

«Mediación»

El Informe del Consejo de Estado, número de expediente 503/1995, de 15 de junio de 1995, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa expresaba su total conformidad con lo dispuesto en el nuevo artículo 76, en cuya virtud:

“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 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.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones y podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo.

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”.

En consonancia con ello, el artículo 112 de dicho Anteproyecto de Ley establecía en su artículo 112, que en el caso del artículo 76.3 (mediación, conciliación o acuerdo), de no ejecutarse en el plazo previsto en el recurso en cuestión, también podrá instarse la ejecución forzosa y que, de no haberse precisado aquél, será el de dos meses desde el requerimiento de la parte perjudicada a la otra.

Como se sabe, dicha iniciativa legislativa, que no prosperó, fue seguida de otra no mucho más tarde que sí cuajó, cuyo contenido, en lo que ahora nos ocupa, es muy similar. En esta nueva ocasión, el Informe del Consejo de Estado, número de expediente 1125/1997, de 29 de mayo de 1997, sobre el Anteproyecto de ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa declara en relación con la sección dedicada a “otros modos de terminación del procedimiento”, que

“la regulación del intento de acuerdo o conciliación judicial en el artículo 75 ha de ser valorada positivamente en términos generales, aunque sólo la práctica dirá si es una previsión útil o meramente retórica. En todo caso, no siempre reportará ventajas sobre la terminación por medio de sentencia. Si el intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones y podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo (artículo 75.2), no ha de olvidarse que, conforme al segundo párrafo del apartado 1, se establece que “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”. Y, puesto que para que el Estado pueda realizar transacciones sobre derechos de la Hacienda Pública se requiere que sean aprobadas por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y previo dictamen del Consejo de Estado

«Mediación»

(Isaac Merino Jara)

en Pleno (artículo 39 TRLGP, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre), en algunos casos la sentencia habrá de dictarse antes de que se haya podido aprobar la transacción, haciendo inútil el intento de conciliación. Precisamente por ello, la puesta en práctica de la conciliación puede poner en evidencia la necesidad de modificar determinadas normas competenciales, especialmente en asuntos de cuantía escasa”.

La redacción del artículo 75 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A: 18 de junio de 1997, Núm. 70-1) era la siguiente:

“1. En los procedimientos en primera o única instancia el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones Públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones y podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo.

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

El mentado artículo 75, tras las modificaciones que destacamos en cursiva, se acabó convirtiendo en el actual artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siendo su tenor el siguiente:

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

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

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

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

Por su parte, el actual 113 de la misma Ley, equivalente al 112 de Proyecto, tiene la siguiente redacción:

“1. Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa”.

Interesante resulta, aunque no aborda la materia tributa, el Auto de 7 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Sede: Palmas de Gran Canaria (Las), Sección: 3 Nº de Recurso: 190/2016, Nº de Resolución: 208/2017 (AJCA 91/2017 - ECLI:ES: JCA:2017:91A).

Más interesante aún es, aunque tampoco se refiere a materia tributaria, el Auto de 2 de febrero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Contencioso Sede: Coruña (A) Sección: 2, Nº de Recurso: 6937/1997, Nº de Resolución: 76/2019 (ATSJ GAL 3/2019 - ECLI: ES: TSJGAL:2019: 3ª), dictada en el marco de un procedimiento de ejecución de sentencia, de la que, por su importancia, recogemos sus dos primeros razonamientos jurídicos:

“PRIMERO. - La mediación administrativa como sistema alternativo de resolución de conflictos encuentra encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10.1 CE). En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE, y como ha señalado el Tribunal Constitucional respecto al principio de tutela judicial efectiva, no es un derecho de libertad ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SAN 2394/2009, Sentencia STSJ ICAN 2929/1988. STS 5193/2011 y SAN 2394/2009).

SEGUNDO. - La mediación extrajudicial está recogida implícitamente en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA), y la mediación administrativa está prevista los artículos 86 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La coexistencia de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la CE ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar la compatibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva con la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre, que cita en su texto por todas, la STC 60/1989 y 162/1989). Y, así las cosas, ante todo, conviene deslindar el instituto de la mediación extrajudicial y su utilización en trance de ejecución de sentencia pues, a diferencia de otras instituciones del Derecho, como acuerdos, convenios, acciones de renuncia y otras semejantes, la mediación extrajudicial, como su propio nombre indica, es un procedimiento que se desarrolla en el seno del proceso y que controla desde su inicio el juez o tribunal, al punto de que solamente mediante la resolución de uno u otro se abre dicho procedimiento mediante previa resolución y ulterior comparecencia, bien de oficio o a instancia de todas o una de las partes, como acontece en el presente caso”.

El interés, para nosotros, de este auto reside en que se ha pronunciado en el marco de un procedimiento de ejecución, lo cual resulta discutible, según ponen de manifiesto los votos particulares incorporados al mismo.

Desde la entrada en vigor de la Ley 39/1998, de 13 de julio, como se sabe, se han conocido varios intentos de modificación, alguno de ellos ha prosperado (Cfr. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985,

«Mediación»
(Isaac Merino Jara)

de 1 de julio, del Poder Judicial). En lo que ahora nos ocupa traemos a colación *el Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*, realizado por la Comisión General de Codificación Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicado en marzo de 2013, que reparando en la falta de instrumentos jurídicos para la evitación de litigios contenciosos, señala, en particular, que en la actualidad la mediación administrativa no es, en términos relativos,

“un instrumento eficaz para la evitación de litigios, “a mediación administrativa se manifiesta, en España, mediante diferentes ombudsmen (defensores) sectoriales o generales (defensores del pueblo, defensores del paciente, defensores del contribuyente, defensores del universitario, etc.). No hay duda de que, donde existen, estos órganos evitan un cierto número de litigios. Pero su implantación, medios y posición procedimental no permiten, actualmente, mejores resultados. Es cierto que en otros países de nuestro entorno los datos globales de mediación no son más apreciables. Pero también es cierto que en los últimos años se han acelerado las reformas normativas y organizativas para mejorar la funcionalidad de la mediación administrativa, fundamentalmente en el Reino Unido.”

Sin embargo, piensa que es una posibilidad sobre la que convendría debatir; siendo estas sus palabras textuales:

“la Sección ha considerado la mediación administrativa como posible instrumento de evitación de litigios. Sin embargo, la misma Sección ha valorado que la implantación de la mediación administrativa supondría importantes modificaciones organizativas y procedimentales en las Administraciones públicas. La amplitud de la tarea desborda los fines y limitaciones propios de esta Sección. Ello, no obstante, y como simple aportación para iniciativas futuras, la Sección deja constancia de la viabilidad jurídica de la mediación administrativa, tanto voluntaria como obligatoria (en este caso último caso, siempre que no se impida el acceso a la Jurisdicción contenciosa: SSTC 174/1995, FJ 3; y 352/2005, FJ 4). En una aproximación inicial a la cuestión, una hipotética regulación de la mediación administrativa podría encauzarse en dos niveles normativos: Primero, una regulación organizativa y procedimental general (del Estado) que dotase de un régimen jurídico básico y estable a la mediación administrativa voluntaria; y segundo, diversas leyes sectoriales (del Estado o de cada Comunidad Autónoma) que implantasen los mecanismos de mediación a cada sector de actividad”.

El debate sobre la mediación administrativa permanece vivo. En este sentido, bastará recordar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone en su artículo 86, dedicado a la terminación convencional del procedimiento administrativo común:

“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 su 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 u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, 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.*

5. *En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.*

El antecedente de este precepto es el artículo 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo prácticamente coincidente la redacción de sus tres primeros apartados.

Por su parte, a propósito del objeto y clases de los recursos administrativos, establece artículo 112 de la Ley 39/2015, lo que sigue:

1. *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos 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, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.*

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

2. *Las leyes podrán 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 las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

3. *Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.*

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

4. *Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica”.*

En este caso, su precedente es el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo en gran medida coincidentes.

1. *Contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección 2. de este capítulo.*

La oposición a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, y para la impugnación de tales actos en el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra la misma.

2. *Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

3. *Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.*

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

4. *Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.*

El Anteproyecto de la Ley de Impulso a la mediación vuelve a poner sobre la mesa la oportunidad de ésta en el ámbito administrativo, y, particularmente, cuando se abordan en ella materias tributarias. En ese sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 de marzo de 2019 sobre dicho Anteproyecto declara que "la mediación no es un sucedáneo ni una justicia de clase B, es un instrumento de solución de conflictos en unos casos alternativo y en otros complementario a la vía jurisdiccional, que, en su caso, puede evitar el recurso a la misma o puede propiciar una respuesta adecuada al conflicto, ya sea al margen o dentro del proceso, pero no debe considerarse como un mero trámite previo a la jurisdicción, pues con ello se desvirtúa toda su funcionalidad, y no se contribuye a potenciar su uso. Además, la mediación intrajudicial está ligada al juez y a los tribunales".

Esa declaración es predicable de la mediación en general, y particularmente, en materia civil y mercantil. Lo que sucede es que la mediación en materia administrativa, hoy en día, pese a lo que se dijo anteriormente, no tiene un espacio propio muy definido. De hecho, en dicho informe se declara:

"95.- Este órgano de gobierno del Poder Judicial no desconoce que desde ciertos sectores de la mediación se viene reclamando una regulación de la mediación en otros órdenes jurisdiccionales, singularmente en el procedimiento penal de adultos y en el procedimiento administrativo, así como en el procedimiento contencioso-administrativo, mediante la reforma de la LM (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) para dar cabida en ella a la mediación en el Derecho público. (...) En el ámbito administrativo, la mediación –voluntaria y obligatoria– encontraría soporte tanto en la conciliación prevista en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), como en la terminación convencional

del procedimiento administrativo prevista en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), como, en fin, en la posibilidad de la mediación sustitutoria de los recursos de alzada y de reposición conforme a lo previsto en el artículo 112.2 LPAC.

96.- En esa perspectiva hay que recordar que el Parlamento Europeo, en su informe o Resolución de 12 de setiembre de 2017, defiende una visión totalizadora de la Directiva de Mediación y recomienda la ampliación del ámbito de la mediación, más allá de lo civil y mercantil, a otras cuestiones civiles o administrativas, pidiendo a la Comisión, que en el marco revisión de la normativa busque soluciones de ampliación eficaz y de extensión de la mediación.

97.- En esta misma línea es importante resaltar la Recomendación 9/2001 del Consejo de Europa sobre resolución alternativa de conflictos entre la Administración y los sujetos privados, que ha abierto una orientación clara en favor de la mediación en lo contencioso administrativo, así como algunas experiencias piloto impulsadas por el CGPJ.

98.- Por último, en el ámbito Tributario podría ser un sucedáneo de ADR en la resolución de los conflictos en el ámbito administrativo la previsión de la ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), en el caso de las llamadas "Actas con acuerdo", existiendo en el derecho comparado, especialmente en Alemania o en Estados Unidos, ejemplos de mecanismos alternativos de solución de conflictos tributarios.

99.- Es cierto que una regulación completa de la mediación en otros órdenes jurisdiccionales además del civil y del mercantil como los citados (sin olvidar el orden social), propiciaría dotar de mayor virtualidad a la incorporación de la Directiva 2008/52 al Derecho interno, y respondería con seguridad en mayor medida a las orientaciones y recomendaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo. No obstante, este Consejo General del Poder Judicial no ha de incidir en la conveniencia de ampliar la regulación de la mediación por medio de la Ley anteproyectada. La determinación del ámbito sobre el que recae la regulación legal, tanto la vigente como la proyectada, se encuentra dentro del margen de decisión del legislador nacional, al no venir determinada por el legislador europeo, ni por los requerimientos que se derivan de los informes y de las resoluciones de las instituciones europeas, o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, este órgano constitucional ha de respetar la decisión del prelegislador, como resultado de una opción legislativa legítima, sin hacer en este momento valoraciones acerca de la oportunidad o conveniencia de extender a la esfera del Derecho público –y en general a otras áreas del Derecho distintas de la civil y mercantil–, las reformas proyectadas, en el marco de la adopción de medidas de impulso a la mediación; todo ello, sin perjuicio de lo que anteriormente se ha expuesto acerca de las Recomendaciones del Consejo de Europa o del propio Parlamento Europeo, y sin perjuicio de reafirmar y resaltar la práctica de este Consejo General del Poder Judicial, en su tarea de impulso de la mediación tanto en el ámbito de lo Contencioso-administrativo, a través de Convenios, experiencias "piloto", e incluso de una Guía sobre la Mediación Contencioso administrativa, como en los demás órdenes jurisdiccionales".

Isaac Merino Jara

Director