

Mediación y arbitraje en la Administración Pública

Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia

Director

Felio José Bauzá Martorell

Estudio preliminar a cargo de José Eugenio Soriano

■ BOSCH



Mediación y arbitraje en la Administración Pública

Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia

Director

Felio José Bauzá Martorell

Estudio preliminar a cargo de José Eugenio Soriano



© De los autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Junio 2022

Depósito Legal: M-14717-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-609-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-610-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Potestad jurisdiccional y mediación en el orden contencioso-administrativo

Alicia Esther ORTUÑO RODRÍGUEZ
Magistrada especialista en el Orden Contencioso-Administrativo
TSJ de les Illes Balears

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL, EN GENERAL

El pasado 21 de enero de 2022 se celebró el «Día europeo de la mediación», y con ocasión del mismo, el «Grupo de Trabajo sobre Mediación» operativo en el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) emitió un comunicado en el cual se mencionaba la labor desarrollada por este órgano constitucional a favor de estos métodos de resolución de conflictos, así como su compromiso de seguir aunando esfuerzos para conseguir la implantación de los medios alternativos y complementarios de solución de controversias, como instrumentos para obtener una justicia de calidad¹.

Este empeño del órgano de gobierno de los Jueces por implantar los «medios adecuados de solución de controversias» (MASC) en el curso de los procesos judiciales —o MASC intrajudiciales— se materializó en la «Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial»² (confeccionada en el año 2013, con última versión actualizada en el 2016).

1. «El Consejo General del Poder Judicial lleva 25 años defendiendo y promocionando la Mediación. Desde la aprobación del Libro Blanco de la Justicia en 1997, y continuando la labor y los avances propiciados por otros Consejos (años 2001 y 2008), es preciso destacar especialmente el trabajo por la Mediación del Consejo General del Poder Judicial en este mandato 2013-2018. (...)»

En un día como hoy el CGPJ quiere ratificar su voluntad de seguir impulsando y fomentando la Mediación con entusiasmo e intensidad, en el ámbito de sus competencias, y quiere reconocer públicamente el compromiso y el elevado interés de un número importante de ciudadanas y ciudadanos, así como de todos los operadores jurídicos implicados, miembros de la Carrera Judicial y del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia, funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, Colegios Profesionales, Comunidad Universitaria, y un largo etcétera de entidades sociales y jurídicas. Con todos ellos, así como con las Administraciones públicas, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, este Consejo ha venido suscribiendo múltiples convenios de colaboración y activado sus órganos de seguimiento para fomentar e impulsar la Mediación y la concienciación en la existencia y utilidad de los instrumentos o medios alternativos y complementarios de solución de las controversias y de justicia restaurativa.

Somos conscientes de la necesidad de adoptar nuevas medidas de impulso de la Mediación. Recientemente el Grupo de Trabajo sobre la Mediación del CGPJ, ha revisado y elaborado un nuevo programa de trabajo para el futuro inmediato (...).

2. Publicada: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos/Guia-para-lapRACTICA-de-la-mediacion-intrajudicial>

Esta Guía ha servido de sustento para aprobar: i) un total de 13 Convenios marco de colaboración, impulso y promoción de la mediación intrajudicial suscritos por el CGPJ con el Ministerio de Justicia y con 12 Comunidades Autónomas con transferencia competencial en la «Administración de Justicia»; ii) diferentes Convenios formalizados por el CGPJ con Colegios de Abogados (Valencia, Alicante, Madrid), con el Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de los Procuradores de España, Fiscalía General del Estado, Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, Universidad Carlos III, entre otros organismos³.

Además de estos acuerdos alcanzados entre el CGPJ y diferentes entidades públicas y privadas, los cuales se han renovado sucesivamente en el tiempo, debemos destacar el desarrollo de otras actuaciones en aras de impulsar la mediación intrajudicial:

- 1) Merece especial mención la creación por el Ministerio de Justicia (Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre) de una «Unidad de Mediación Intrajudicial» (UMIM), unidad orgánica insertada en los «Servicios Comunes de Ordenación del Procedimiento» (SCOP) de la Nueva Oficina Judicial implantada en la Comunidad Autónoma de Murcia (Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio). En el nuevo escenario de la Oficina Judicial, cuyo despliegue resulta sin duda excesivamente prolongado en el tiempo⁴, el Ministerio y el CGPJ han apostado por la inclusión de un componente organizativo destinado a la mediación en su organigrama, haciendo realidad la primera de las propuestas dirigidas a la «implantación de servicios de mediación» recogidas en la referida «Guía»⁵. La puesta en marcha de la UMIM fue reglamentada mediante la Instrucción 5/2013, de 4 de noviembre, dictada por la Secretaría de Gobierno del TSJ de Murcia, al amparo del art. 465 Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ)⁶. Esta UMIM se conformó inicialmente por dos áreas (penal y familia), ampliándose después al ámbito contencioso-administrativo, primero de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior Murciano en el año 2016 y a los Juzgados Unipersonales de lo Contencioso en el año 2019, aprobándose los respectivos Protocolos por la Sala de Gobierno. Esta área Contencioso-Administrativa de la UMIM sirve a día de hoy tanto a la Sala Contenciosa del TSJ de Murcia como a los Juzgados Unipersonales de lo Contencioso.
- 2) Por otro lado, en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (sede Valladolid), Cataluña, Islas Canarias y Comunidad de Madrid, se han formalizado protocolos con corporaciones de derecho público y fundaciones a fin de poder implantar la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, al precisar los órganos jurisdiccionales de la gestión de bolsas de mediadores acreditados con conocimientos vinculados con esta esfera jurídica.

3. Convenios referidos en la sección «Mediación» de la página web www.poderjudicial.es

4. Esta nueva forma de gestión de los medios a disposición de la Administración de Justicia se incluyó en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001, y se incorporó en la LOPJ a través de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Su despliegue, si bien con distinta extensión jurisdiccional, abarca los territorios de Burgos, Murcia, Cáceres, Ciudad Real, León, Cuenca, Mérida, Ceuta, Melilla y Ponferrada. Desde mediados del año 2021, este modelo organizativo se encuentra en proceso de redefinición, a través del Anteproyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia, que sustituye los Juzgados por los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios (<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLO.pdf>).

5. Las dos alternativas organizativas de implementación efectiva de los servicios de mediación son: a) Una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales o desde el Decanato/Presidencia del Tribunal, con un LAJ o Gestor al frente; b) Listado de mediadores en las Secretarías de los Decanatos y Tribunales, órganos encargados de designar los mediadores en el supuesto de solicitud por los Juzgados o Tribunales.

6. https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/014.-%20INSTRUCCI%C3%93N%20VALIDADA.pdf?idFile=ea026622-693c-4f45-be8b-b27e6be0ae0c.

La normativa vigente no ha desplegado todavía el desarrollo de los MASC en este orden jurisdiccional, a diferencia de los ámbitos civil, penal y social, en cuyas leyes procesales se prevén y regulan diferentes aspectos de la mediación en relación o en el seno de los procesos judiciales.

- En materia civil y mercantil, reviste capital trascendencia la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷, la cual ha sido traspuesta al ordenamiento interno a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El art. 2.2 b) excluye de su ámbito de aplicación la «mediación con las Administraciones Públicas». A principios del año 2019 se aprobó un Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación, el cual finalmente no ha visto la luz como Proyecto de Ley. En la actualidad, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, el cual afecta a muchos preceptos de la Ley 5/2012 y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), destacando especialmente la inclusión del intento de conciliación/mediación como requisito de admisión de la demanda, como sucede en el orden social.
- En el Orden Penal, a partir de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, se inició una senda legal a favor de la «justicia restaurativa» no tanto retributiva, de carácter reparador para las víctimas y los autores de los ilícitos, incorporada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.
- Respecto del Orden Social o Laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), introdujo en su artículo 63, el requisito procesal consistente en que toda demanda debe ir acompañada del certificado que acredite el intento de conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente. Para los casos en que ya se hubiera iniciado el procedimiento judicial, el artículo 82 LJS contempla la posibilidad de celebrar acto de conciliación, en presencia del LAJ, o bien someter las cuestiones a mediación.

2. ¿CUÁL ES LA RELACIÓN DE LOS MASC CON LA JURISDICCIÓN?

La suscribiente de las líneas que siguen pertenece a la Carrera Judicial, ejerciendo funciones jurisdiccionales en el Orden Contencioso-Administrativo desde el año 2005, primero, en la Sala Contenciosa del TSJ de Cataluña y, segundo desde el año 2009 hasta la fecha, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de les Illes Balears.

Por un lado, el presente trabajo se enmarca dentro de una labor de recapitulación de experiencias ajenas en el mundo de los «medios adecuados de solución de controversias» (MASC) dentro del área contencioso-administrativa, ante la ausencia de participación profesional y personal mediante sistemas de instituciones alternativas de resolución (ADR)⁸, como pueden ser la conciliación, negociación, arbitraje y la mediación.

Por otro lado, en esa posición de espectadora que ocupó desde la barrera de los MASC, trataré de dibujar un deseable escenario futuro en el cual la administración de justicia y el poder judicial, en el orden contencioso-administrativo- puedan ser percibidos por los destinatarios de las potestades y

7. Comisión de las Comunidades Europeas, Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito de derecho civil y mercantil, COM (2002)196 final Bruselas, 19, 4, núm. 5.2002, disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com20020196es01.pdf>

8. «*Alternative Dispute Resolution*» (ADR) es un concepto procedente del movimiento surgido en EEUU en los años 60, el cual propugnaba la diversificación de los métodos de solución de los conflictos vinculados con los Tribunales, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, e incluso un «Tribunal Multipuertas» (*Multi-door Courthouse*) en el cual se aúna la práctica de diferentes formas de resolución de controversias. Vid. MENKEL MEADOW, C., *Roots and Inspiration. A Brief History of the Four of Dispute Resolution*, in M. L. Moffitt and R. BORDONE (Eds), *The Handbook of Dispute Resolution*, JOSEY-BASS, A., San Francisco 2005.

servicio público que desempeñan como una herramienta cercana, eficiente, eficaz y efectiva para tutelar sus derechos y solucionar los litigios en los que se pueden ver envueltos, no solo mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también a través del desarrollo de una labor de acercamiento de posturas entre las partes que permitan alcanzar un acuerdo entre las mismas que dé solución a sus controversias, en determinados supuestos y con gran porcentaje de probabilidad, obteniendo un grado de satisfacción más elevado que con una sentencia.

Recordar el tenor del art. 117.1 de la Constitución Española resulta un buen ejercicio para situar los «pies en el suelo» y para colocarse la toga en señal de respeto profundo hacia los ciudadanos. «*La justicia emana del pueblo*», reza la Norma Fundamental. El bien y valor superior conocido como «Justicia» (art. 1.1 CE) se constituye por los principios que emergen del sustrato humano de toda organización, y el resultado de su gestión debe tener a las personas como destinatario único, al margen de las formalidades semánticas con las que podemos referirnos a ellas, sin olvidar que «el interés general» a cuya consecución objetiva debe dirigirse la actuación de los entes públicos (art. 103.1 CE) se construye a partir de valores y principios de la sociedad, la cual se configura por seres humanos.

Sin duda alguna, el Poder Judicial se conforma como garante de los derechos y libertades de las personas, ya que a ellas se les debe tanto la génesis como el refugio de la justicia que los seres humanos inspiran. Los Jueces y Magistrados administran este valor superior no solo desarrollando la potestad jurisdiccional «*juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*» (art. 117.3 CE), sino también a través del ejercicio de las funciones que les atribuyen las leyes «*en garantía de cualquier derecho*» (art. 117.4 CE).

Entre estas funciones de los integrantes del Poder Judicial y de los/las letrados/as al servicio de la Administración de Justicia (art. 456.6 LOPJ⁹), se insertan las de procurar un resultado autocompositivo de los litigios que se le plantean. El valor «Justicia» administrado por los miembros de la Carrera Judicial se alcanza no solo con una decisión adoptada por los Jueces y Tribunales, sino también a través de la promoción de los escenarios adecuados para que los litigantes dialoguen entre sí, expresen sus puntos de vista, saquen a la luz la carga subjetiva pasada, presente y futura del conflicto, y que traten de conseguir al menos un acercamiento que disminuya la tensión inherente a toda controversia llevada al «paredón» de los órganos judiciales.

A través de estos métodos alternativos y complementarios al ejercicio de la potestad jurisdiccional, las partes ostentan el papel protagonista, poniendo sobre la mesa sus posturas, dialogando de forma directa, humanizando el enfrentamiento jurídico, procurando la empatía, pudiendo servirse de un tercero experto y neutral (mediador o conciliador), o bien de un integrante del órgano judicial donde el pleito ha sido presentado el cual debe actuar con imparcialidad y neutralidad (Juez/Magistrado¹⁰ o letrado/a al servicio de la Administración de Justicia, LAJ), a fin de alcanzar una respuesta consensuada a los posicionamientos en principio incompatibles.

En la mediación, los contendientes son los que decidirán voluntariamente la finalización del conflicto, materializando los acuerdos oportunos con el auxilio de sus asesores, tras aunar posiciones

9. El art. 456.6 LOPJ (tras la reforma producida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) determina que: «*Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias:*

- a) *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) *Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.*
- d) *Tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios.*
- e) *Mediación.*
- f) *Cualesquiera otras que expresamente se prevean».*

10. Así lo entiende Casiano ROJAS POZO en su artículo «La Mediación Administrativa», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 98 mayo-agosto 2016. En el mismo se analiza la situación actual de la mediación intrajudicial en el orden contencioso, efectuando una serie de propuestas, relatando su experiencia de aplicación de los medios implícitos al art. 77 LJCA como Magistrado en el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Badajoz.



La mediación y el arbitraje constituyen dos instituciones que se abren paso en el derecho privado como técnicas alternativas a la resolución judicial de conflictos. La experiencia acumulada y sus innegables ventajas constituyen un activo para una eventual incorporación —con las adaptaciones correspondientes— al ámbito del derecho público.

Precedidos de un estudio preliminar, a lo largo de treinta y tres capítulos, se analiza en esta obra colectiva la mediación y el arbitraje en la legislación procesal, y su recepción en derecho administrativo, así como su encaje en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos especiales. Se aborda igualmente la mediación en la Administración consultiva y en la institución del Defensor del Pueblo. El proceso contencioso, por su parte, tampoco puede ser ajeno a la mediación, como lo prueban los casos de mediación intra judicial. También es objeto de análisis el arbitraje administrativo y el internacional, así como distintas iniciativas y regulaciones de derecho comparado. La obra concluye con una interesante propuesta normativa *de lege ferenda*.

En definitiva, los indicios apuntan desde hace algún tiempo hacia un agotamiento del sistema de recursos administrativos, principalmente por su falta de funcionalidad. Dicha circunstancia, unida a la regulación de la mediación y el arbitraje administrativos en derecho comparado, brindan una oportunidad perfecta para tratar de explorar su virtualidad en derecho administrativo español. Un elenco de juristas de acreditada solvencia han participado en este estudio pormenorizado que aspira a convertirse en una obra de referencia.

ISBN: 978-84-9090-609-5

