en general en cualquier orden jurisdiccional y no sólo en el orden contencioso-administrativo, eso sí como alternativa a los Tribunales, esto es como una herramienta más que evite acudir al proceso judicial o ponga término al mismo por haber alcanzado una solución consensuada.

No nos cabe duda que la sociedad en general conoce de la existencia de los Tribunales y de las funciones que tiene atribuidas y que, con frecuencia,

³⁴⁷ El cuestionario, dentro del sector jurídico, ha sido remitido a Jueces, Secretarios judiciales, Fiscales, funcionarios de la Administración de Justicia, Abogados, Procuradores, Graduados sociales, Notarios, Registradores de la Propiedad, entre otros.

hace un uso excesivo de los mismos, pero ¿qué información posee sobre esta vía de resolución de los conflictos?

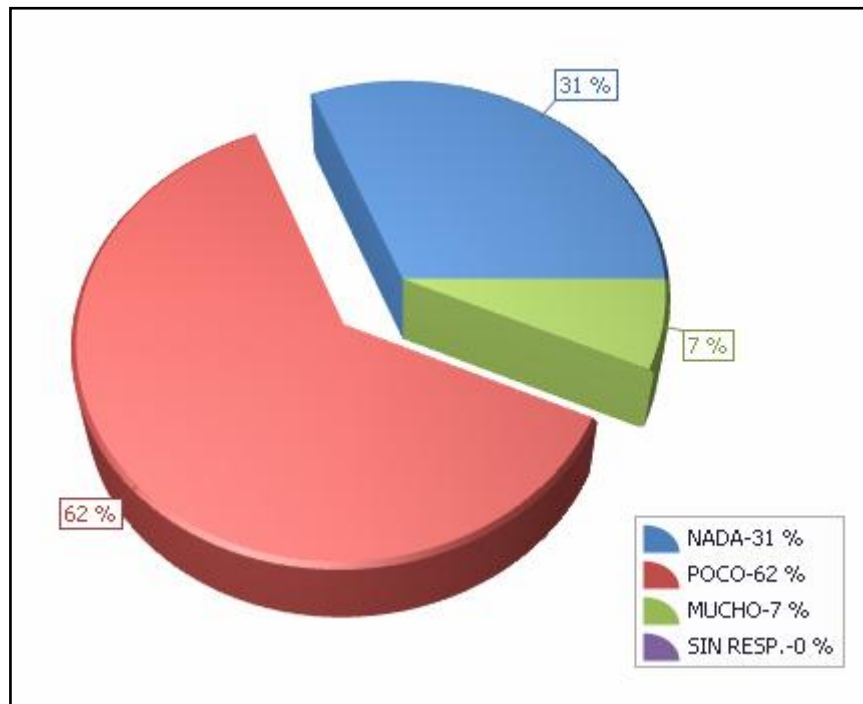


Fig.2 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre el conocimiento de la mediación como alternativa a los Tribunales para la resolución de conflictos

En lo que toca a la población no jurídica observamos que un 31% de los encuestados manifiesta no conocer en absoluto la mediación, un 62% poco, frente a un 7% que afirma conocerla mucho. Nadie se abstuvo de responder a esta pregunta. Podemos decir que el 93% de la población no posee suficiente información, índice excesivamente elevado para encontrarnos en pleno siglo XXI donde la información está al alcance de todos gracias a las nuevas tecnologías, pero es necesario saber sobre qué informarse.

Hemos de tener en cuenta que precisamente por el hecho de contestar a este cuestionario podemos haber tenido respuesta de personas que ya

conocían la mediación, por lo que en este caso, el porcentaje de personas que no conocieran nada la mediación podría ser más amplio.

También podemos considerar que algunas personas han podido contestar sin tener muy clara la distinción entre mediación con otras figuras jurídicas, lo que parece desprenderse de las contestaciones a otras preguntas y de los comentarios remitidos vía electrónica.

Muchos de los encuestados han mostrado su interés en el tema objeto de estudio, lo que ha motivado que nuestra relación continuara y ha permitido tener una mayor percepción del estudio realizado, si bien los gráficos y porcentajes obtenidos responden al más absoluto cálculo estadístico.

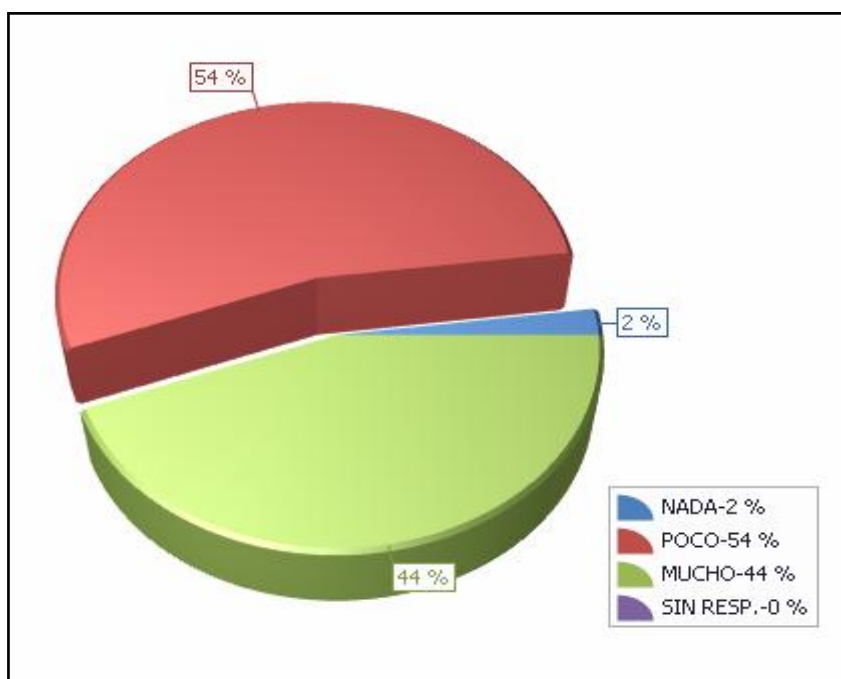


Fig.3 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre el conocimiento de la mediación como alternativa a los Tribunales para la resolución de conflictos

En lo que toca a la población jurídica, es llamativo que un 2% haya contestado que no conoce nada la mediación, y teniendo en cuenta que es una institución de relevancia jurídica, supone que estas personas no han tenido

ninguna formación sobre ello y probablemente ni siquiera ha llegado a sus oídos la existencia de la mediación. El 54% parece reconocer tener un poco de conocimiento sobre la mediación.

Por tanto, los datos reflejan que un 56% no posee información suficiente, cifra elevada tratándose del sector jurídico.

Obsérvese que tan sólo un 7% de la población no jurídica afirma conocer mucho la mediación frente al 44% en el sector jurídico.

Creemos que cualquier jurista tiene la obligación de estar suficientemente formado y esa formación debe estar debidamente actualizada. Todos los que estudiamos Derecho sabemos que nos encontramos con una realidad en constante evolución y un jurista responsable tiene el deber de actualizarse constantemente y abrir las puertas a los cambios que tanto la Ley como la realidad demandan, entre ellos dar paso a nuevas vías de resolución de conflictos, respecto de los cuales los juristas ocupamos un papel protagonista.

Resulta obvio que para acudir a la mediación es necesario que el ciudadano conozca su existencia, cuente con la información debida, sus ventajas e inconvenientes y las posibilidades que en cada momento y circunstancia puede ofrecer.

Los resultados reflejan la necesidad de realizar una campaña divulgativa dirigida al conjunto de la sociedad, en cuanto que cualquiera de sus miembros es susceptible de ser parte de un conflicto.

En el caso del sector jurídico consideramos indispensable no solo información sino además formación, pues de los datos se desprende que ésta es insuficiente, para que ellos mismos puedan contribuir a la difusión de la mediación en el ejercicio de su profesión.

La información y formación dirigida a los profesionales jurídicos debe ser impulsada preferentemente por los diferentes Colegios profesionales y en los centros universitarios.

En el caso de los ciudadanos, la campaña informativa debe ser mayor, considerándose adecuadas todas las vías de publicidad, comenzando por los diferentes centros educativos con el fin no sólo de cambiar la cultura de nuestra sociedad respecto del conflicto y sus vías de resolución, sino también con el objetivo de gestar una cultura basada en la gestión pacífica del mismo, sobre la base de un conocimiento previo de sus derechos.

Los diferentes profesionales tenemos el deber de informar al ciudadano, en el momento adecuado, de la posibilidad de acudir a la mediación y de cuáles son los instrumentos idóneos en cada caso para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, entre los que se encuentra la mediación.

En ambos casos (vaya dirigida a juristas o ciudadanos legos) la difusión debe venir impulsada y avalada por las Administraciones competentes, pues ello revestirá a la institución de seguridad, confianza y autoridad.

3. ¿Cree que existe información suficiente sobre esta vía de resolución de conflictos?

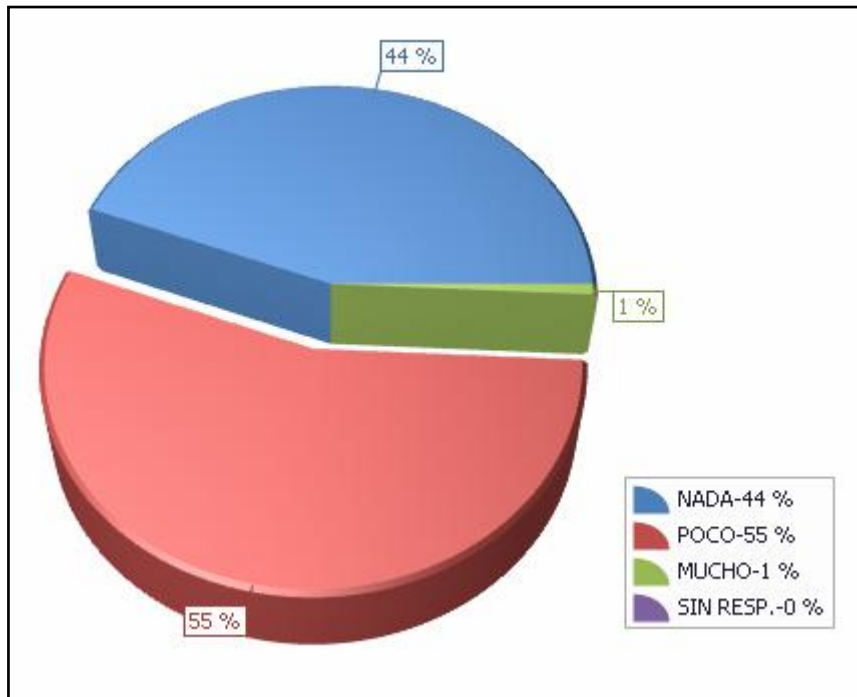


Fig.4 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre si existe información suficiente sobre esta vía de resolución de conflictos

Por lo que al sector no jurídico se refiere el 44% afirma no existir información alguna sobre la mediación, el 55% consideran que la existente es poca o insuficiente y tan sólo el 1% considera que hay mucha información al respecto.

¿Cómo podemos pretender que la sociedad acuda a mediación cuando existe una evidente falta de información al respecto? Parece que esta información es reclamada por el ciudadano, así se desprende de la cumplimentación de los cuestionarios y de las observaciones vertidas.

Demanda que debe ser atendida para auxiliar al ciudadano en la búsqueda de la vía idónea para la resolución de sus conflictos.

Poner a disposición del ciudadano un abanico de vías o sistemas de resolución de sus conflictos hará más efectivo y contribuirá a mejorar los servicios públicos ofrecidos, lo que redundará en mejorar la imagen de la propia Administración de justicia, al tiempo que se garantiza el cumplimiento del artículo 24 de la Constitución española.

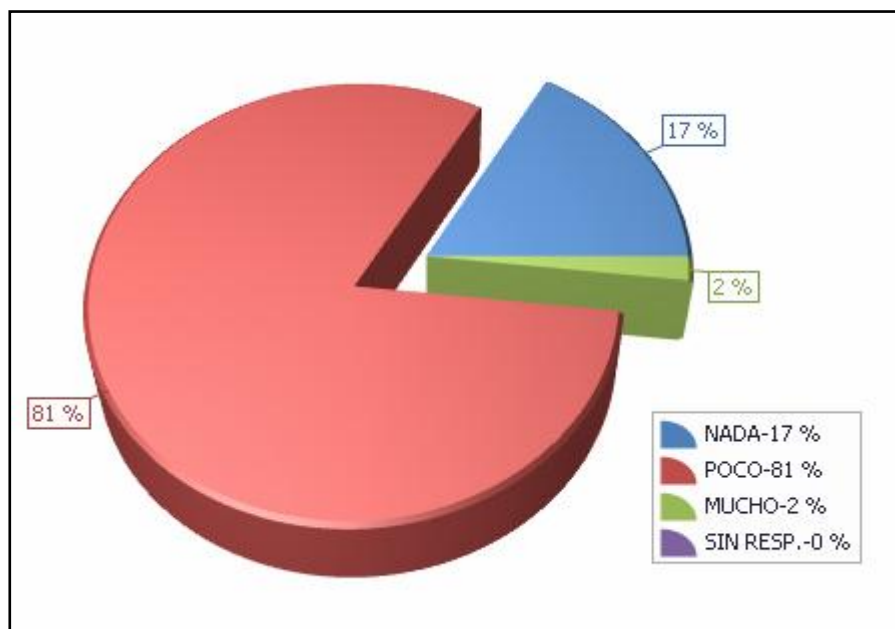


Fig.5 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre si existe información suficiente sobre esta vía de resolución de conflictos

Dentro del sector jurídico parece que un 17% considera que la información existente es nula, el 81% la estima insuficiente, frente a un 2% que considera que hay mucha información.

Vemos como en uno y otro caso, el porcentaje de encuestados que consideran que la información es mucha es muy poco significativo, un 1% y un 2% del sector no jurídico y jurídico respectivamente.

Esta pregunta está íntimamente relacionada con la anterior, que reflejaba un escaso conocimiento de la mediación. En este caso los gráficos muestran la deficiente información tanto en el ámbito jurídico como en la sociedad en general, lo que nos lleva a concluir en la necesidad de emprender activamente una campaña informativa que sirva de impulso para un uso adecuado y razonable de esta vía de resolución del conflicto con las mismas garantías que el recurso a los Tribunales.

4. ¿A quién cree corresponde proporcionar información sobre la mediación?

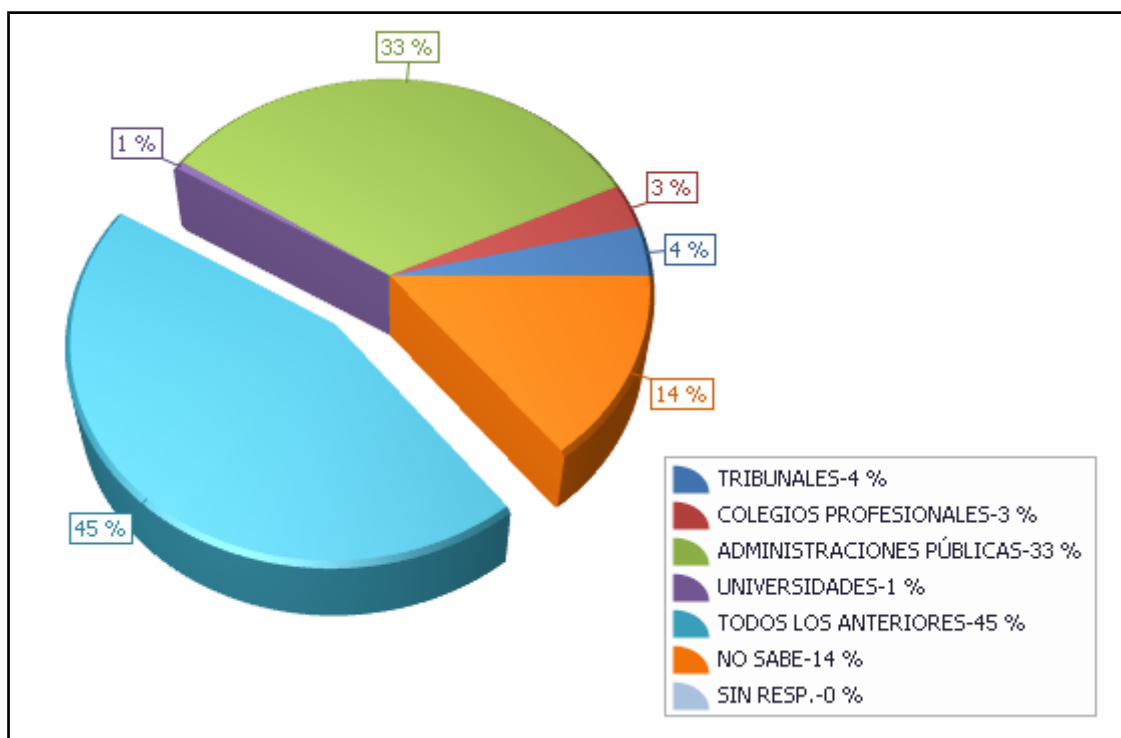


Fig.6 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre a quién corresponde proporcionar esa información

La población civil no jurídica, considera en un 45% que la información sobre la mediación debe proceder tanto de los Tribunales, Colegios profesionales, Administraciones Públicas, como Universidades.

Un 3% de la sociedad considera que esa información debe ser proporcionada por los Colegios profesionales, porcentaje reducido que puede ser fruto del desconocimiento sobre las funciones que los diferentes colectivos tienen atribuidas en el ejercicio de su profesión, incluso puede responder a un desconocimiento relativo a los Colegios a los que nos referimos ante la falta de especificación.

Un 33% considera que son las Administraciones Públicas quienes juegan un papel importante en esta labor, lo que se traduce en que la intervención de éstas supone para el ciudadano una garantía que genera confianza.

El 1% consideran que la información debe proceder sólo de las Universidades, nos limitamos a recordar que la educación constituye la piedra angular del futuro de cualquier sociedad. La respuesta vertida no refleja que el ciudadano considere que la Universidad no debe proporcionar esta información, sino que de elegir a un sólo operador sólo un 1% considera que sería en exclusiva la Universidad.

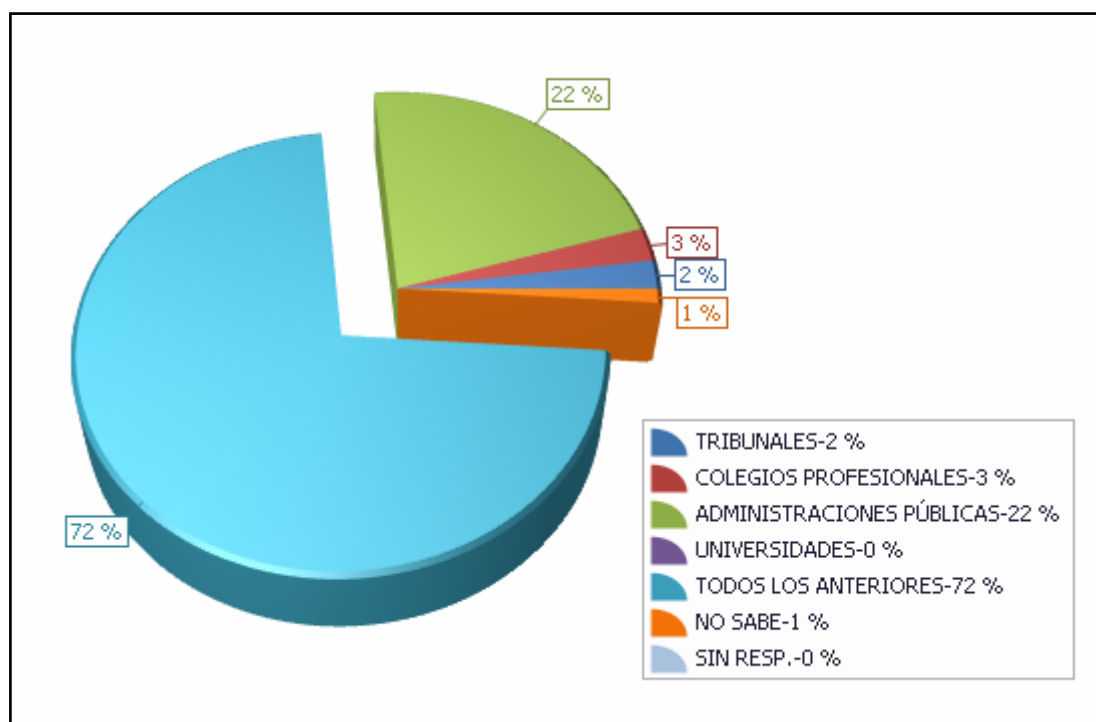


Fig.7 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre a quién corresponde proporcionar esa información

En el sector jurídico de nuevo el porcentaje mayor considera que todos los operadores citados deben suministrar esa información, en este caso concreto un 72%. En segundo lugar, con un 22%, se considera que las Administraciones públicas deben proporcionar la información necesaria el conocimiento de la mediación. No parece haber conciencia de que esta tarea sea responsabilidad de los diferentes colectivos jurídicos, así lo demuestra el dato de que solo un 3% haya respondido que constituye una obligación de los Colegios profesionales, nos sorprende más la falta de confianza en los centros Universitarios, cuna y origen de la formación de estos profesionales, pues ninguno de ellos considera que la información debe proceder de la Universidad. Un 1% afirma no saber a quien compete tal responsabilidad, lo que constituye una demostración más sobre la ausencia de conocimiento del sector jurídico sobre el instituto de la mediación.

Si combinamos ambos resultados, no jurídicos y jurídicos, observamos que respecto al responsable de la divulgación, las encuestas coinciden con la postura defendida a lo largo de nuestro estudio, consistente en que todos los operadores deben colaborar, informar y asesorar a los ciudadanos sobre la posibilidad de gestionar conflictos a través de la mediación.

En ambos sectores, tras afirmar, en primer lugar, que todos los agentes citados deben estar implicados en la divulgación de la mediación, el resto de encuestados consideran que ocupan un papel primordial en el ejercicio de esta función las Administraciones Públicas. Resultado con el que estamos de común acuerdo y que favorecería la confianza en esta figura. Es necesario para dar impulso a la mediación que venga avalada por las propias Administraciones, sólo si ellas creen en esta vía de resolución lograremos el éxito deseado, si no contamos con su colaboración las posibilidades se verían bastante reducidas.

El impulso por parte de las Administraciones públicas generaría confianza en el ciudadano, este impulso puede venir desde centros educativos, bibliotecas, centros culturales o las propias Administraciones con las que los ciudadanos pudieran tener un conflicto, en suma, se trata de proporcionar al ciudadano la información necesaria para encontrar el mejor camino para la resolución de sus problemas, e indirectamente todos seríamos beneficiarios en cuanto supondría una optimización de los recursos existentes.

La divulgación constituye también una de las mayores preocupaciones del Parlamento europeo³⁴⁸ por lo que considera necesaria una campaña que sólo tendrá éxito si es uniforme a través de todos los Estados miembros.

³⁴⁸ *Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures...*, ob.cit. pág. 160.

5. ¿Ha tenido conflictos con la Administración pública?

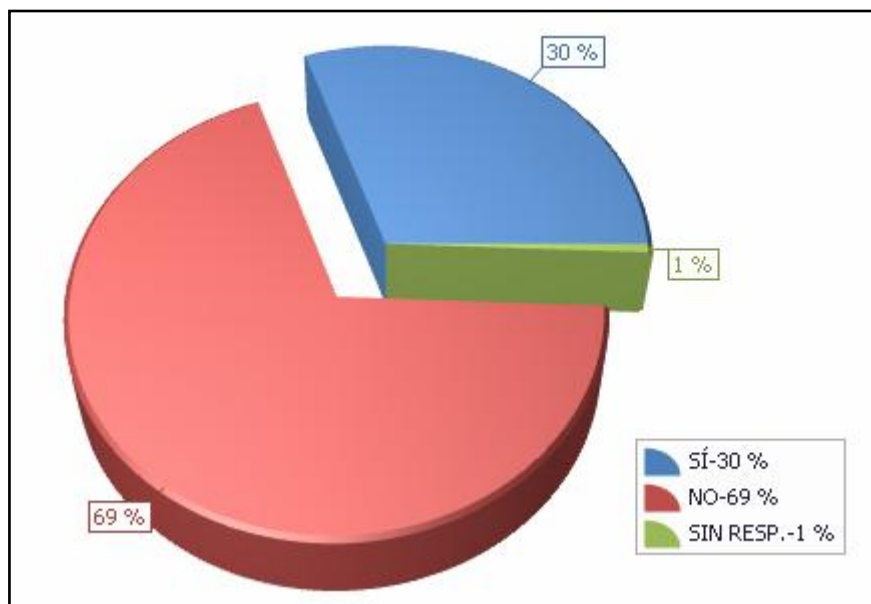


Fig.8 Respuestas correspondientes al sector jurídico y no jurídico relativa a la pregunta sobre si ha tenido conflictos con la Administración pública

En esta pregunta hemos considerado que carecía de interés discernir entre sector jurídico u otros, por ser un dato que nada podía aportar.

El objetivo perseguido era tener una idea aproximada del volumen de conflictos que los ciudadanos pueden tener con la Administraciones públicas, debido al amplio margen de actuación de éstas en las diferentes parcelas de nuestra vida. Asimismo, se perseguía que el ciudadano encuestado reflexionase sobre este tipo de conflictos para, una vez posicionado en el papel de parte del mismo, pudiera dar una respuesta más precisa a las preguntas formuladas.

Parece que un 30% de la población reconoce haber tenido un conflicto con la Administración, frente al 69% que afirma no haber tenido ningún conflicto y un 1% que no ha respondido.

Sobre este punto permítame el lector una observación, pues tras la cumplimentación de los cuestionarios y debatir con alguno de los encuestados, he podido percibir que no todos son conscientes de los tipos de conflictos que con la Administración han podido tener, así dejaban al margen conflictos con entidades locales relativos a la concesión de licencias o recursos concernientes a sanciones de tráfico, entre otras.

Aún así, de la muestra obtenida se comprueba que un 30% es un índice el elevado de conflictividad con la Administración pública y la mediación podría, como venimos defendiendo a lo largo de nuestra exposición, evitar que los conflictos llegasen a la vía judicial y de hacerlo que fueran resueltos por esta vía pacífica.

Obsérvese que por otro lado, no hemos formulado la pregunta haciendo distinción entre vía administrativa o contenciosa, ello con el objetivo de no confundir a los encuestados con preguntas de carácter técnico.

6. ¿Acudiría a mediación para resolver un problema con la Administración pública?

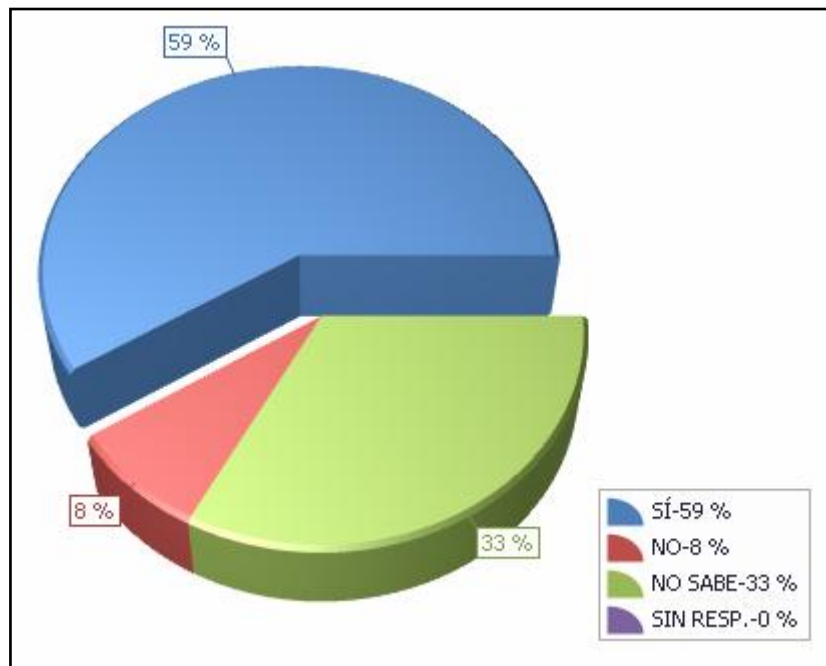


Fig.9 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre si acudiría a mediación para resolver un problema con la Administración pública

El sector no jurídico parece estar dispuesto acudir a mediación para la resolución del conflicto con la Administración pública en un 59%, frente a un 33% que manifiesta no saber que responder, lo cual es lógico ante la falta de conocimiento de esta figura. Pero sorprende que tan sólo un 8% de forma tajante rechacen tal oportunidad, cuando en realidad desconocen sus posibilidades, quizás la respuesta de los que comprenden este último porcentaje obedezca al miedo o temor por lo desconocido o incluso el temor o desconfianza cuando se trata de un conflicto frente a la Administración.

Lo cierto es que los resultados generales nos lleva a concluir que debemos ofrecer al ciudadano esta posibilidad cuando de conflictos con la Administración se trate.

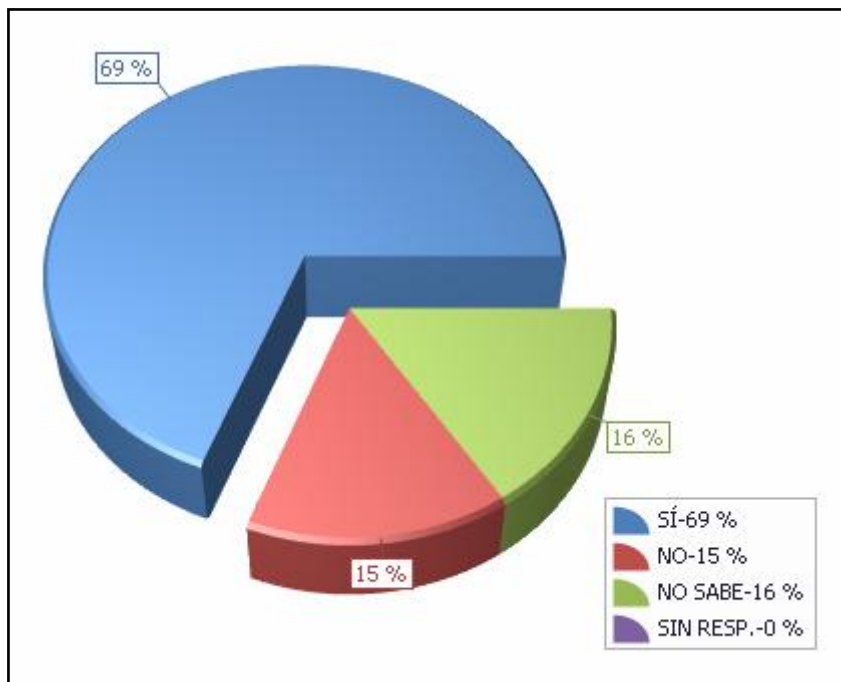


Fig.10 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre si acudiría a mediación para resolver un problema con la Administración pública

Este sector (jurídico) en un 69 % apuesta por la mediación en conflictos frente a la Administración pública, un 15 % afirma que no acudiría a mediación en conflictos de esta naturaleza.

Quizás su mayor conocimiento jurídico y experiencia le permita apreciar los casos que *a priori* revestirían mayor dificultad para resolver a través de la mediación, como pudieran ser aquellos que recayeran sobre derechos indisponibles para las partes, datos que el ciudadano no tiene por qué conocer. Sin embargo, es significativo que un 16 % de los encuestados afirmen no saber

si acudirán a mediación, lo que puede constituir una manifestación más de la ausencia de información y formación debida.

Si combinamos los resultados de los gráficos nº9 y nº10, resulta asombroso que, pese al desconocimiento general y deficiente información que sobre la mediación aportan los datos, la población, tanto jurídica como no jurídica (un 69% y 59% respectivamente) parece dar un voto de confianza a esta vía para resolver las disputas que con la Administración pudiera acontecer. Es probable que las causas que motivan esta confianza deriven de los inconvenientes que el sistema judicial actual ofrece. Entre los inconvenientes, podemos citar: la excesiva lentitud, burocracia, ausencia de protagonismo y participación de las partes en la resolución y en el curso del proceso, desgaste económico y personal, ente otros.

Tenemos pues una sociedad receptiva, este es el primer punto de partida y una ayuda considerable, pues siempre la reticencia al cambio puede ser un obstáculo que en este caso resultará más fácil de vencer.

7. ¿Cree que estaría en situación de igualdad con respecto de la Administración?

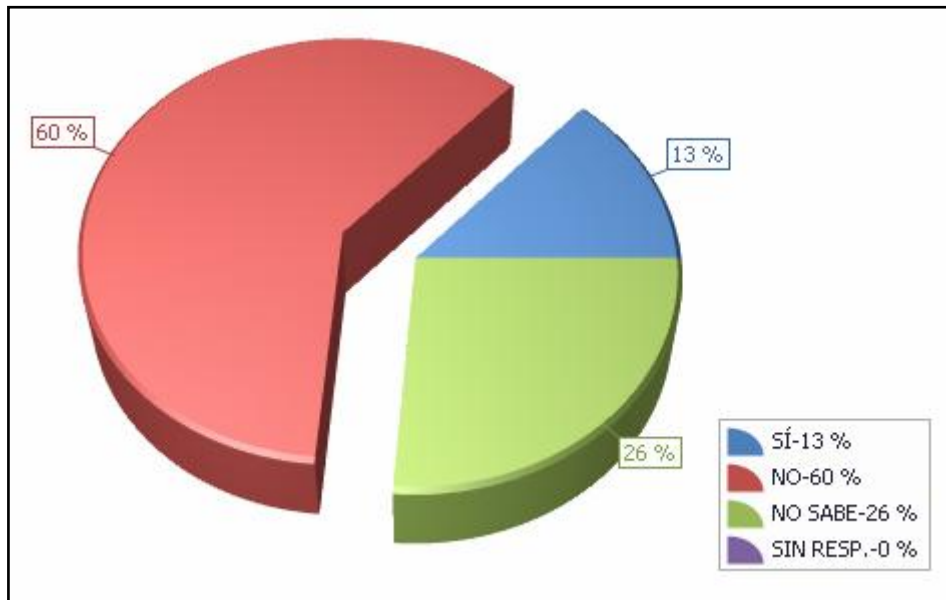


Fig.11 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre si considera está en situación de igualdad con respecto a la Administración pública

Un 60% de la población tiene un sentimiento de inferioridad con respecto a la Administración pública, de nuevo la falta de información suficiente se manifiesta en esta pregunta al responder un 26% de los encuestados no saber qué respuesta proporcionar. Un 13% considera sentirse en situación de igualdad, cifra que nos parece representativa.

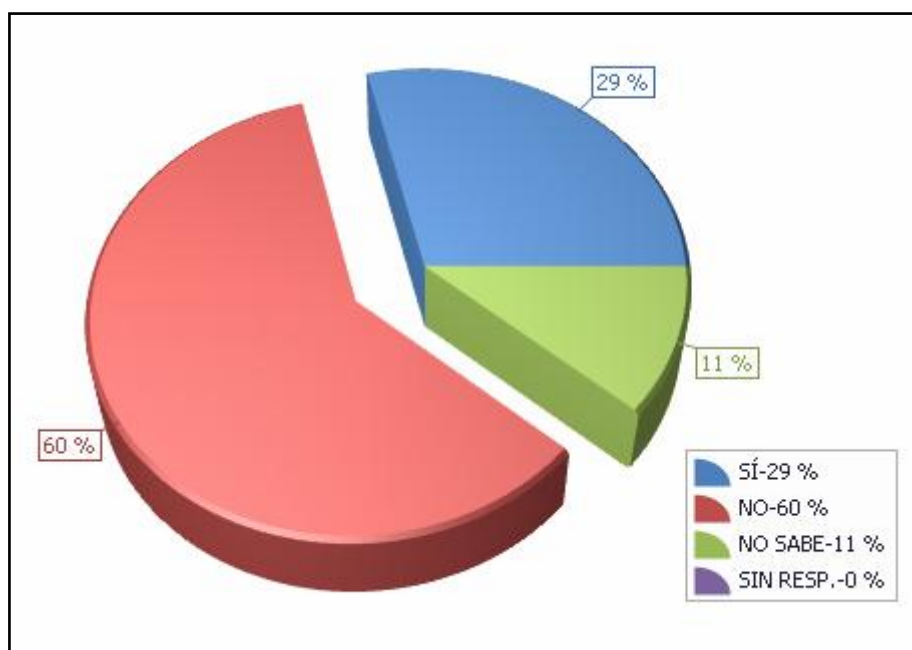


Fig.12 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre si considera está en situación de igualdad con respecto a la Administración pública

Los resultados en este sector coinciden con los de la población civil, un 60% de la población jurídica afirma sentirse en situación de inferioridad frente al 29% que considera encontrarse al mismo nivel que las Administraciones públicas y el 11% que afirma no saber en qué situación se encuentra. Esta respuesta no deja de ser llamativa, pues consideramos que en el caso del sector jurídico deberían poseer la suficiente formación y capacitación para dar respuesta clara a esta pregunta.

Como hemos adelantado, comparando los datos correspondientes a las figuras nº11 y nº12, comprobamos que los sondeos coinciden: un 60% de los entrevistados, jurídicos y no jurídicos, más de la mitad de la población encuestada, manifiesta sentirse en situación de inferioridad con respecto a la Administración pública.

Como vimos, la Administración ocupa un papel privilegiado que se ha ido transformando con el paso del tiempo sin dejar de ostentar ciertas

prerrogativas. Además, no podemos obviar que la Administración está servida por un cuerpo de funcionarios, muchos de ellos especializados, que conocen el procedimiento, tramitan multitud de expedientes y que cuentan con una experiencia muy superior a cualquier administrado, incluso conocen mejor que éste el resultado de anteriores impugnaciones de su actuación, todo ello coloca a la Administración en el proceso de resolución del conflicto en una situación más ventajosa que el ciudadano, por lo que el mediador deberá encontrar la vía más adecuada para paliar esas diferencias durante el procedimiento de mediación.

Lo deseable sería contar con una Administración pública transparente en la que el ciudadano pueda depositar su confianza para la gestión de los asuntos públicos y que estuviera abierta al diálogo.

La búsqueda de este equilibrio ninguna duda cabe que deberá contar con el esfuerzo de un mediador preparado que procure vencer esta dificultad. Por ello es imprescindible una adecuada, específica formación y experiencia por parte del mediador, que genere confianza en los ciudadanos y que disminuya el distanciamiento que entre Administración y administrados pueda existir.

En definitiva, creemos que la sociedad puede cambiar este sentimiento de desequilibrio e inferioridad si se le hace participe en el procedimiento y resolución del conflicto.

8. ¿Qué tipo de conflictos con la Administración considera sería susceptible de resolución a través de la mediación?

Tanto esta pregunta como la siguiente pretenden determinar si la población aprecia algún obstáculo o limitación respecto de los asuntos a derivar a

mediación, siendo conscientes del grado de tecnicidad de que está revestida esta consulta.

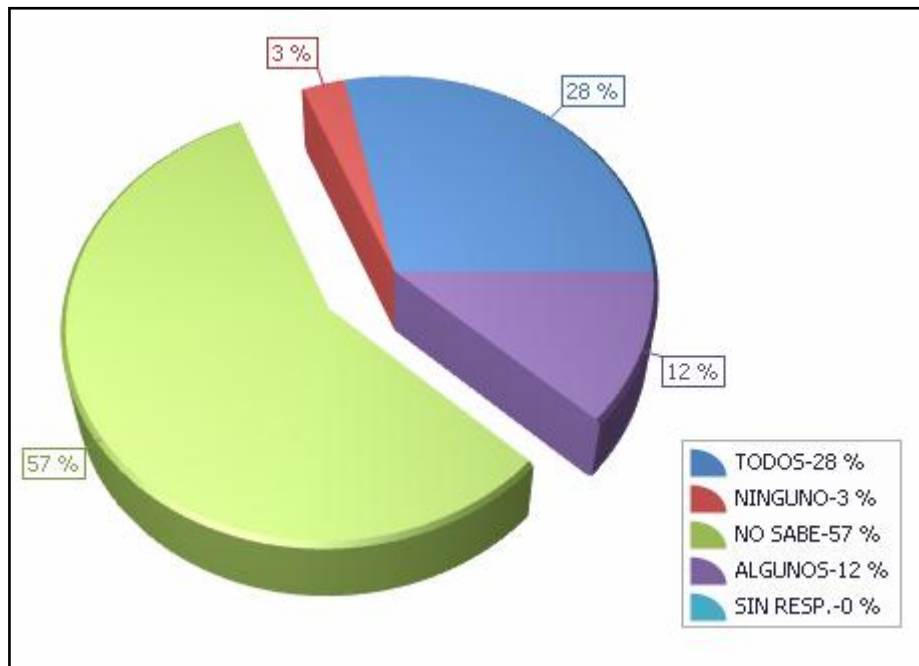


Fig.13 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre el tipo de conflictos que podrían resolverse a través de mediación

En consonancia con las respuestas anteriores y la deficiente información, el 57% de los encuestados no jurídicos ignoran que tipo de conflictos serán mediables, frente al 28% que consideran que todos, lo que coincidiría con esa predisposición a dar una oportunidad a la mediación en la resolución de este tipo de conflictos. El 12% considera que tan sólo algunos conflictos posibilitarían acudir a mediación y un 3% considera que ningún tipo de conflicto sería mediable, lo que viene a coincidir con los resultados de la figura nº 9.

Si sumamos los que consideran que todos los asuntos son susceptibles de mediación con lo que consideran que algunos lo son, obtenemos un porcentaje

del 40% de los encuestados correspondientes a la población no jurídica que avalan la viabilidad de la mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico.

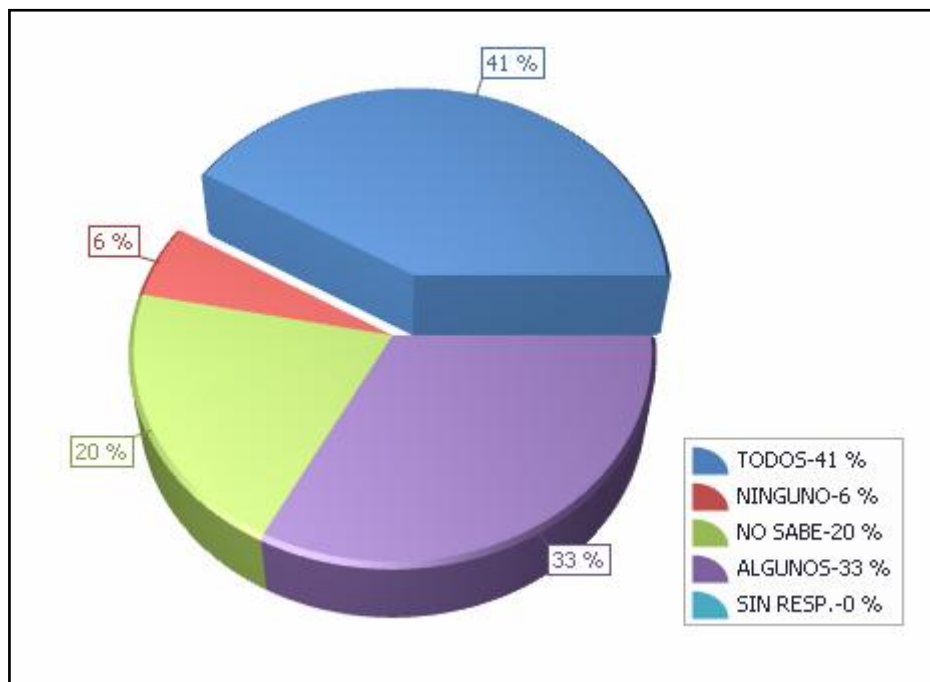


Fig.14 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre el tipo de conflictos que podrían resolverse a través de mediación

El 41% del sector jurídico parece afirmar que todos los conflictos con la Administración pública serían derivables a mediación, lo que demuestra que no ven obstáculo para la mediación en la singular relación entre Administración y administrados. Un 33% parece reconocer que solo algunos sean susceptibles de mediación, quizás tras un análisis de las limitaciones legales, un 20% muestran de nuevo su desconocimiento, frente a un 6% que para nada consideran viable la mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico.

Si hacemos la misma operación que en el gráfico anterior, observamos que el 74% de los encuestados del sector jurídico defienden la viabilidad de la mediación en esta rama del Derecho.

Por todo lo expuesto, invitamos al legislador a reflexionar sobre la necesidad de eliminar o minorar las barreras burocráticas y normativas que dificultan la utilización de la mediación en esta rama del ordenamiento jurídico, siempre desde el respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y posibilitando la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Como dato añadido, indicar que se concedió a los encuestados (jurídicos y no jurídicos), a través del campo de observaciones, la posibilidad de indicar los asuntos que consideraban mediables y los que no, sólo el 10,26% del total de los encuestados, jurídicos y no jurídicos, hizo uso de esta oportunidad. De entre los encuestados que indicaron los asuntos mediables un 19,11% manifestaron que lo serían los asuntos de responsabilidad patrimonial, un 14,66% consideran mediables los conflictos de personal o funcionarios públicos, un 13,13% indicaron que serían idóneos para resolver a través de la mediación los concernientes a cuestiones fiscales o tributarias, otro 13,13% los asuntos laborales, el 10,66% estima que los más indicados son los asuntos urbanísticos o de medio ambiente, el 8% los derivados de sanciones, el 8% consideran que lo son todos aquellos objeto de transacción, el 5,33% considera que los asuntos más sencillos son los más adecuados para acudir a mediación, otro 2,66% considera que los concernientes a conflictos de vecindad, el 1,33% los de tráfico, otro 1,33% los concernientes a concesión de licencias, otro 1,33% los relativos a expropiaciones forzosas y otro 1,33% afirman que la idoneidad viene indicada en los casos en que las partes muestran interés por la mediación.

Vemos que la población parece tener un cierto criterio sobre las cuestiones más indicadas o sencillas para su resolución a través de la mediación.

A continuación exponemos gráficamente la clasificación de asuntos mediables, conforme al criterio de la población encuestada:

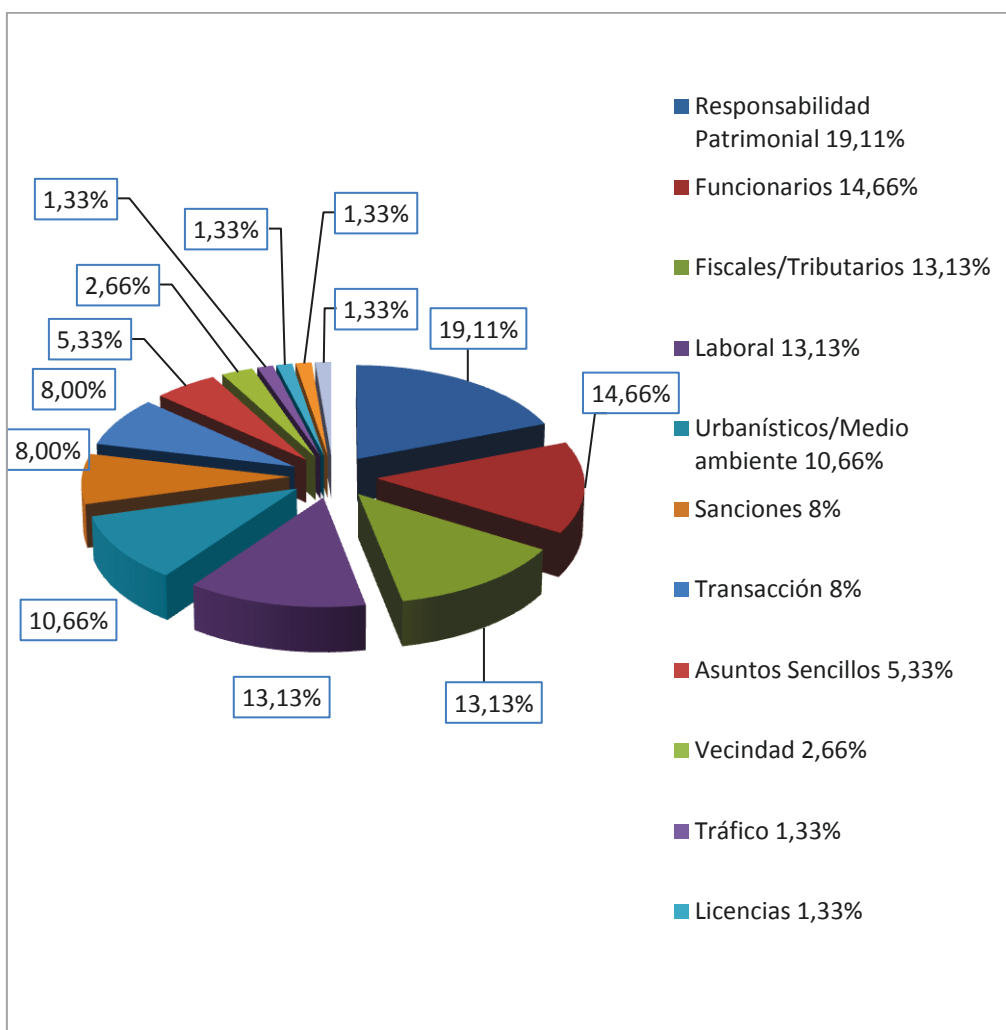


Fig. 14bis. Tipología de asuntos que los encuestados estiman mediables

9. ¿Qué tipo de conflictos con la Administración cree que no podrían ser objeto de mediación?

Como ya advertimos, somos conscientes que esta pregunta y la anterior revisten un carácter más técnico que el resto, lo que en el caso del sector no

jurídico puede dificultar su cumplimentación, no obstante todos los encuestados han decidido contestar a la pregunta formulada, sin que haya habido ninguna abstención.

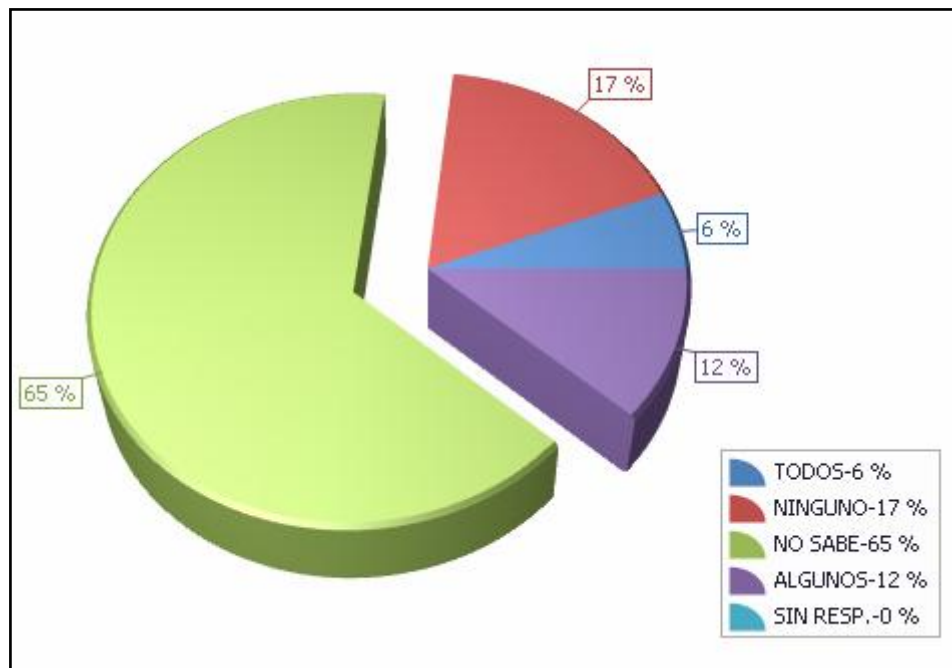


Fig.15 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre el tipo de conflictos que no podrían resolverse a través de mediación

El 65% de la población no jurídica parece no saber que responder, a medida que el cuestionario avanza así como su nivel de tecnicidad, la evidencia de falta de conocimiento está más clara, dificultando la cumplimentación del cuestionario.

El 6 % considera que no hay conflicto que no pueda resolverse a través de la mediación, el 17 % cree que ninguno puede no resolverse a través de mediación, lo que implica a *sensu contrario* que sería mediable y un 12 % manifiesta que sólo algunos no serían susceptibles de mediación.

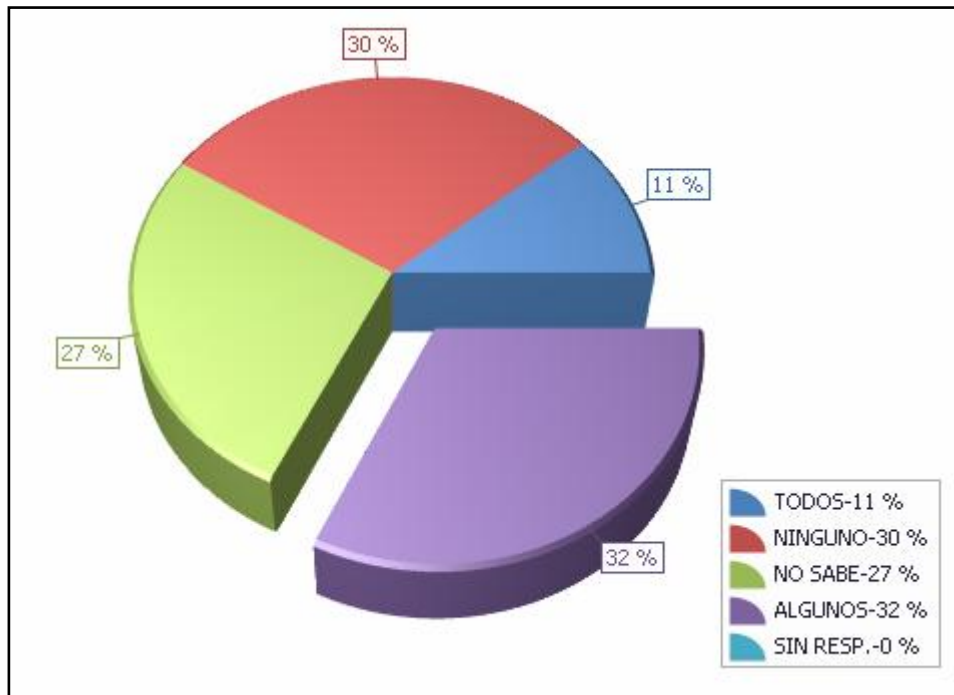


Fig.16 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre el tipo de conflictos que no podrían resolverse a través de mediación

En el caso del sector jurídico, el número de encuestados que ignoran que responder se reduce a un 27%, es razonable, puesto que su formación debe posibilitar una reflexión y respuesta a la pregunta formulada con mayor capacitación que en el caso del colectivo anterior, aún así consideramos se trata de un porcentaje elevado.

En consonancia con los datos proporcionados por la figura nº 14 considera un 30% que ninguno no sería derivable, esto es serían susceptibles de derivación. El 11% considera que no cabría derivación en absoluto en esta parcela del ordenamiento jurídico y el 32% sólo algunos asuntos serían susceptibles de resolución por esta vía, en la consulta anterior el 33% reflejaba esta misma opinión, cuando la pregunta fue formulada de otra manera.

Como indicamos al analizar la pregunta precedente del total de los encuestados, jurídicos y no jurídicos, sólo el 10,26% optó por detallar los asuntos que en ningún caso serían mediables. De entre las respuestas obtenidas se desprende que el 22,09% considera no mediable los asuntos que afecten al interés general, a terceros o cuestiones de orden público, el 16,17% considera que nunca serán objeto de mediación los conflictos que versen sobre derechos fundamentales, el 11,76% excluyen los conflictos de naturaleza penal que puedan producirse con la Administración pública, el 8,82% consideran que aquellos en los que exista reserva legal quedarían al margen de la mediación, el 4,41% consideran que no cabe mediación en caso de mala fe de cualesquiera de las partes, ese mismo porcentaje del 4,41% excluye la mediación en el caso de cuestiones electorales, otro 4,41% en cuestiones de extranjería no consideran sea esta una vía adecuada, otro 4,41% lo excluyen cuando nos encontremos ante conflictos que revistan especial complejidad, otro 4,41% en el caso de asuntos de dominio público, otro 4,41% en el caso de infracciones de tráfico o seguridad vial, el 2,94% lo excluyen en caso de concursos, otro 2,94% cuando alguna de las partes en conflicto sea menor o incapaz, otro 2,94% cuando el conflicto verse sobre una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica, otro 2,94% en el caso de conflictos con los funcionarios públicos, el 1,47% lo excluye en el caso de sanciones, otro 1,47% también lo excluye en los casos en los que las partes carezcan de información suficiente.

Vemos que se entremezclan a la hora de excluir la mediación asuntos con criterios de derivación, y que algunos asuntos que parte de la población considera mediable otros no, como es el caso de los conflictos de funcionarios públicos o sanciones.

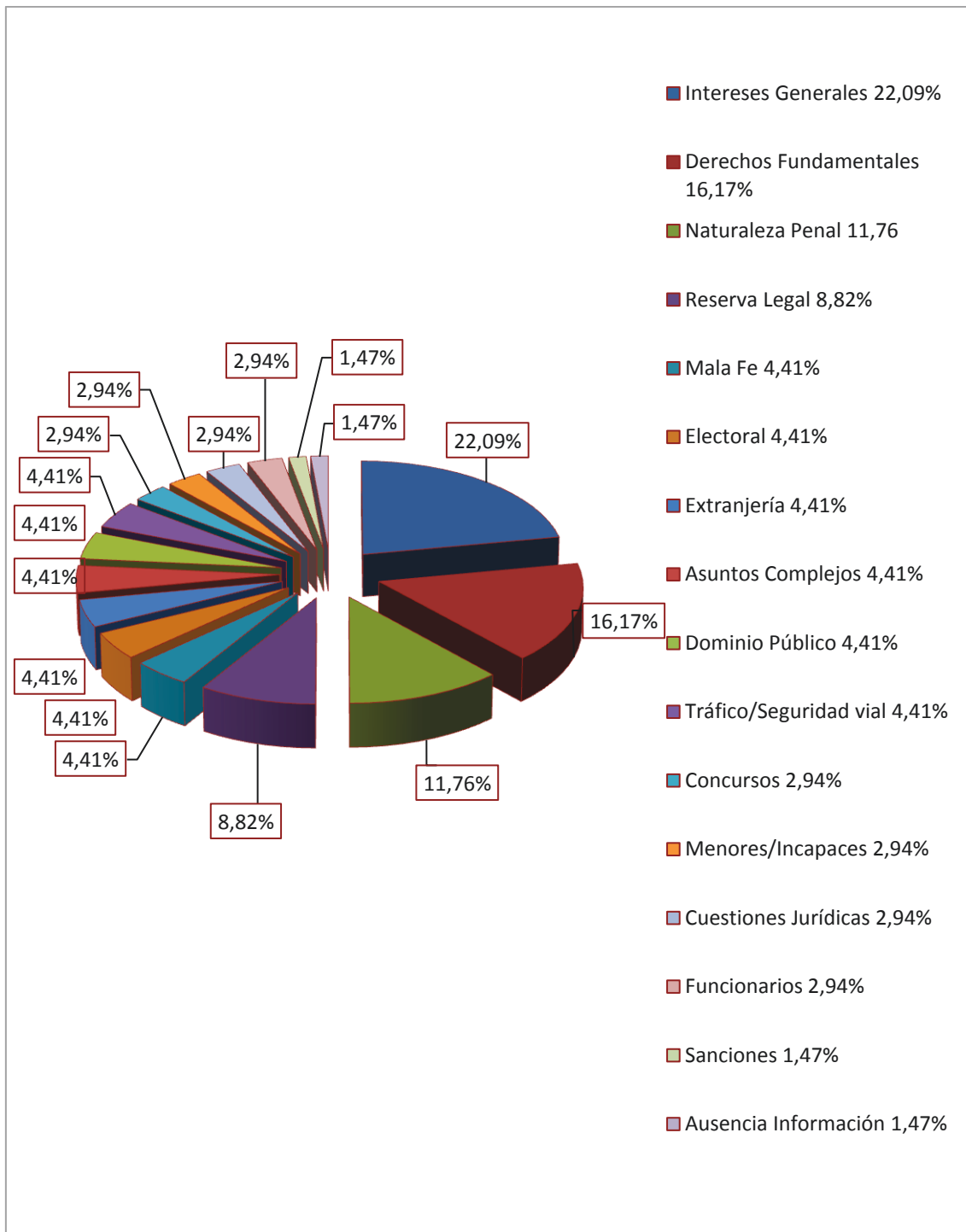


Fig.16 bis. Tipologías de asuntos que los encuestados no estiman mediables

10. ¿Qué ventajas encuentra a la mediación?

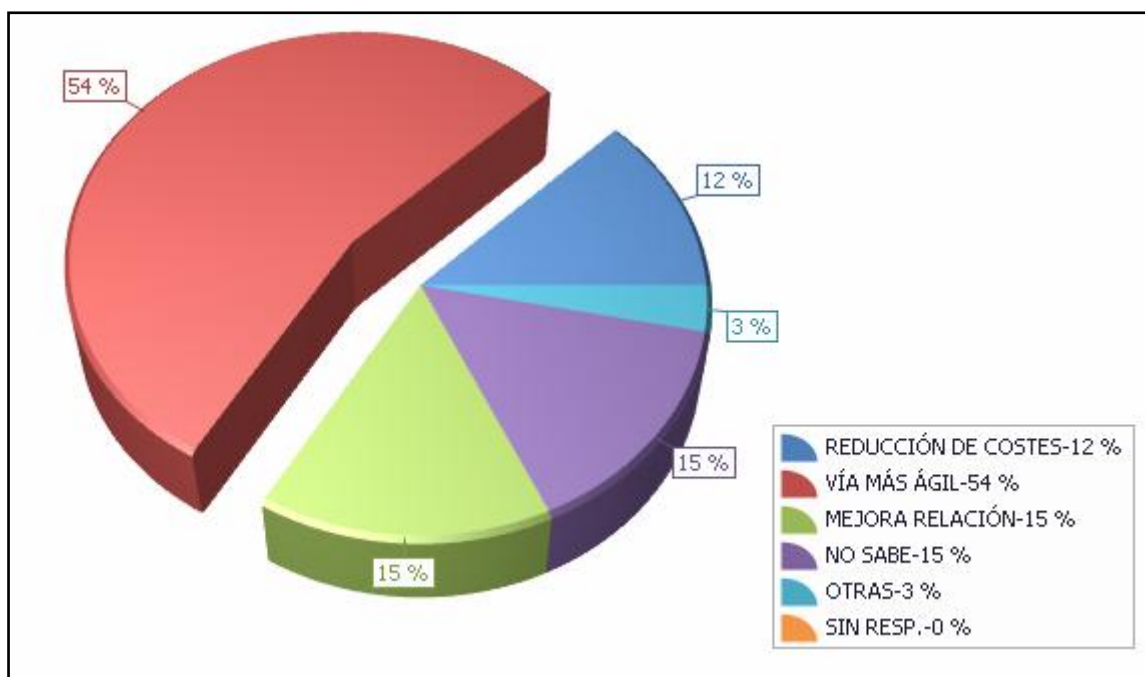


Fig.17 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre las ventajas que ofrece la mediación

La población no jurídica, ve como principal atractivo en la mediación su agilidad, así lo expresa el 54% de los encuestados, un 15% ignora cuál es la ventaja primordial de esta figura, del mismo modo un 15% considera que mejoraría la relación entre las partes, en este caso Administración pública-administrados, un 12% considera que abarataría los costes, sorprende que no depositen en ésta su principal virtud, sobre todo en este momento de crisis económica, un 3 % considera que existen otros atributos.

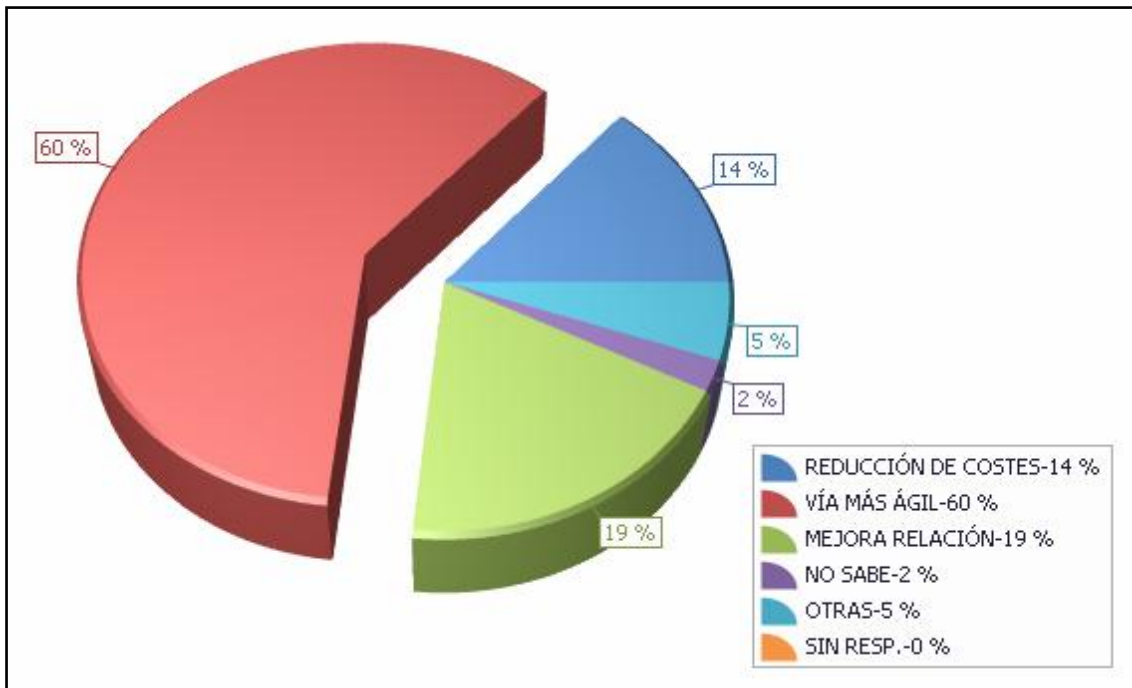


Fig.18 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre las ventajas que ofrece la mediación

Del mismo modo la población jurídica considera que la mayor virtud que la mediación ofrece es su agilidad, así lo manifiestan el 60% de los encuestados, el 19% considera que mejoraría la relación entre las partes frente al 14 % que considera que reduciría costes, un 2% desconoce cuál es la principal ventaja y un 5 % ve en ella otros atractivos.

Si bien el número de respuestas ofrecidas, como se observa en la leyenda, ha sido tasado, lo cierto es que en ambos casos parece que los encuestados perciben como mayor atractivo de la mediación la agilidad en la resolución del conflicto. Respuesta que no deja de sorprendernos, si atendemos a los resultados anteriores sobre el insuficiente conocimiento que parece existir respecto de esta figura. ¿No puede ello reflejar la mayor preocupación que en uno y otro caso tiene el ciudadano y por tanto coincidir la respuesta con las necesidades que la sociedad reclama ante la situación actual de lentitud en la Administración de la Justicia? .

11. ¿Qué inconvenientes encuentra a la mediación?

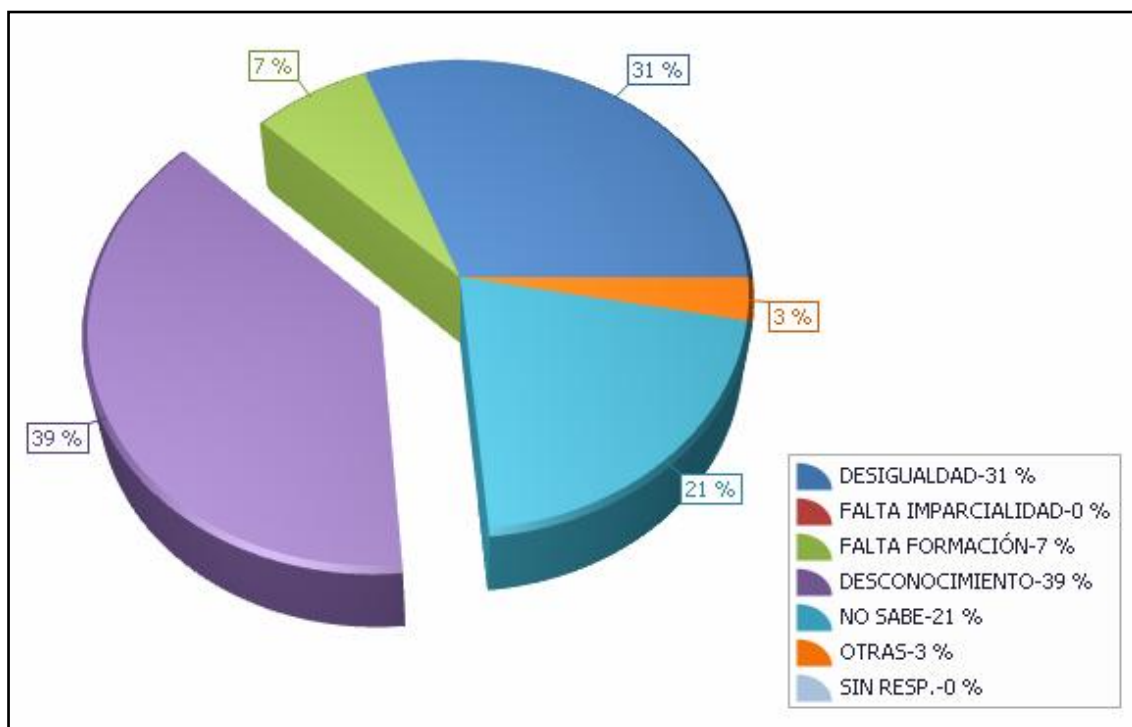


Fig.19 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre los inconvenientes de la mediación

La población no jurídica en un 39% ignora cuál puede ser el mayor inconveniente. En un 31% considera que la desigualdad es el principal problema, pero este inconveniente no deriva de la mediación en sí sino de la singular relación entre las partes en esta parcela del Derecho. El 0% ha respondido que su preocupación sea la imparcialidad, lo que se traduce en una ausencia de desconfianza en el mediador y en la mediación. Al 7% le preocupa la formación que este mediador pueda poseer, a todos nos preocupa la capacitación de los diferentes profesionales a los que hemos de acudir a lo largo de nuestra vida, piénsese en la necesaria capacitación que buscamos cuando de un médico se trata, por ejemplo. Esta capacitación no siempre es fácil de encontrar por lo que se ha de promover la transparencia necesaria para

garantizar al ciudadano la posibilidad de acudir a un mediador debidamente formado, a cuya consecución podría contribuir un Registro obligatorio. Un 21% no ha sabido que responder a esta pregunta, lo que se corresponde con el 15% que manifestó su desconocimiento en la pregunta anterior. Un 3% manifiesta concurrir otros inconvenientes.

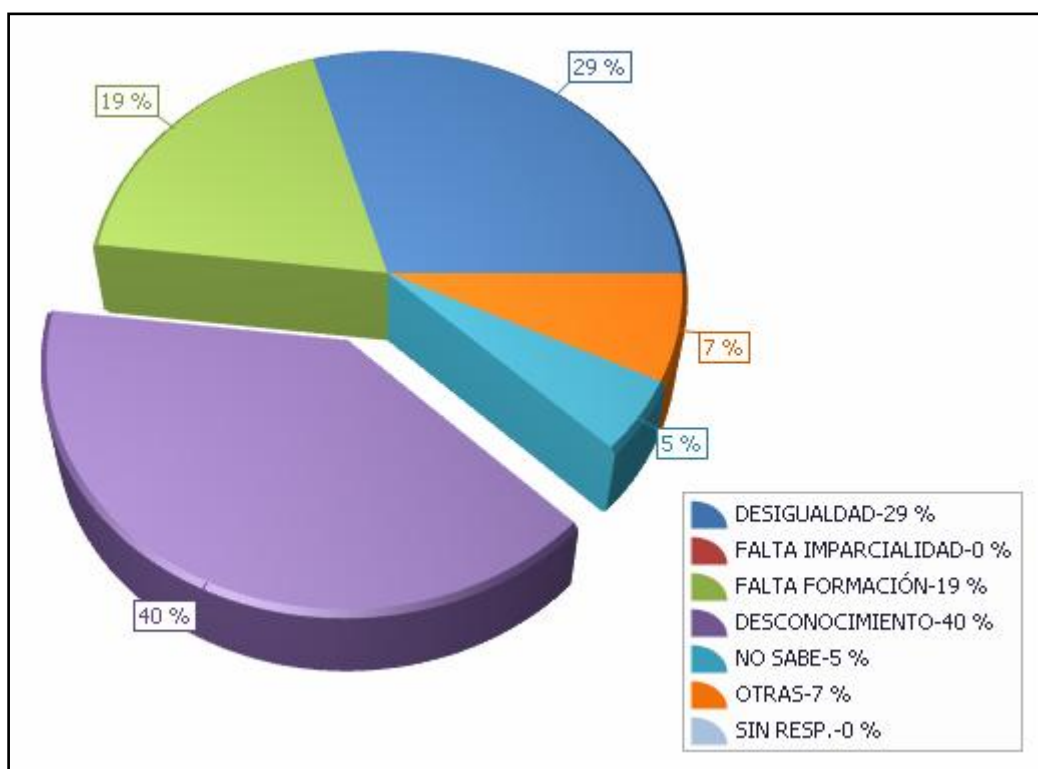


Fig.20 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre los inconvenientes de la mediación

Con una cifra similar a la del sector no jurídico el colectivo jurídico en un 40% afirma ignorar cuál es el principal inconveniente de la mediación, como venimos sosteniendo, es llamativa esta falta de información en el caso de la población jurídica, lo que no deja de constituir una señal de alarma en este sector.

En un 29% la desigualdad entre las partes genera preocupación para este colectivo, por lo que se le ha de concienciar de la necesaria capacitación del mediador que deberá procurar el equilibrio debido entre las mismas. A esta preocupación le sigue muy de cerca con un 19 % la preocupación por la formación del mediador, un 7% encuentra otros impedimentos, frente a un 5% que no sabe que responder a la pregunta formulada. De nuevo a nadie parece preocupar la imparcialidad del mediador.

En consonancia con los datos explotados hasta el momento, parece que el mayor inconveniente es la falta de conocimiento, que podría paliarse con campañas divulgativas e informativas a las que hicimos referencia. Todos formamos parte de una cadena y somos eslabones conectados que debemos transmitir la información o formación que manejamos de forma adecuada para que de ella todos se puedan beneficiar acudiendo a los recursos indicados en el caso concreto.

Este trabajo pretende contribuir en alguna medida, por pequeña que sea, a dar a conocer las oportunidades que la mediación ofrece y animar a todos los operadores competentes a admitir e impulsar la utilización de esta vía de resolución en el marco de los conflictos con la Administración Pública, así como a remover la conciencia del legislador para que, siguiendo los consejos y recomendaciones europeas, regule en debida forma tal posibilidad.

Los resultados demuestran que muy de cerca le sigue la preocupación por la igualdad o equilibrio entre las partes, que el mediador debe procurar. Para lo cual, consideramos que el mediador en esta parcela del ordenamiento debe contar con un conocimiento específico en cuanto al Derecho administrativo y contencioso-administrativo se refiere, además de reunir los requisitos que con carácter general hemos indicado deben concurrir en todo mediador.

12. La desconfianza en la mediación cree que podría disminuir si:

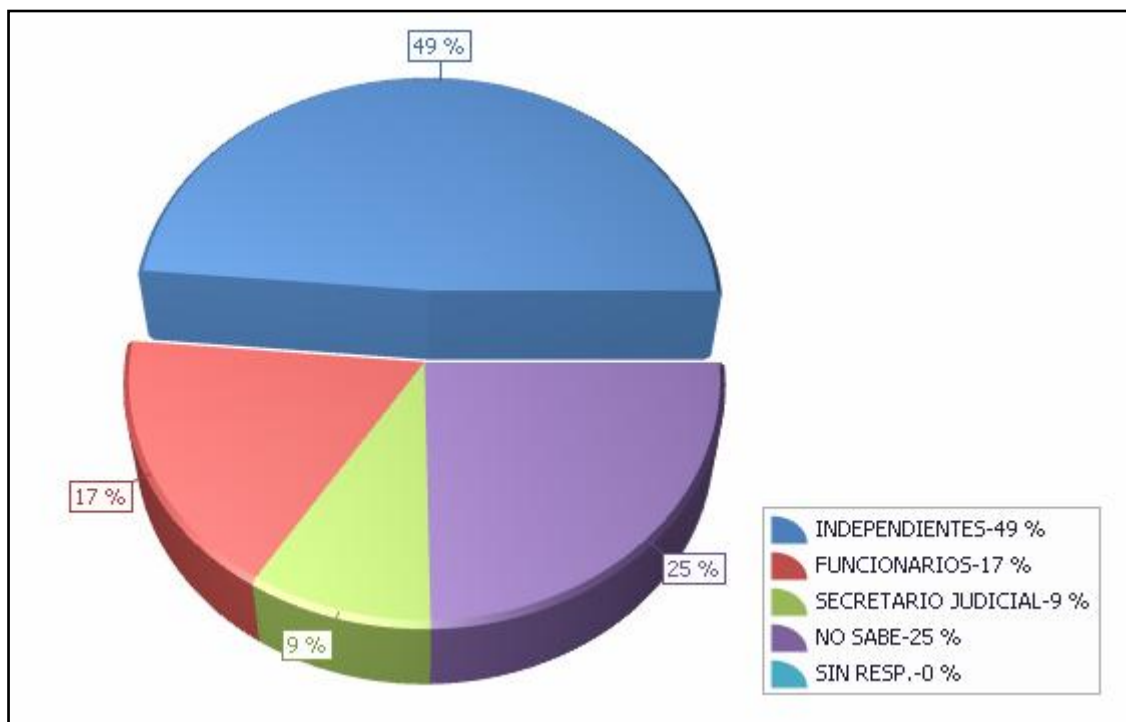


Fig.21 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre cómo podría disminuir la desconfianza en la mediación

El colectivo no jurídico revela en 49 % que esta desconfianza podría paliarse de ser los mediadores independientes, tuvieran una formación suficiente y su calidad fuera controlada, el 25% en armonía con el desconocimiento existente no sabe cómo puede disminuir la desconfianza a que se hizo referencia en la pregunta anterior. El 17% considera que disminuiría si los mediadores fueran funcionarios con una formación suficiente y su calidad fuera controlada, frente al 9% que consideran que lo haría si la mediación se llevará a cabo por el Secretario judicial, figura de la que somos conscientes existe un gran desconocimiento en la población en general, así como sobre las funciones que tiene atribuidas y que difieren, como hemos visto, de las específicas de la mediación.

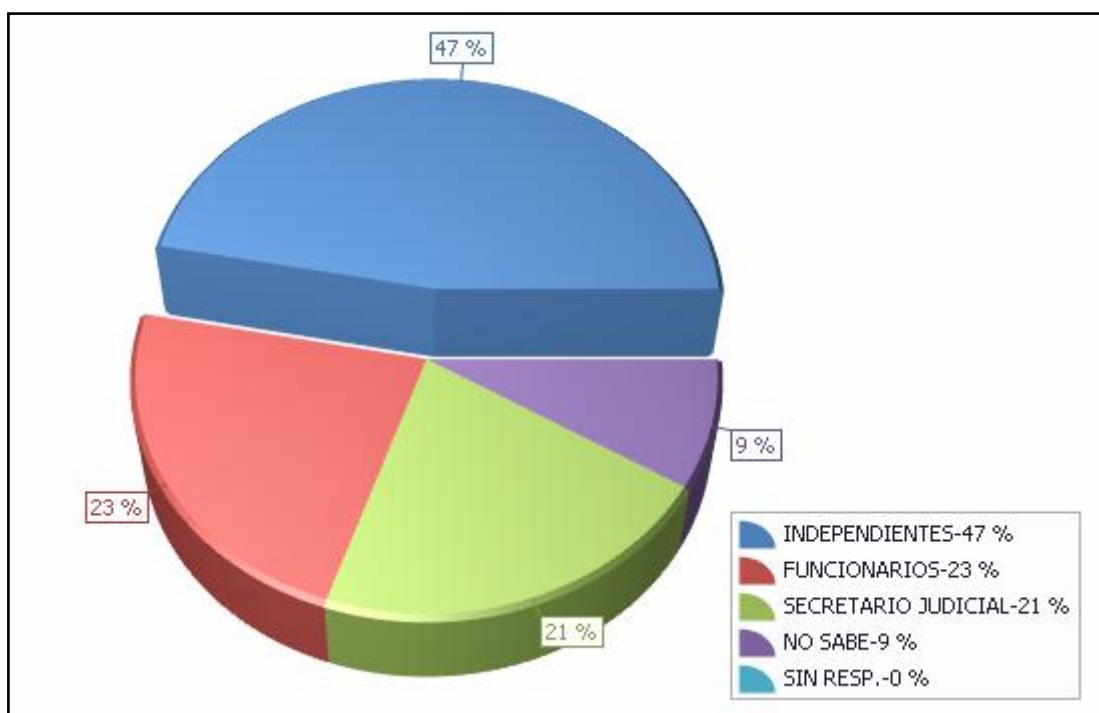


Fig.22 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre cómo podría disminuir la desconfianza en la mediación

Con cifras similares, un 47% el sector jurídico considera que la mejor opción es atribuir el ejercicio de la mediación a profesionales independientes que tuvieran una formación suficiente y su calidad fuera controlada. En este caso, las repuestas en cuanto a la atribución de la mediación entre Secretarios judiciales y resto del personal funcionario es muy similar, un 21% y un 23% respectivamente, lo que puede obedecer a un mayor conocimiento de la figura del Secretario judicial por este colectivo, lo contrario sería también preocupante. Sólo un 9 % no ha sabido que responder a la pregunta indicada.

Las encuestas reflejan en ambos casos una mayor confianza en la mediación ejercida por profesionales independientes que en la que pueda llevarse a cabo a través de funcionarios públicos. La respuesta puede obedecer al reclamo general por salvaguardar el principio de imparcialidad y considerar que, en definitiva, los funcionarios públicos forman parte de la Administración,

lo que constituye una manifestación de un cierto recelo o temor a que la Administración de nuevo ostente un mayor privilegio al contar con mediadores que formen parte de su propia esfera. Lo que por otro lado, implica un desconocimiento de los encuestados sobre lo que la imparcialidad implica y respecto de la que no mostraron preocupación en la consulta anterior, correspondiente a la n°11 del cuestionario.

13. ¿Cuándo considera que es el momento adecuado para acudir a mediación en un conflicto con la Administración Pública?

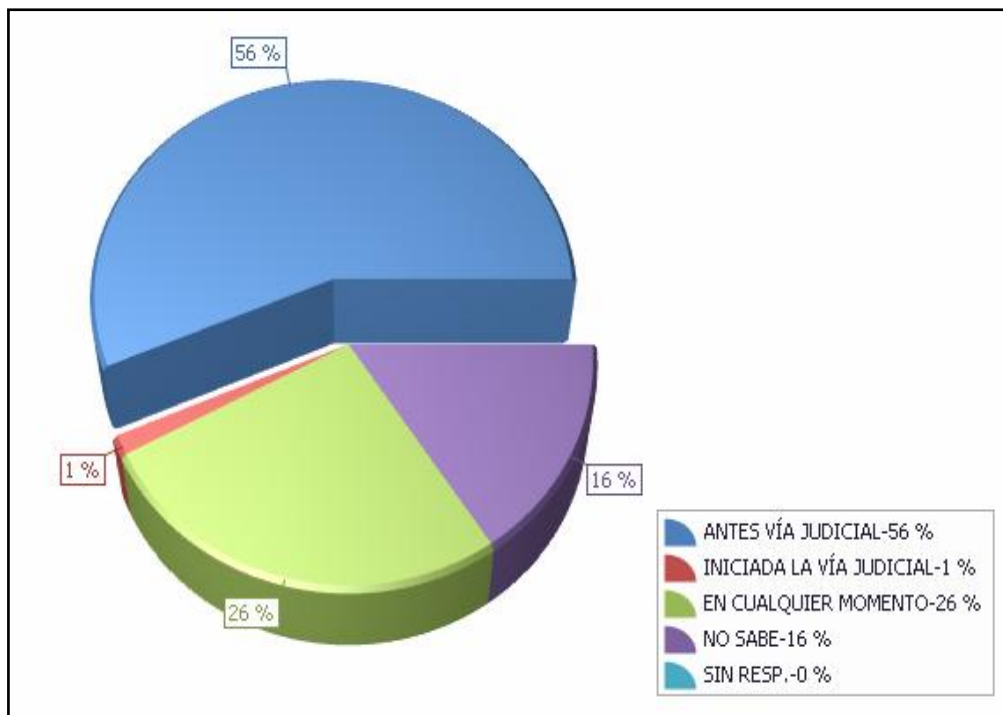


Fig.23 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre el momento adecuado para acudir a mediación

Como respuesta mayoritaria el 56% del sector no jurídico considera que antes de iniciarse la vía judicial, lo que coincide con la muestra de interés en la agilidad que se espera de la mediación y que constituye su máxima preocupación, como se desprende de los datos obtenidos de la décima

pregunta formulada y anteriormente analizada. El 26% considera que cualquier momento sería idóneo para acudir a mediación, lo que concuerda con la predisposición e interés que la sociedad parece tener en esta figura, *a priori* no demasiado conocida. Sólo un 1% entiende que el momento adecuado lo es una vez iniciada la vía judicial, el 16% ignora el momento adecuado. La consulta planteada puede requerir de un cierto conocimiento procesal, por lo que puede que las respuestas de este sector obedezcan más a sus propios deseos.

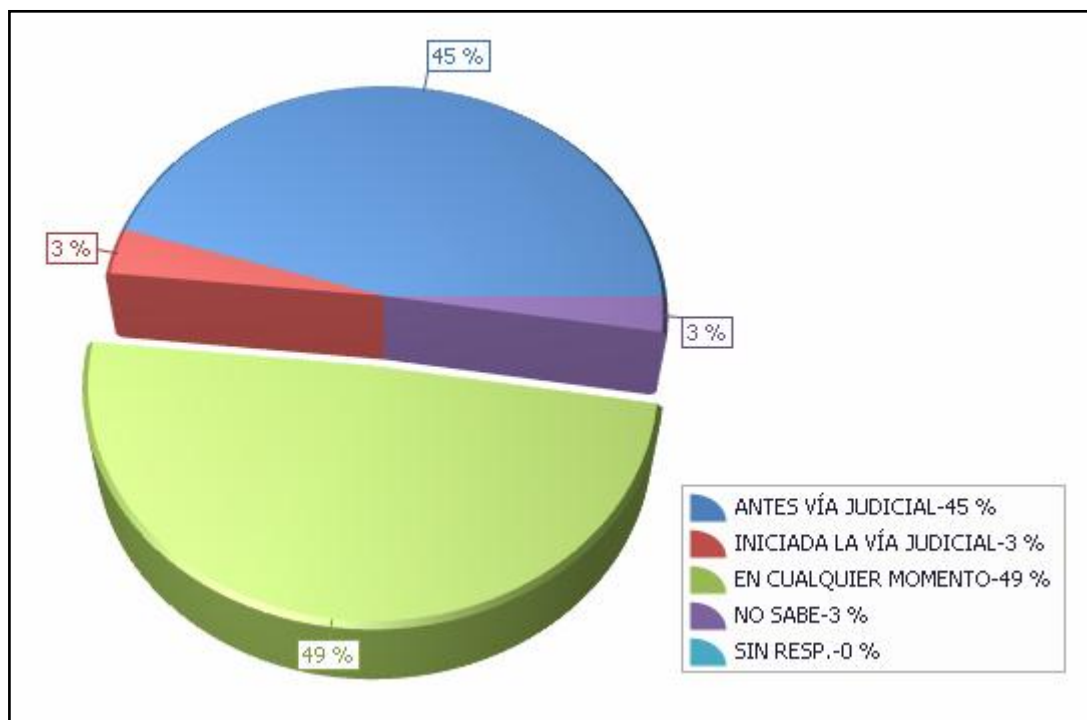


Fig.24 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre el momento adecuado para acudir a mediación

En este caso el conocimiento procesal y jurídico revela, con un 46%, que cualquier momento sería el adecuado para acudir a mediación, muy de cerca le sigue la respuesta de aquellos que con un 45% responden que antes de iniciarse la vía judicial. Un 3% afirma que el momento más indicado es una vez iniciada la vía judicial, lo que sorprende pues su experiencia y conocimiento

debía advertirles del mayor nivel de conflicto en este momento procesal. Del mismo modo un 3% afirma desconocer el momento más adecuado.

A nadie escapan los beneficios (menos desgaste emocional, económico de la relación) de resolver los conflictos cuanto antes, si bien ello no es óbice para que, de no ser posible, se admita dicha oportunidad en cualquier momento ulterior. Esta interpretación armoniza con los resultados explotados y con los argumentos vertidos a lo largo de toda la exposición. Ni ignoramos, que en ocasiones, podría llegar a ser necesario alcanzar una fase avanzada del conflicto para disponer del material y datos necesarios para su resolución, una vez más concluimos en la necesidad de la valoración de las particularidades del conflicto y de lo que le rodea.

14. ¿Ve recomendable que las partes asistan al proceso de mediación por sí solas o acompañadas de un Abogado?

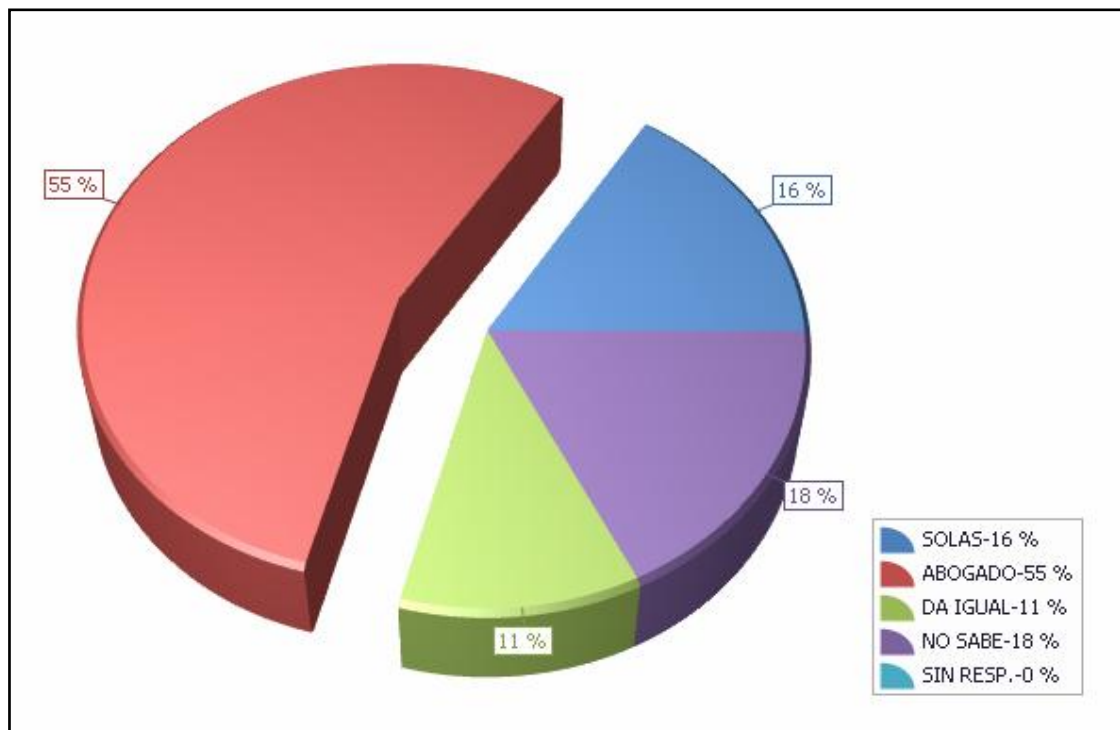


Fig.25 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre si ven recomendable que las partes asistan a mediación acompañadas de un Abogado o solas.

La mayor parte de los ciudadanos, beneficiarios principales de la mediación, manifiestan en un 55% que es oportuno acudir al procedimiento de mediación con Abogado, lo que es reflejo de la confianza que los mismos poseen en la figura de los Letrados y del respeto y autoridad que a los mismos reconocen. Este resultado constituye una manifestación de la seguridad y confianza que a los ciudadanos genera ir acompañado de un Abogado que le pueda auxiliar en su relación con la Administración pública y respecto de la cual se encuentra y percibe estar en una posición inferior.

El 18% ignora cuál sea la mejor manera de acudir a mediación, lo que puede obedecer tanto al desconocimiento del procedimiento de mediación, a la función que en el mismo desempeña cada uno de los agentes, así como puede derivar de la ausencia de conflictos existentes.

Un 16 % considera que sería conveniente acudir por sí mismas, lo que refleja una confianza en su propia posición y quizás el miedo a un mayor coste económico cuanto mayor es el número de intervinientes en la resolución del conflicto, ésta es una de las opiniones complementarias de las que los encuestados nos han hecho conocedores.

Un 11% considera indiferente la participación del Abogado, lo que también puede ser reflejo del desconocimiento del rol de cada operador.

El informe del Parlamento europeo contenía, entre sus conclusiones, respuesta a una de las preguntas formuladas sobre la conveniencia de introducir con carácter obligatorio la presencia del Letrado en la mediación. Los Estados Miembros no consideraron que esta medida pudiera potenciar el recurso a la mediación. En nuestra opinión, ello debe dejarse a la voluntad de las partes, pues de lo contrario caeríamos en el riesgo de revestir a la mediación

de un rigorismo formal y una exigencias que van en contra de su propia naturaleza y principios inspiradores, además de poder incrementar el coste económico, lo que podría producir el efecto contrario al perseguido.

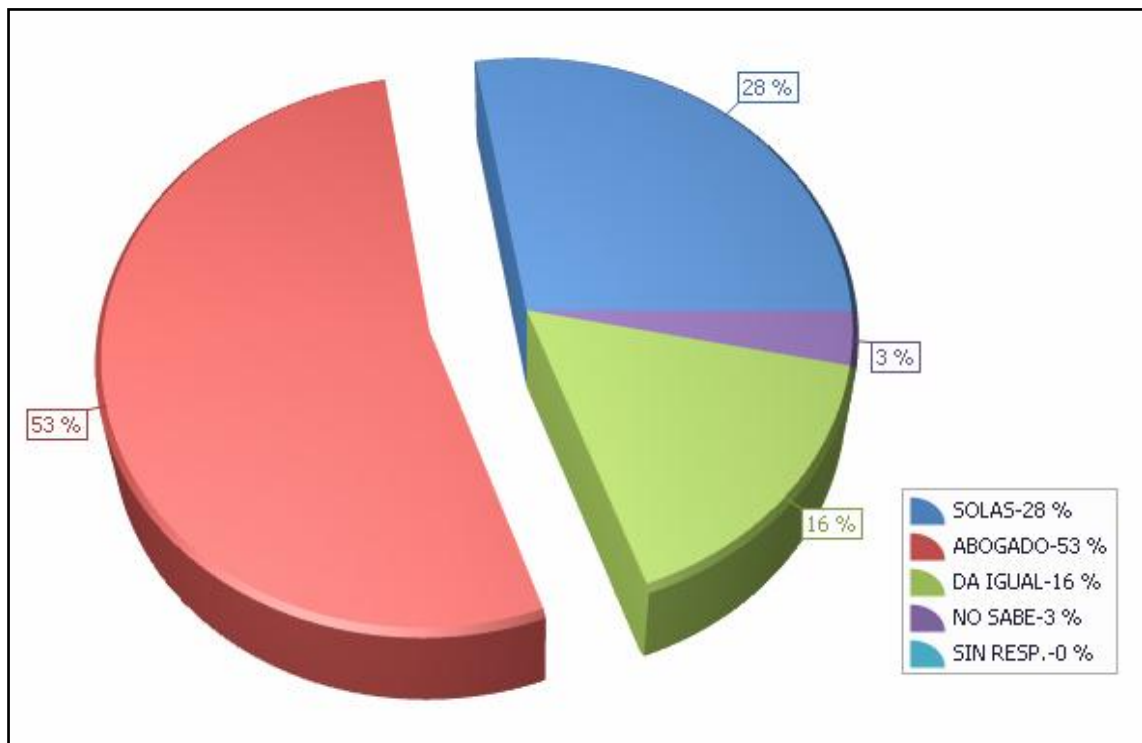


Fig.26 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre si ven recomendable que las partes asistan a mediación acompañadas de un Abogado o solas.

En términos similares el 55% del sector jurídico considera que la presencia de los Abogados es recomendable en este procedimiento de resolución del conflictos, vemos pues que el sector jurídico considera existen ventajas en la presencia de estos profesionales, como puede ser el simple hecho de transmitir confianza en la mediación a sus cliente, a lo que hemos de añadir, las exposiciones vertidas a lo largo de nuestro estudio.

El 28 %, cifra que nos parece elevada, considera que es preferible que las partes asistan solas, esta respuesta se puede corresponder con el

desconocimiento de la relación entre la mediación y la función de los Abogados.

Un 16 % afirma que daría lo mismo, frente a un 3% que manifiesta no saber que responder.

Combinando ambos gráficos, podemos concluir que tanto el sector jurídico como no jurídico, más de la mitad de los encuestados consideran aconsejable la presencia de dichos profesionales, lo cierto es que resulta conveniente la colaboración de los mismos en el procedimiento de mediación y resulta de mucha utilidad en el asesoramiento de sus clientes. Por ello debemos invitar a los Letrados a que reciban una formación suficiente, puesto que juegan un papel importante en el proceso de resolución de conflictos cualquiera que sea la vía utilizada para alcanzar la solución. Deben ser conocedores de las alternativas que la realidad ofrece y asesorar de forma adecuada a sus clientes en la elección de la misma, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

15. Cree que el Servicio de mediación debería ser:

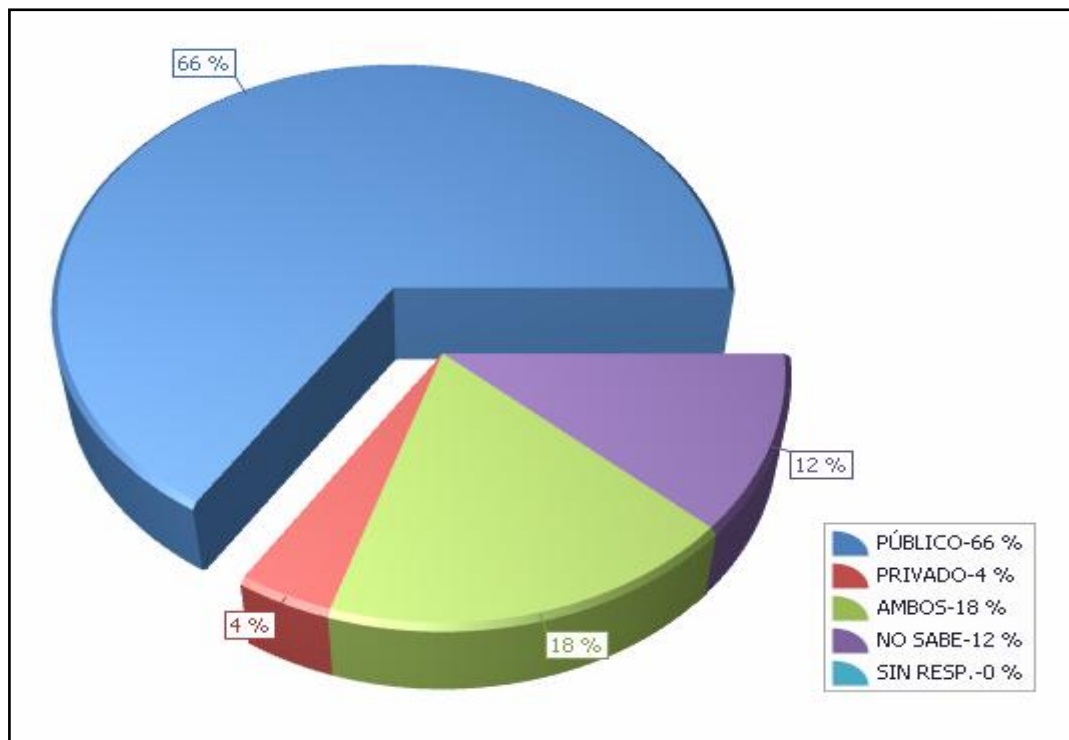


Fig.27 Respuestas correspondientes al sector no jurídico relativa a la pregunta sobre cómo debería ser el servicio de mediación

En el colectivo no jurídico el 66% de la población encuestada considera que debe tratarse de un servicio público, lo que puede obedecer a razones de coste económico, frente al 18% que considera que debe ofrecerse de forma pública y privada, un 4% exclusivamente de forma privada, quizás muestra del recelo o desconfianza hacia lo público o a que la Administración pueda ocupar el papel de parte y decisor, por lo que este porcentaje de encuestados no desea se destine ningún dinero público a la misma. Finalmente un 12% ignora si ha de ofrecerse de forma pública, privada o concederse ambas posibilidades.

Somos partidarios de que cuantas más facilidades y oportunidades se ofrezcan el éxito de la mediación será mayor, lo que armoniza con los principios informadores de la misma. Consideramos que el derecho a la tutela

judicial efectiva engloba, en su caso, el derecho a la mediación, por lo que la asistencia de estos profesionales debe quedar regulada en términos similares a su regulación en el proceso judicial y conceder a las partes la oportunidad de optar tanto por un sistema público como privado.

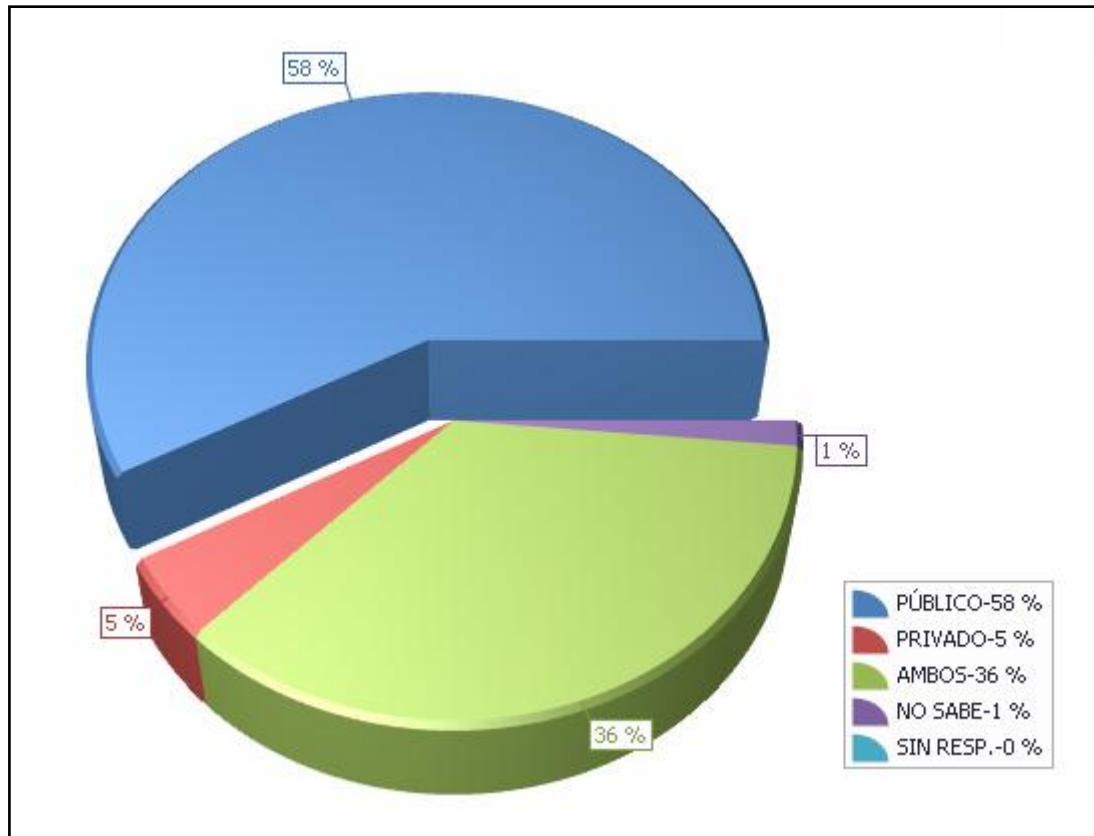


Fig.28 Respuestas correspondientes al sector jurídico relativa a la pregunta sobre cómo debería ser el servicio de mediación

El sector jurídico también parece mostrar un mayor interés porque la mediación se ofrezca como un servicio público, así lo entienden el 58% de los encuestados, el 36% considera que debe darse la posibilidad a los ciudadanos de acudir tanto a un servicio público como privado, el 5% sólo contemplaría su existencia como servicio privado, lo que coincide con la opinión de que el respaldo de las Administraciones públicas es necesario para el éxito de esta

figura de resolución de conflictos. Tan sólo un 1% desconoce cómo se ha de ofrecer este servicio.

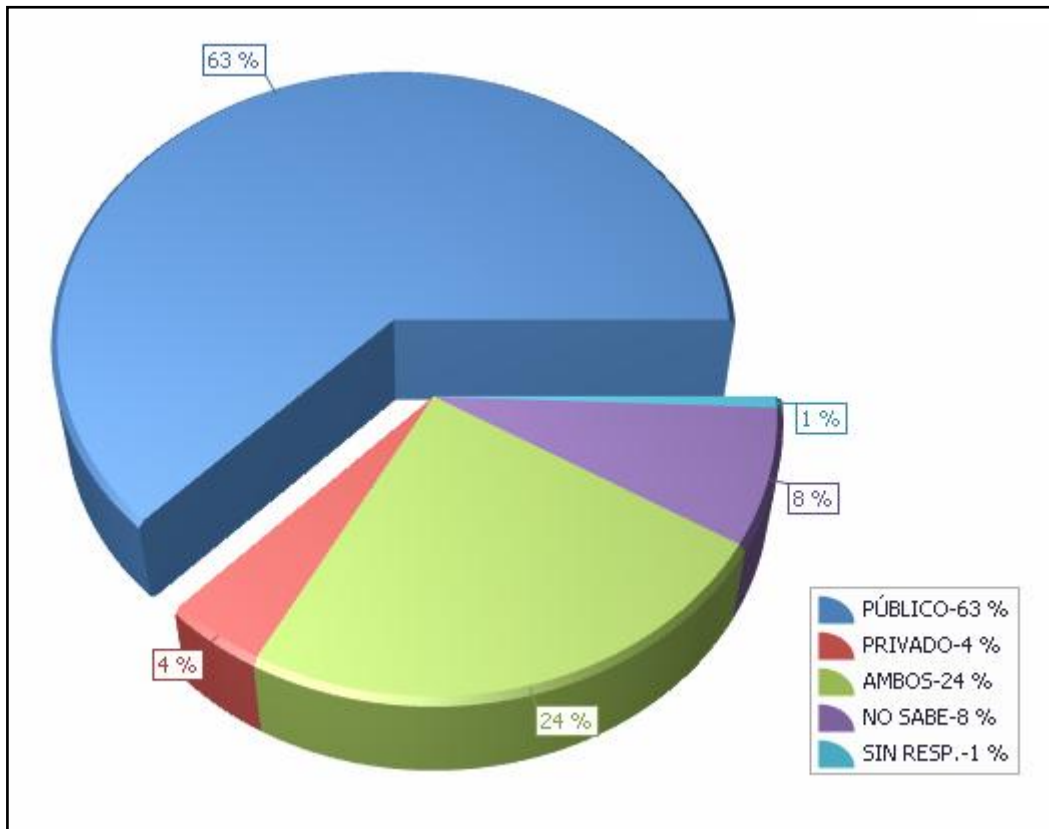


Fig.29 Respuestas correspondientes al sector jurídico y no jurídico relativa a la pregunta sobre cómo debería ser el servicio de mediación

En ambos casos, los resultados reflejan preferencia por un servicio público. La sociedad cada día demuestra una mayor preocupación en proteger y mantener los servicios públicos existentes. Siendo conscientes del momento económico por el que pasamos, queremos manifestar que la prestación de este servicio público puede lograrse sin grandes desembolsos económicos, mediante una adecuada reutilización, reorganización y aprovechamiento de los recursos existentes, así como una incorporación progresiva del mismo. Lo cierto que para no menoscabar ningún derecho de las partes y acorde con el principio de voluntariedad debería residir en las partes la posibilidad de elegir

entre servicio público o privado, sin que nadie quede privado de la posibilidad de acudir a la mediación, de ser el conflicto susceptible de resolución por esta vía.

No cabe duda de que toda o la mayoría de la población desearía resolver de forma pacífica y civilizada sus conflictos y no desde el enfrentamiento o crispación que, a veces, se agrava en la vía judicial.

El conjunto global de las respuestas obtenidas nos permiten concluir que no encontramos con una sociedad deseosa y receptiva por encontrar otras fórmulas que garanticen su derecho a la tutela judicial efectiva, que palien las dificultades que el proceso judicial ofrece.

Nos encontramos con la situación idónea para divulgar, informar e implantar de forma progresiva esta vía de resolución del conflicto, con cautela y con las debidas garantías. Invitamos a las Administraciones públicas a valorar el panorama actual de nuestra sociedad y a esforzarse por seguir en el mismo camino. Demos pues una oportunidad a la mediación como vía de resolución de los conflictos que con la Administración pudieran surgir.

La Administración tiene el deber de atender a las siguientes preguntas ¿Qué demanda la sociedad, cómo se puede dar respuesta a esta demanda social, quien debe proporcionar esa ayuda, quienes están implicados en llevar a cabo los cambios necesarios? La sociedad demanda una Justicia ágil y eficaz que requiere ampliar el concepto de acceso a la Justicia en el que no solo este comprendido el tradicional proceso judicial, sino otras fórmulas de resolución de los conflictos en aras a conseguir la fórmula adecuada en cada caso, entre ellas, la mediación. Si bien todos los operadores jurídicos estamos obligados a conocer su existencia y formarnos en debida forma, lo cierto es que el principal

impulso debe proceder de las propias Administraciones públicas. Sólo de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española quedará debidamente garantizado.

CAPITULO 6. UNA PROPUESTA DE FUTURO PARA LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA

6.1. PROTOCOLO

6.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro objetivo es elaborar una propuesta de pautas de comportamiento para unificar criterios de actuación para el caso de que el legislador finalmente regule la mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo, pero siempre teniendo en cuenta como característica básica, que la dota de protagonismo frente al resto de sistemas autocompositivos, la flexibilidad.

Ello sin olvidar que, como todo Protocolo, es un instrumento abierto y dinámico, que debe ir depurándose y mejorándose con la experiencia que derive de su puesta en práctica.

BRAZIL³⁴⁹ afirma que menos experiencia significa más ignorancia y más ignorancia equivale a más miedo o temor, por lo que apostamos por impulsar experiencias que nos ofrezcan datos con los que implementar de forma adecuada la mediación intrajudicial en este orden jurisdiccional. Este mismo autor aconseja la revisión periódica de los objetivos marcados y de los resultados conseguidos.

³⁴⁹ BRAZIL,W.; “Should Court-Sponsored ADR Survive?”, en *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol.21, nº 2, 2006, págs. 257 y 278.

El desarrollo de este protocolo requiere de un diseño previo en el que se determinen de forma clara los objetivos pretendidos, para ello será necesario contar en su elaboración con todos los agentes implicados (Jueces, Secretarios, Letrados, entre otros). En definitiva apostamos por juntas mixtas que no reuniones independientes de los diferentes colectivos, lo que dará lugar a un protocolo más enriquecido.

Por lo expuesto, sería conveniente implantar un sistema de mediación en el que se contemplasen fórmulas de las cuales tomar indicativos de su calidad, como puedan ser el valorar la satisfacción de las partes a través de las oportunas estadísticas, la realización de auditorías y controles externos de calidad y eficacia de las que puedan derivar sugerencias para desarrollar medidas y actuaciones en orden al perfeccionamiento del sistema de mediación.

Por haber sido objeto de exposición anterior, no nos vamos a detener en los principios, objetivos, ni en las materias susceptibles de derivación, si bien respecto de estas últimas, y teniendo en cuenta el estudio realizado, no vemos ningún problema en empezar con un Proyecto piloto y con una selección tasada de materias a derivar, una vez comprobados los resultados obtenidos, ir extendiendo este Proyecto piloto a una realidad más amplia.

Siempre que se introducen cambios, en especial en el ámbito de la Administración de Justicia por su naturaleza conservadora, resulta necesario vencer numerosos obstáculos y reticencias, por lo que se debe evaluar el impacto y decidir si resulta más conveniente una implantación gradual o de forma integral.

No olvidemos que además de la colaboración ciudadana, en el caso de la mediación intrajudicial hemos de contar con la inestimable participación de todo el aparato judicial (Jueces, Secretarios judiciales, Gestores, Tramitadores,

personal de Auxilio, Ministerio público), que en la actualidad cuenta con una excesiva carga de trabajo, que podría agravarse con cambios bruscos.

Con el objetivo de gestionar el cambio hacia una cultura de paz, lo razonable sería impactar lo menos posible en la realidad de los juzgados e ir paulatíamente ganando la confianza de los agentes implicados para conseguir su entrega, dedicación y colaboración.

De tomarse la decisión de comenzar con una lista limitada de materias, podrían seleccionarse, en un primer momento para derivación, en el Proyecto piloto: los conflictos derivados de contratos, responsabilidad civil y reclamaciones de cantidad, eso sí con ánimo de ir ampliando su ámbito de aplicación en cuanto los medios y circunstancias lo posibilitem y los resultados lo demanden.

Partimos como premisa de una adecuada e imprescindible coordinación entre el servicio de mediación, prestado con carácter general por personal externo y los órganos judiciales, donde el Secretario judicial juega un papel fundamental tanto en esa labor de coordinación como en la de derivación, sobre todo, en el nuevo modelo de oficina judicial.

Teniendo en cuenta la estructura básica a lo que ya hemos hecho referencia en capítulos anteriores, dentro del procedimiento de mediación distinguimos las siguientes fases o etapas³⁵⁰:

6.1.2. SESIÓN INFORMATIVA

³⁵⁰ Otras propuestas: Vid. Guía mediación intrajudicial del CGPJ.

En sede judicial tenemos que hablar de la sesión informativa, todo ello sin perjuicio del deber de información de los profesionales y de la propia decisión de las partes de solicitar directamente acudir al servicio de mediación o de la posibilidad de instar de oficio a las partes que sometan el asunto a mediación en cualquier momento, cuando concurren los requisitos adecuados.

Como dijimos esta sesión informativa constituye una vía para dar a conocer la mediación y por ello apostamos por su carácter obligatorio. Se trataría, en definitiva, de configurar la sesión informativa como un presupuesto procesal para hacer efectivo el derecho a la información de los ciudadanos y, en este caso concreto, de dar conocer una vía más adecuada para la resolución del conflicto y garantizar el acceso a la justicia en su sentido más amplio.

El Secretario judicial, será el encargado, en un primer momento, de valorar si en el conflicto concurren las circunstancias que lo hagan derivable y en su caso, deberá dictar un decreto en el que acordará la iniciación de la sesión y señalará el día y hora en que han de comparecer, advirtiendo de las consecuencias que deriven de su posible incomparecencia. Este modelo de derivación escrita reviste de autoridad y formalidad a todo el procedimiento de mediación.

Somos conscientes de que en ocasiones la información proporcionada en un momento inicial no será suficiente para valorar si la mediación constituye la mejor opción para la resolución del conflicto, por ello consideramos que la derivación podría producirse en cualquier fase procesal y no sólo al principio.

Del mismo modo, el Secretario designará, de la lista que obre en el órgano judicial, el mediador que corresponda, a quien comunicará su designación y acordará su citación. En cuanto al señalamiento deberá procurar la debida

coordinación entre el órgano judicial y el servicio de mediación, para lo cual sería de utilidad la creación de agendas únicas informáticas entre los Juzgados y el Servicio de Mediación. Como ya manifestamos y, en cuanto las posibilidades lo permitan, sería deseable que el mediador fuera designado de forma conjunta con las partes de entre los ofrecidos por el órgano judicial y atendiendo a las características concretas del conflicto y de preparación o formación del mediador.

Es importante que la sesión informativa se celebre lo antes posible y, de ser factible en la sede de los Juzgados en un espacio que al efecto se determine.

En esta sesión informativa el Secretario informará sobre los principios rectores de la mediación, sobre el procedimiento de mediación, las consecuencias jurídicas derivadas del procedimiento de mediación, tanto para el caso de que termine con acuerdo, sin acuerdo o con acuerdo parcial. Todo ello sin perjuicio de las observaciones o explicaciones que el mediador estime oportunas efectuar y de las preguntas que las partes puedan formular a uno u otro. El hecho de que esta información sea proporcionado por el Secretario judicial y desde la sede judicial le dota de una cierta autoridad y constituye una muestra del interés del órgano judicial por conseguir una justicia eficaz y de calidad sobre la base de una información previa y adecuada.

Es aconsejable que las partes acudan con sus respectivos Letrados, en el caso de la Administración, además debería acudir el técnico en virtud de cuyo informe se ha ya dictado la resolución administrativa impugnada, con la finalidad de facilitar el diálogo y la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

En el caso de que las partes manifiesten su voluntad inequívoca de someterse a mediación deberá dejarse constancia por escrito, y en este caso el Secretario de nuevo deberá dictar la correspondiente resolución donde deberá fijar el plazo del que las partes disponen para resolver el conflicto, atendiendo a la naturaleza y complejidad del mismo. En la misma resolución deberá pronunciarse sobre la necesidad o no de suspender las actuaciones, suspensión que no creemos necesaria en todo caso y que requerirá de un valoración de las circunstancias concurrentes.

6.1.3. SESIÓN CONSTITUTIVA

Esta se celebrará ya sólo con la presencia de las partes y el mediador o mediadores. De forma similar a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 5/2012, para el orden civil y mercantil, en ella se dejará constancia de:

- Identificación de las partes.
- La designación del mediador.
- El objeto del conflicto que se somete a mediación.
- Programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento de mediación.
- Información de los costes de la mediación.
- Declaración voluntaria de las partes de someterse a mediación y asumir las obligaciones correspondientes.
- Lugar de celebración y lengua del procedimiento.

De la sesión constitutiva será levantada un acta en el que se consignarán todos estos extremos, siendo necesario que se expida copia para las partes, el órgano judicial y el original obre en poder del mediador³⁵¹.

³⁵¹ Sin perjuicio de que implantado el expediente electrónico se observe lo establecido en la Ley 11/2007 y en la Ley 18/2011.

6.1.4. DESARROLLO DE SESIONES DE MEDIACIÓN

Su dirección corresponde al mediador o institución de mediación quien deberá, con carácter previo, efectuar una evaluación del conflicto para diseñar la estrategia adecuada al caso concreto y para cada sesión, para lo cual tendrá absoluta libertad, siempre que sea respetuoso con los principios propios de la mediación.

Somos partidarios de no establecer un límite en cuanto a la duración de cada una de las sesiones, pues podrá variar en atención de la naturaleza del conflicto o de las necesidades de las partes y del propio mediador.

La fecha y hora de cada sesión de mediación se pactará con las partes para adecuarlo a la disponibilidad de todos los intervinientes.

Cada una de las sesiones se documentará en el acta correspondiente, entendemos que en cualesquiera de las formas previstas en el artículo 63 de la LJCA y será necesario que su resultado se comuniqué al órgano judicial ya sea personalmente o por medios telemáticos que deberán revestir los necesarios requisitos de seguridad.

Concluido el procedimiento de mediación deberá solicitarse a las partes que rellenen un cuestionario de satisfacción a los efectos de control de calidad y de efectuar las adaptaciones o mejoras oportunas. De la cumplimentación del mismo deberá hacerse cargo el mediador o institución de mediación, que facilitará los datos necesarios cuando el órgano judicial lo solicite o cualesquiera órganos competentes en materia de inspección, ya sea el CGPJ o el Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

6.1.5. RESULTADO DE LA MEDIACIÓN

Los resultados pueden ser:

- Que las partes hayan llegado a un acuerdo total, en cuyo caso se firmará por triplicado, recibiendo cada parte una copia y la tercera para el equipo de mediación. Será necesario que las partes sometan el acuerdo a la oportuna homologación judicial. Si el órgano judicial no considera la posibilidad de homologar el acuerdo lo pondrá en conocimiento de las partes para que procedan a su corrección material o, en el caso de motivos de fondo, acudan de nuevo a mediación, en esto radica el efectivo control judicial en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Que las partes hayan llegado a un acuerdo parcial, en cuyo caso se reanudará el proceso contencioso respecto a las cuestiones no consensuadas.
- De no haber acuerdo, se reanudará el proceso judicial en la fase en que se encontrase, de haberse acordado la suspensión.

Una vez terminado el procedimiento de mediación se procederá a la devolución a las partes de la documentación aportada, salvo la que no fuera objeto de devolución que conservará el mediador con el debido respeto a la normativa sobre protección de datos y durante el plazo de un año. Respecto de este plazo, somos conocedores de que existen otras propuestas de conservación con plazos más breves, sin embargo ante la posibilidad de que las partes puedan acudir a mediación de nuevo consideramos más razonable establecer como mínimo este plazo.

Vemos pues que el Secretario judicial realiza una importante tarea de coordinación, entre el servicio de mediación, las partes y el órgano judicial,

también ocupa un papel destacado en la derivación de los conflictos y vela por la adecuada tramitación del proceso jurisdiccional y su integración con el procedimiento de mediación, residiendo en el mediador o institución de mediación la labor de dirigir el procedimiento, a las partes la decisión de su conflicto y al juzgador el control y homologación del acuerdo alcanzado.

No es posible descender más al detalle de los trámites concretos en que la mediación se relacionaría con el proceso judicial, por tener esta un carácter asíncrono y por su naturaleza flexible.

Es importante controlar y evaluar los resultados alcanzados con los Proyectos pilotos para ampliar su ámbito de aplicación y con los datos e información obtenidos ganar la confianza de los diferentes operadores, pues sólo demostrando resultados podemos conseguir el apoyo e impulso deseado.

6.2. MODELO DE SERVICIO DE MEDIACIÓN

Sostenemos que el marco adecuado para el servicio de mediación intrajudicial es el correspondiente al modelo de Oficina judicial, previsto en los artículos 435 a 438 de la LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Como expusimos, la Ley 19/2003, sentó las bases de un nuevo modelo organizativo que trataba de dar respuesta a la necesidad de dotar a nuestro sistema de justicia de unos métodos de trabajo y de una organización ágil, transparente, responsable, plenamente conforme a los valores constitucionales y ajustados a las necesidades de sus ciudadanos.

Como consecuencia de ello se abordó una nueva estructura organizativa cuyo elemento básico es la unidad constituida en las unidades procesales de

apoyo directo (que asumen la tramitación de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tengan atribuidos legalmente los jueces y Tribunales asistiéndolos mediante la realización de las actuaciones precisas para el eficaz cumplimiento de la función jurisdiccional) y los servicios comunes procesales (que bajo la dirección de los Secretarios Judiciales asumen labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales) para lograr una mayor eficiencia y optimización de los recursos personales y materiales existentes.

Con este modelo se pretende reestructurar la organización judicial convirtiéndola en “una organización instrumental” al servicio de la Administración de Justicia, una organización que sirva de medio para lograr una Justicia de mayor calidad para el ciudadano y en la que resulta pieza esencial la figura del Secretario judicial, descargando así de determinadas tareas al Juez o Magistrado decisor.

Conforme a lo establecido en el artículo 436 el diseño de la Oficina judicial será flexible. El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales. Las Salas de gobierno y las Juntas de jueces podrán solicitar al Ministerio y a las comunidades autónomas la creación de servicios comunes, conforme a las específicas necesidades.

El artículo 438.3 regula como servicios comunes procesales aquellos con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria, sin que para su creación por parte de la Administración competente sea preciso obtener el previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial. La dotación de los servicios comunes procesales será adecuada a sus funciones y a las características y necesidades concretas de los órganos judiciales a los que

sirva y se ordenará en los términos que se determinan en las relaciones de puestos de trabajo.

La Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determina la estructura y se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial concretó los servicios procesales en número de tres: General, de Ordenación del Procedimiento y de Ejecución. Sin embargo, la Ley no limita la eventual creación de nuevos servicios, lo que no impide que se creen nuevos servicios como podría ser el de mediación intrajudicial³⁵².

En consonancia con lo expuesto, entre las previsiones contenidas en el Anteproyecto de ley orgánica del Poder judicial, en su artículo 297 a propósito de la regulación de los servicios comunes, contempla la posibilidad de creación de servicios comunes encaminados al ejercicio de la función mediadora³⁵³.

En razón de la actividad concreta que realicen, los servicios comunes procesales, podrán estructurarse en secciones, a las que se dotará de los correspondientes puestos de trabajo y éstas, a su vez, si el servicio lo requiere, en equipos.

Tal como hemos indicado en este modelo al Secretario judicial se le atribuyen nuevas funciones procesales y se potencian sus capacidades profesionales, así se configura como un Cuerpo Superior Jurídico, único, de

³⁵² En estos momentos asistimos a la puesta en marcha de la denominada Unidad de Mediación intrajudicial de Murcia, orgánicamente integrada en el servicio común Procesal General de la capital, y que aspira a constituirse como experiencia de referencia que contribuya a desarrollar dentro de la Administración de Justicia española un modelo de instalación y despliegue de servicios integrales de mediación intrajudicial, tal y como reza en la pág. 3 del Manual operativo de la Unidad de Mediación intrajudicial de Murcia.

³⁵³ Conforme a la redacción aprobada por el Gobierno el pasado 3 de abril de 2014.

carácter nacional y ordenado jerárquicamente para lograr mayor eficacia en la prestación del servicio. Asumen funciones de dirección técnico procesal a través de la organización, gestión, inspección y dirección del personal al servicio de la Administración de Justicia, haciendo cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que les es propio las órdenes e instrucciones que reciban de sus superiores.

El prototipo de Oficina judicial descrito en la Ley requiere de una tramitación electrónica de los procedimientos. Este es uno de los principales escollos con los que nos hemos encontrado en el momento de su implantación, pues no ha ido acompañado del expediente electrónico³⁵⁴, lo que permitiría la itineración del procedimiento entre las unidades de apoyo y los diferentes servicios, por el contrario, la situación ha dado lugar a un enorme trasiego de papel, dilaciones indebidas, un aumento del riesgo de pérdida de la documentación y menor control de la misma.

Partimos, por tanto, de la base de que la circunstancia idónea sería que estuviera implantada el nuevo modelo de oficina judicial con un tramitación electrónica de los expedientes, cuya configuración concreta dependerá de las necesidades del lugar.

Lo cierto es que dentro de este modelo organizativo apostamos por la creación de una sección, equipo o unidad dentro del servicio común de ordenación del procedimiento, por ser el lugar donde se procede a la calificación de la demanda, dirigido por un Secretario judicial, asistido del número de funcionarios que fuera necesario, en el que con el objetivo de acercar la justicia al ciudadano, sirvan de soporte para la asistencia y orientación de los ciudadanos a la hora de decantarse por una u otra opción de

³⁵⁴ A salvo el expediente judicial electrónico implantado en los Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

resolución de los conflictos y dando con ello forma al modelo de “Tribunales multipuertas” propio de los ordenamientos jurídicos modernos.

El Tribunal multipuertas tuvo su origen hace aproximadamente 40 años en los EEUU donde ha demostrado sobradamente su eficacia, se debe al profesor FRANK SANDER de la Universidad de Harvard, al que ya hicimos referencia, quien parte de la realidad de que existen varios métodos de resolución de conflictos y propuso la idea de un Tribunal con múltiples puertas o programas de resolución en el que los casos serían atendidos, analizados, calificados a través de la puerta apropiada o derivados fuera de los Tribunales, para ser sometidos a mediación, arbitraje, mini- trial, etc.

Invitamos al lector a la reflexión, ¿no podría realizar esa tarea en nuestro ordenamiento jurídico y dentro del marco del nuevo modelo de oficina judicial, un servicio común, sección o unidad dirigido/a por un Secretario judicial, donde se realizará el análisis y remisión a la vía adecuada de resolución del conflicto superada la fase extrajudicial y sin perjuicio de las facultades de asesoramiento previo de otros profesionales como Abogados y Procuradores?.

Este sistema contribuiría a dotar de efectividad a la Administración de justicia en su conjunto, mediante la racionalización de los medios existentes, por lo que será conveniente planificar un programa concreto de implementación con una evaluación previa y realista de los recursos reales.

BRAZIL³⁵⁵, a propósito de los programas de ADR conectados con los Tribunales, afirma que se han ganado el respeto gratitud de la gente y que dichos programas deben ser ofrecidos por todos los Estados democráticos.

³⁵⁵ BRAZIL,W.; “Should Court-Sponsored ADR Survive?”, en *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol.21, nº 2, 2006, pág. 252.

Es necesario, una transformación cultural de todos los agentes implicados para su implantación en España, si bien resulta llamativo que, pese al acercamiento de tiempo y espacio que las nuevas tecnologías proporcionan, aún medie una diferencia de 40 años con respecto a estos países en cuanto a los sistemas de resolución de conflictos.

Respecto al modelo propuesto, el personal destinado en esta, sección, equipo o unidad debería tener la suficiente capacitación y formación para llevar a cabo las funciones que le son propias.

Nos parece reseñable la referencia al contenido de la formación que el personal judicial debería poseer según Mc DOO y WELSH ³⁵⁶: conocer los diferentes sistemas de resolución de conflictos, las herramientas necesarias para la derivación y selección del momento adecuado para derivar, las diferencias entre las técnicas de mediación, entre otras.

Aunque un posible lugar para ubicar esta sección, equipo o unidad sería en el servicio común de ordenación del procedimiento, por ser donde se lleva a cabo el examen formal de la demanda por el Secretario judicial, nada obsta para que se constituya en el servicio común general, máxime en este orden jurisdiccional donde ya ha habido una actuación administrativa previa y ello en armonía con lo manifestado hasta ahora de que cuanto antes se inicie la posible solución del conflicto mayores posibilidades de acuerdo existirán, salvo que las circunstancias concurrentes exigieran otra cosa, lo que no impediría que la derivación se produjera en un momento ulterior.

³⁵⁶ Mc DOO, B. y WELSH, N.; “ Court- Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficiency Resolution, and the Experience of Justice”, en *ADR Handbook for Judges*, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, pág.13.

Vemos pues que la nota de flexibilidad del modelo de oficina judicial introducido en la LOPJ armoniza perfectamente con la nota de flexibilidad que el procedimiento de mediación requiere.

El Secretario judicial y el resto de personal funcionario destinado en esta sección, equipo o unidad en el caso de la mediación, contará con personal externo que desarrollara la labor mediadora.

El Secretario judicial director de esta sección, equipo o unidad, además de asesorar al ciudadano sobre la vía más adecuada de resolución del mismo, en relación con la mediación, procederá a la identificación de los asuntos a derivar a mediación, deberá acudir a la sesión informativa, llevar a cabo la coordinación necesaria con el resto de servicios y unidades de la totalidad de los órganos judiciales, así como con los mediadores, procurando la correcta prestación del servicio e impartiendo las instrucciones oportunas, llevará a cabo el control y evaluación del área de mediación con el auxilio del servicio de mediación y personal a su cargo, se encargará de la pre-selección de los mediadores y velará por la comunicación adecuada con los órganos judiciales correspondientes. Además podría tener atribuida la tarea de seguimiento de la mediación, en colaboración con el resto de agentes.

El resto de personal destinado en este servicio o sección dará soporte al Secretario judicial en la organización y funcionamiento del mismo, debiendo atender a las instrucciones que éste imparta.

Los equipos de mediación, estarán sujetos a la dirección del Secretario judicial en lo que respecta a la organización del servicio y su integración con el sistema judicial, si bien tendrá libertad para organizar el modo en que se desarrollará cada una de las sesiones de mediación, que deberán adaptar a las circunstancias de cada caso concreto.

La evaluación del servicio de mediación y su adecuada integración con el proceso judicial es imprescindible para lograr el cambio cultural necesario que dé cabida a la mediación en nuestro ordenamiento jurídico en toda su amplitud.

Esta evaluación en un primer momento no deberá basarse en el número de casos resueltos sino en la efectividad y satisfacción en la forma de solución del conflicto, sólo cuando transcurra el tiempo necesario para su implantación, podremos valorar su éxito en atención a los números alcanzados.

El éxito de un buen servicio de mediación requiere de los medios personales y materiales adecuados y sobre todo de la implicación, convencimiento y motivación del personal en él destinado. Si bien la financiación es importante, en momento como estos de enorme dificultad económica, hemos de buscar soluciones creativas que no afecten a la calidad del servicio ofrecido.

MACHTELD³⁵⁷ advierte de la importancia de diseñar un buen proyecto antes de implementar un servicio de mediación, para lo que será necesario tener claros los resultados perseguidos, a corto y largo plazo y los medios disponibles para su implantación. Insistimos que los resultados perseguidos deben ser siempre realistas a las condiciones existentes.

Los factores que convierten en eficiente un servicio de mediación, según esta autora-mediadora³⁵⁸, son:

- Información interna y externa de la mediación.
- Derivación de calidad.
- Organización adecuada.

³⁵⁷Vid. MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, *Sdu Uitgevers*, 2008, págs. 85-88.

³⁵⁸ *Ibidem* pág. 88.

- Calidad técnica de la mediación, basada en la experiencia, formación y profesionalidad de los mediadores.

MARTÍNEZ TRISTÁN, afirma que en puridad, la eficacia nada tiene que ver con el número de recursos que se recibe en un tribunal, sino que afecta, generalmente a problemas organizativos y a la escasez o mala gestión de los medios con que se cuenta, carencias proverbiales de la Administración de Justicia³⁵⁹.

³⁵⁹ MARTÍNEZ TRISTÁN, F.G., *Sistema de recursos en la jurisdicción...*, ob. cit., págs..7-8.

CONCLUSIONES

- I. Hemos anunciado que la Administración de Justicia, desde hace algún tiempo, proyecta una imagen negativa en la sociedad, debemos recobrar la confianza que en épocas pasadas el ciudadano depositaba en ella, lo que sólo puede conseguirse dando respuesta a las necesidades que la sociedad reclama. Apostamos por dar una respuesta social desde el diálogo pacífico y la más estricta observancia a la legalidad.

- II. La situación actual de la Administración de Justicia demanda las reformas, legislativas y no legislativas necesarias, para conseguir una Justicia ágil, eficaz y de calidad de forma homogénea en todo el territorio nacional, entre ellas, resulta necesario potenciar los diferentes sistemas alternativos y complementarios de resolución de conflictos. Sistemas que en cuanto que complementarios del proceso judicial no excluyen el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Carta Magna, sino que quedan englobados en el mismo.

- III. En esta línea, el sistema administrativo español debe seguir los pasos tanto del Consejo de Europa como del Parlamento europeo, los cuales están mostrando un enorme interés en fomentar la mediación y su adecuado equilibrio con el proceso judicial en aras a conseguir una Justicia de calidad.

- IV. Defendemos una acepción amplia de acceso a la Justicia, pues ésta no sólo comprende el derecho de acceso al proceso judicial, sino cualesquiera otras fórmulas alternativas de resolución del conflicto siempre que sea adecuada a éste, entre ellas, la mediación, pues no hay mayor equidad que la que se consigue a través del

procedimiento de mediación en el que las partes tienen el poder de decisión sobre su conflicto o disputa.

- V. Una de las cualidades más atractivas para acudir a mediación es la flexibilidad del procedimiento, que le permite adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Esta característica debe darse a conocer para potenciar el uso de la mediación.
- VI. Pero además, la realidad social del momento nos lleva también a recurrir a las ventajas que las TIC's (Tecnologías de la información y comunicación) ofrecen, por lo que es necesario, no sólo en España sino en todo el territorio de la Unión, impulsar la mediación a través de medios electrónicos, que deben ser respetuosos en todo caso con la normativa de protección de datos y de seguridad informática, así como los principios básicos de la mediación.
- VII. Todos los profesionales del Derecho tenemos el deber de conocer los diferentes instrumentos para la resolución de los conflictos y ayudar al ciudadano, mediante la información adecuada, a encontrar la fórmula idónea para la resolución del mismo, entre las que se encuentra la mediación. Por ello, instamos a los diferentes operadores jurídicos para que promuevan la utilización de esta figura alternativa de resolución sobre la base de una formación previa.
- VIII. Resulta necesario impulsar una gestión del cambio mediante una campaña de divulgación y difusión adecuada de la mediación, con la colaboración de la propia Administración pública, a la que hay que hacer partícipe de las ventajas que la mediación ofrece. Y por lo que respecta a la mediación intrajudicial además será absolutamente necesario contar con la colaboración de todo el aparato judicial en los términos expuestos.

- IX. El legislador español ha ido reconociendo de forma progresiva la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, así en el orden civil o social, sin embargo es necesario un mayor empeño que posibilite su utilización en otras ramas del ordenamiento jurídico, como en el orden contencioso-administrativo, al amparo de la propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. A corto plazo, sería aconsejable que se incorporase una adecuada referencia a la mediación en la futura Ley de eficiencia en el funcionamiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto que la mediación puede contribuir a la consecución de sus objetivos.
- X. Las necesidades de la sociedad deben marcar el ritmo de las reformas legales.
- XI. Los datos evidencian que la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, debe modificarse para reducir las trabas que nos encontramos en este orden jurisdiccional que no se ha conseguido con las últimas reformas y que se traducen en un alto volumen de asuntos pendientes en los Tribunales y en una desconfianza para el ciudadano, que acentúa su sensación de inferioridad con respecto a la Administración pública.
- XII. Debemos transmitir confianza a los administrados sobre la viabilidad de la mediación, insistiendo en la menor injerencia de la Administración en el curso de la negociación y promoviendo la transparencia. La mediación puede contribuir a mejorar la confianza del ciudadano en la Administración pública, en la medida en que se vea representado en sus actuaciones a través de la participación, lo que procurará un mayor equilibrio entre las partes enfrentadas.

- XIII. El éxito de la mediación viene en gran parte condicionado por la tarea de derivación de asuntos a mediación, tarea necesaria para conseguir un buen aprovechamiento y utilización de los recursos existentes, en la actualidad, escasos.
- XIV. Defendemos la no exclusión *a priori* de ningún asunto para derivar a mediación puesto que sólo el examen detallado del caso concreto permitirá valorar dicha posibilidad, salvo los contrarios a Derecho. Y ello sin perjuicio de que se opte por una implantación progresiva.
- XV. La incorporación de la mediación intrajudicial requerirá de la adecuada coordinación entre el servicio de mediación y la actuación de los Tribunales, por lo que resulta imprescindible la adopción de las medidas organizativas oportunas. En esta línea, creemos conveniente la elaboración de Protocolos de actuación por los órganos competentes, buscando la homogeneidad de actuación en todo el territorio español, respetuoso con la normativa europea y la naturaleza flexible de esta figura procesal. Así como, llevar a cabo programas pilotos de actuación, lo que requerirá la colaboración de las Administraciones competentes (Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas, CGPJ).
- XVI. Por lo que a mi profesión refiere, no puedo dejar de mencionar que el Secretario judicial ocupa un papel destacado para garantizar la eficacia y buen funcionamiento del órgano judicial y, de forma coordinada con los servicios de mediación, contribuir a la consecución de una Administración de Justicia y pública ágil, eficaz y eficiente, pero además el Secretario judicial ocupa un papel destacado en la derivación de los conflictos y vela por la adecuada tramitación del proceso jurisdiccional y su integración con el procedimiento de mediación.



- XVII. El modelo de oficina judicial previsto en la Ley 19/2003, permite la creación de servicios de mediación adecuados a la flexibilidad que la mediación requiere y alejado de las rigideces propias del modelo tradicional de Juzgado o Tribunal.
- XVIII. La apuesta organizativa es importante y confiamos en la creación de un futuro servicio que haga las veces de Tribunal multipuertas, que ofrezca al litigante las posibilidades adecuadas atendiendo a las situaciones diferentes que en cada caso se encuentre.
- XIX. Del conjunto global de las respuestas obtenidas en el estudio de opinión podemos afirmar que nos encontramos con una sociedad y con unos profesionales dispuestos a dar una oportunidad a la mediación como vía para paliar las dificultades que derivan del proceso judicial y dispuestos a recibir los cambios legislativos que incorporen la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa.
- XX. La introducción de la mediación en este orden jurisdiccional, en un primer momento, requerirá de las oportunas reformas legislativas, organizativas y sociales, pero no podemos olvidar que su implantación es un proceso en constante evolución que habrá de ajustarse a las necesidades que las circunstancias demanden. Por ello será necesario llevar a cabo controles periódicos que, además de proporcionar una idea aproximada de los resultados obtenidos, nos permitan detectar los puntos a mejorar.
- XXI. Por todo lo expuesto, invitamos al legislador a reflexionar sobre la necesidad de eliminar o minorar las barreras burocráticas y normativas que dificultan la utilización de la mediación en esta rama del ordenamiento jurídico, siempre desde el respeto a la

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y posibilitando la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

A continuación reflejamos, de forma sistemática, el planteamiento sobre la situación actual, la situación que debemos alcanzar y cómo podemos hacerlo, en beneficio no sólo de la de los administrados, sino también de la Administración de Justicia y de la Administración pública, que posibilitará mejorar su imagen y ganar la confianza de los ciudadanos.

QUÉ TENEMOS	QUÉ QUEREMOS	CÓMO LO CONSEGUIMOS	QUÉ NOS PROPORCIONA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CRISIS	JUSTICIA EFICAZ Y DE CALIDAD	TRIBUNAL MULTIPUERTAS ADR MEDIACIÓN	EQUILIBRIO PARTICIPACIÓN DIÁLOGO PACIFICO EFICACIA Y AGILIDAD DERECHO ACCESO JUSTICIA EN SENTIDO AMPLIO ADECUACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS COMPROMISO REDUCCIÓN DE COSTES TRABAJO COLABORATIVO COORDINACIÓN

Me gustaría terminar la exposición con una cita de Stefan Zweig³⁶⁰, en los Ojos del hermano eterno, que dice así *“Solo puede ser justo aquel que no toma parte en el destino ni en la obra ajena.”*

³⁶⁰ ZWEIG, S.; *Los ojos del hermano eterno*. Acantilado, Barcelona, 2011, pág. 41.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A.; *“La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la administración de justicia. la aplicación de las TICS)”*, 2009, 37 páginas.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.; “La resolución extrajudicial de conflictos sobre materia tributaria”, en *Estudios acerca de la reforma de la justicia en España*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Ministerio de Justicia, 2004, páginas 183 -185.

ALCAIDE FERNANDEZ, J. Y CASADO RAIGON, R.; *Curso de Derecho de la Unión europea*. Madrid. 2011. Tecnos. 416 páginas.

BARONA VILAR, S.; *Solución extrajudicial de conflictos, “alternative dispute resolution “(ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 167-169.

BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas*, Alianza editorial S.A., 1991, 93 páginas.

BERTHIER y PAULIAT,H.; *Study by the Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (Observatory of institutional and legal Change –OMIG,EA 3177) University of Limoges*, 41 páginas.

BLANCO CARRASCO, M.; *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid: Reus, 2009, 399 páginas.

BRAZIL WAYNE, D.; “Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role”, *OHIO State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 3, nº 1, 1987, 78 páginas.

- *For Judges: Suggestions about what to say about ADR at case management*; OHIO State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2000, 20 páginas.
- *Court ADR 25 Years After Pound: Have we found a better way*, OHIO State Journal on Dispute Resolution, Vol. 18, 2002, páginas 93-149.
- *Should Court-Sponsored ADR Survive?*, OHIO State Journal on Dispute Resolution, Vol.21, nº 2, 2006, páginas 241-279.

CALCATERRA, R.A.; *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2006, 361 páginas.

CARAM,M.E.; *Diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2009.

CARABANTE MUNTADA, J.M.; *“La mediación, presente, pasado y futuro de una institución jurídica”*, Netbiblo, 2010, 368 páginas.

CARBALLO ARMAS, P., *El Defensor del Pueblo: el Ombudsman en España y en el Derecho comparado*. Madrid: Tecnos. 2003, 263 páginas.

CARBALLO MARTINEZ, G.; *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Editorial Aranzadi, 2008, 531 páginas.

- “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *En Revista jurídica Catilla León*, Enero 2013, 22 páginas.

CARPERI, *Temario oposiciones Secretarios Judiciales*, tema 1, teoría general, 12 páginas.

CASANOVAS, P. MAGRE, J. y LAUROBA,M^a E.; *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, 1206 páginas.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; *Situación de la jurisdicción contencioso-administrativa: propuestas de futuro*. 2013. 12 páginas.

COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid, 1993, 490 páginas.

-*Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Vigésimoprimera edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, 680 páginas.

-*Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Vigésimosegunda edición. Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2011, 688 páginas.

DE BLAS GUERRERO, A. y RUBIO LARA, J.; *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*, 2011, Madrid, 460 páginas.

DE JORGE MESAS, L.F.; “La mediación en los países de nuestro entorno cultural” en *Cuadernos digitales de formación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009. Nº 5, 2008, 20 páginas.

DEL CUVILLO CONTRERAS, I.; “La negociación y la mediación como sistemas de resolución de conflictos. La Directiva 2008/52, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Actualidad Civil*, 2010, páginas. 3 a 9.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí 2011*, nº 8, páginas. 7 a 14.

DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY
DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS
“Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its

implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU".2014, 232 páginas.

DI STEFANO, L.; "Mediación conectada con los Tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en *Taller de derivación a mediación, organizado por el CGPJ* en mayo 2010. 17 páginas.

EGUZQUIZA SOLÍS, I.; "Introducción al uso práctico de la mediación y la conciliación: herramientas y estrategias profesionales, en *Cursos de formación continua para Secretarios judiciales organizados por el CEJ*, 2013,19 páginas.

FÁBREGA RUIZ, C.F. y HEREDIA RUIZ,M.; "La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia", en *Bajo Estrado, Revista del Colegio de Abogados de Jaén*. 8 páginas.

FERNANDEZ BENITO, M^a J.; "La mediación intrajudicial ", en *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesús Peces Morate, del CGPJ; 2010, páginas 267 a 283.

FREIRE PEREZ, R.M.; "Reparación y conciliación : el derecho penal y los intereses de víctimas e imputados", en *Alternativas a la judicialización de los conflictos : la mediación* (directores; Ramón Sáez Valcárcel, Pascual Ortuño Muñoz). Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 2007, páginas 87-106 .

FULLER, L.; " Mediation: Its Forms and Functions", *Southern California Law Review*, Vol. 44, 1971, páginas 305-339.

GARCIA GERBOLES y MUESMANN,M.; "El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho romano hasta la actualidad", *La*

mediación, presente, pasado y futuro de una institución jurídica, Netbiblo, 367 páginas.

GARCÍA SÁNCHEZ, E.J.; *Evolución en la función del secretario judicial: del PC a las TIC. Análisis de la ley 18/201*, Centro de Estudios Jurídicos, 28 páginas.

GIL IBÁÑEZ, J.L.; “Medidas cautelares”, *Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos*, 2005, páginas 4618- 4649.

GIL-ROBLES, A.; “La Mediación administrativa como alternativa”, en *Revista del poder judicial*. Número 94, quinta época, año 2012, páginas 40-43.

GONZALEZ ALONSO.A.; “El régimen jurídico normativo y jurisprudencial de la potestad sancionadora y de los privilegios de la Administración Pública” en *La Ley*, Nº 7111- feb. 2009, 18 páginas.

GONZALEZ VIDOSA/ DE JORGE MESA, F: *Mediación: primera experiencia de adultos en España*. Poder Judicial, núm. 10, 1995, páginas 459-475.

KARL-PETRER SOMMERMAN, *El papel de la Ley alemana de la Justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho*, 20 páginas.

LINDE PANIAGUA,E.; *Fundamentos de derecho administrativo, del Derecho del Poder al Derecho de los ciudadano*, Madrid, 2010, 582 páginas.

LOVE, L., y KOVACH, K.; “Mapping Mediation: the Risk of Riskin’s Grid”, *Harvard Negotiation Law Review*, VOL. 3, páginas 71-110.

MARTIN DIZ, F.; “Sistema complementario de Administración de Justicia” en *revista publicada por el CGPJ a propósito premio Rafael Martinez Emperador*, páginas 209 a 212.

MARTIN PALLÍN, J.A. y PECES MORATE, J.; *La Justicia en España*, Edición de Rafael Escudero Alday, 2008, Madrid, 184 páginas.

MARTINEZ SAL, A.; “Mediación en conflictos familiares y su aplicación al ámbito judicial: hacia una gestión responsables de los conflictos en la familia.” *En Cursos de formación continua para Secretarios judiciales organizados por el CEJ*, 2013.

MARTÍNEZ TRISTÁN F. G., “Sistema de recursos en la jurisdicción contencioso- administrativa”, nº 18 *Cuadernos digitales de formación, CGPJ*, VII Congreso Tributario, 2011, 15 páginas.

- “La última reforma del Reglamento de Extranjería y problemas prácticos que plantea”, nº 27, *Cuadernos digitales de formación, CGPJ*, VII, 2010, 20 páginas.

MASUCCI, A.; “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, en: *Revista de administración pública*, nº 178, páginas 9-35.

MACHTELD, P.; *Referral to Mediation*, Sdu Uitgevers, 2008, 239 páginas.

MENENDEZ PEREZ, S.; “El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad practica: Estudio jurisprudencial”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXII, 1994, páginas 13-64.

MESTRE DELGADO, J. F. “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública” en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. 1991, páginas 2493- 2528.

MONTOYA MELGAR, A.; Curso procedimiento laboral, Tecnos, octava edición, Madrid, 2010, 647 páginas.

MOYA MEYER, H.L.; “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesus Peces Morate, del CGPJ; 2010, páginas 247 a 257.

MNOOKIN, R. y KORNHAUSER, L.; “ Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, Content downloaded :<http://heinonline.org>, 1979, páginas 950-997.

MUNNÉ, M. y MAC-CRAGH, P.; *Los 10 principios de la cultura de la mediación*; Barcelona, 2006, 147 páginas.

PALMA FERNANDEZ, J.L.; “El contrato de transacción y las Administraciones Públicas: la doctrina del Consejo de Estado” , en: *Revista de administración pública*. Nº 169, enero-abril-2006, páginas 337-351.

PALOMAR OLMEDA, A.; “*Gestión Pública de la Administración de Justicia*”. Aranzadi. 2010, 696 páginas.

PARADA, R.; “El Derecho Administrativo. Cuestiones Básicas” en *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, 701 páginas.

PAZ LLOVERAS, E.; *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*. AENOR, 2002, 119 páginas.

PODZIBA, S.; “The Human Side of Complex Public Policy Mediation “, en *Negotiation Journal*, Octubre 2003, páginas 285-290.

PONT MESTRES, M. y PONT CLEMENTE, J.F., *Alternativas convencionales en el Derecho tributario*. Marcial Pons, Madrid, 2003, 391 páginas.

ORTUÑO MUÑOZ, P.; “Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta“ en *Diario La ley*, nº 8067, Madrid, 2013, 22 páginas.

PÉREZ MORENO, A.; “Justicia administrativa y fórmulas alternativas”, en: *La justicia administrativa: libro homenaje al profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (coordinadora: María Jesús Montoro Chiner) Barcelona: Atelier, 2003, páginas 175 -184.

- “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso” En: *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública* nº 37 Enero-Febrero-Marzo 2000, páginas 11-37.

RAMOS, F.; “Medio ambiente y ordenación urbanística: condicionar para proteger”, en *revista Escritura Pública*, Diciembre 2012, 78 páginas.

RIFKIN, MILLEN y COBB; “Towards a New Discourse for Mediation : A Critique of Neutrality”, *Mediation Quarterly*, Vol.9, nº2, páginas 151-164.

RISKIN, L; *Understanding Mediators´Orientations, Strategies and Thecniques: A Grid for the perplexed*, 51 páginas.

RIOS MARTIN, J.C.; “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en *Alternativas a la judicialización de los conflictos de mediación Revista CGPJ*, Madrid, 2007, 151 páginas.

- Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y disminución de la violencia”, 72 páginas.

ROJAS PAZO, C.; “La mediación intrajudicial en la jurisdicción contenciosa administrativa”, en *Revista Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, de Jesús Peces Morate, del CGPJ; 2010, páginas 257 a 266.

SAEZ VALCARCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P.; “Alternativas a la judicialización: la mediación”. *Publicaciones: Madrid: Consejo General del Poder Judicial*, 2007, 647 páginas.

SANDER, F; “Varieties of Dispute Processing”, in *The Pound Conference. Perspectives on Justice in the future*, edited by A. Leo Levin and Russell R. Wheeler, Minnesota, 1979, páginas 65-87.

SECO, R.; *Manual de gramática española*. Editorial Aguilar, 1975, 344 páginas.

SERRANO ANTÓN, F.; “*La resolución de conflictos en el Derecho Internacional Tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*”. Thomson Reuters. Civitas. 2011. Pamplona, 485 páginas.

SOLETO MUÑOZ, H.; *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (coor. con OTERO PARGA, M.), Madrid, 2007, 351 páginas.

- *Mediación y solución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, 563 páginas.

- *Mediación y solución de conflictos. Técnicas y ámbitos* (coor. CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LOPEZ,C.) Tecnos, Madrid, 2013, 671 páginas.

- “Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia restaurativa en España”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos, Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao, Deusto, 2013, 328 páginas.

- “ADR Tools in Spanish Administrative Law”, con Galera, S. y Acosta,P. en *Alternative Dispute Resolution in European administrative Law*. Dragos, Dacian C., Neamtu, Bogdana (Eds.), 2014, 540 páginas.

SORIANO GARCIA, J.E.; “Discrecionalidad ¿creen los Jueces en su propio poder de control?”, en *Encuentro de los Magistrados del orden contencioso-administrativo con la Sala Tercera del Tribunal Supremo*. Servicio de Formación continua de la Escuela Judicial, 14 páginas.

STIENSTRA, y YATES, M. S.; “ADR Handbook for Judges”, published by The American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2004, Washington, 491 páginas.

TOLIVAR ALAS, L.; *Derecho Administrativo y Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, 242 páginas.

TORNOS MAS, J.; “La tutela cautelar en sectores específicos del derecho público: extranjería, materia tributaria, función pública”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, revista del CGPJ*, páginas 213- 253.

TRIGO SIERRA, E.; “La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto Ley 5/2012” en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. Nº 32, 2012, páginas 102 -112.

URIARTE, E.; *Introducción a la ciencia política. La política en las sociedades democráticas*. Segunda edición. Madrid, Tecnos, 2008. 312 páginas.

VAZQUEZ, A.; *Euromediación on.line: la mediación por medios electrónicos*. Madrid 2013, 11 páginas.

VIVES DE LA CORTADA FERRER-CALBETÓ, J.; “Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso- administrativa”, en *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, 2009, 38 páginas.

ZAMBONINO PULITO, M.; *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 2010, 247 páginas.

ZWEIG, S.; *Los ojos del hermano eterno*, Acantilado, Barcelona, 2011, 69 páginas.

OTRAS FUENTES

Analysis on assesment of the impact of Council of Europe recommendatios concerning mediation efectuado en Mayo del 2007 por European Commission for the Efficence of Justice, 206 páginas.

VII Congreso jueces para la Democracia, comisión de Derecho Administrativo, 1995, Madrid, 5 páginas

Directrices de actuación para la implantación de una experiencia piloto de mediación intrajudicial en los juzgados de lo Social en Madrid, 20 páginas.

Estudio sobre sistemas judiciales europeos.Edición2012 (Data 2010), Efficiency and quality of Justice. European Commission for the Efficency of Justice, 443 páginas.

Libro de texto de Educación para la ciudadanía. Grupo Edebe, 2009, 104 páginas.

Manual operativo de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia, 41 páginas.

Seminario sobre la mediación intrajudicial en la jurisdicción contenciosa administrativa, el CGPJ, el 14 de mayo del 2013.

Seminario sobre mediación contencioso –administrativa: soluciones prácticas a planteamientos masivos de recursos/ unificación de criterios.28 de Enero de 2011,17 páginas.

III Simposio Tribunales y Mediación en España, celebrado los días 26 y 27 de septiembre 2013, en Madrid.

Tercer taller del V Encuentro de Jueces Canarios, que tuvo lugar en el mes de octubre del año 2010, 25 páginas.



WEBGRAFÍA

<http://www.adr.org/aaa>

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/presentation/cepej_en.asp

<http://datos.cis.es/>

http://www.dccourts.gov/internet/superior/org_multidoor/main.jsf

<https://e-justice.europa.eu/> (Portal Europeo de e-Justicia)

<http://www.euroforumrj.org/> (Foro Europeo de Justicia Restaurativa)

www.europarl.europa.eu

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf (Código de conducta europeo para mediadores)

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Datos_de_la_Justicia/Evolucion_de_la_Jurisdiccion_Contencioso_Administrativa_a_la_vista_de_la_Estadistica_Judicial_N__13__julio_2008(Evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la vista de la Estadística Judicial. Boletín información estadística, nº 13- Julio 2008. CGPJ, 10 páginas).

<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/BDCE2E62-85EE-4D59-B72B-79888906B581/0/InformeCORAPDF.PDF>(informe emitido por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas CORA253 páginas)

http://www.lawyerpress.com/news/2014_01/2101_14_002.html

<http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/libroBlancoDownloadCounter.php>

<http://mediacionesjusticia.com/2013/10/14/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial-del-cgpj/> (Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, 2013, 207 páginas).

<http://mediationnet.eu/> (European forum for international mediation and dialogue)

<http://www.notariado.org/>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

<https://pnj.cgpj.es>

www.nccusl.org

<http://www.rae.es/>

<https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/tramites/inscripcion-registro>

ANEXO

CUESTIONARIO REMITIDO PARA EL ESTUDIO DE OPINION DEL CAPÍTULO V

Agradecer a todos los que participan en la cumplimentación de este cuestionario de enorme trascendencia para el trabajo que vengo desarrollando sobre la mediación en el ámbito del orden contencioso-administrativo.

1. ¿A qué sector profesional pertenece?
 - Jurídico
 - Otros

2. ¿Conoce la mediación como alternativa a los Tribunales para la resolución de conflictos?
 - Nada
 - Poco
 - Mucho

3. ¿Cree que existe información suficiente sobre esta vía de resolución de conflictos?
 - Nada
 - Poco
 - Mucho

4. ¿A quién cree corresponde proporcionar información sobre la mediación?.
 - Tribunales
 - Colegios profesionales
 - Administraciones públicas
 - Universidades

- Todos los anteriores
 - No sabe
5. ¿Ha tenido conflictos con la Administración pública?
- Sí
 - No
6. ¿Acudiría a mediación para resolver un problema con la Administración pública?
- Sí
 - No
 - No sabe
7. ¿Cree que estaría en situación de igualdad con respecto de la Administración?
- Sí
 - No
 - No sabe
8. ¿Qué tipo de conflictos con la Administración considera sería susceptible de resolución a través de la mediación?
- Todos
 - Ninguno
 - No sabe
 - Algunos, especificar en su caso:
9. ¿Qué tipo de conflictos con la Administración cree que no podrían ser objeto de mediación?
- Todos
 - Ninguno
 - No sabe
 - Algunos, especificar en su caso:



10. ¿Qué ventajas encuentra a la mediación?
- Reducción costes
 - Vía más ágil y rápida que la judicial
 - Mejora relación entre las partes
 - No sabe
 - Otras, especificar:
11. ¿Qué inconvenientes encuentra a la mediación?
- Desigualdad o desequilibrio entre las partes
 - Falta de imparcialidad por parte del mediador
 - Falta de preparación o formación suficiente por parte del mediador
 - Desconocimiento sobre la mediación
 - No sabe
 - Otras, especificar:
12. La desconfianza en la mediación cree que podría disminuir si:
- Los mediadores fueran independientes y tuvieran una formación suficiente y su calidad fuera controlada
 - Los mediadores fueran funcionarios con una formación suficiente y su calidad fuera controlada
 - La mediación fuera realizada por el Secretario Judicial
 - No sabe
13. ¿Cuándo considera que es el momento adecuado para acudir a mediación en un conflicto con la Administración Pública?
- Antes de iniciarse la vía judicial
 - Iniciada la vía judicial
 - En cualquier momento
 - No sabe
14. ¿Ve recomendable que las partes asistan al proceso de mediación por si solas o acompañados de un Abogado?.
- Solas

- Abogado
- Da igual
- No sabe

15. Cree que el Servicio de mediación debería ser:

- Público
- Privado
- Ambos
- No sabe