

## Las corporaciones locales ante la jurisdicción civil y mercantil: viabilidad de la mediación intrajudicial

**Jesús RODRIGO FERNÁNDEZ**

Abogado del Estado excedente. Mediador

El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 12, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 Jun. al 14 Jul. 2016, Ref. 1409/2016, pág. 1409, Editorial Wolters Kluwer

**LA LEY 4040/2016**

La Ley 5/2012, de 6 de julio incorpora la mediación intrajudicial a la Jurisdicción civil. Las Corporaciones locales no tienen atribuida la potestad de autotutela en estas relaciones de D.º privado. La mediación puede ser de gran utilidad, tanto para la Administración como la contraparte. Para la protección de los intereses afectados. En particular, cuando se ha iniciado la ejecución y solicitando el señalamiento de bienes.

### I. PLANTEAMIENTO: LA MEDIACIÓN

La Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), regula algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, e incorpora al Derecho interno la Directiva 2008/2052 de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuando las Corporaciones Locales y los entes, organismos y fundaciones que de ellas dependen, se someten a la Jurisdicción civil y mercantil. ¿Pueden participar en mediaciones intrajudiciales?

Cuando se estudia la viabilidad de la utilización de la mediación, para la finalización de procedimientos administrativos en las Administraciones Territoriales, es habitual indicar que no es eficaz en España, por las limitaciones que las Administraciones tienen para transigir, y que se limita su aplicación, en el ámbito administrativo, por el principio de legalidad por el que las Administraciones rigen todas sus actuaciones. La misma conclusión se aplica a los supuestos en que las Administraciones Territoriales se someten a la revisión jurisdiccional de sus actuaciones, o acuden a la Jurisdicción civil para que proteja, o declare, sus derechos en las relaciones jurídico privadas. Esto no es la práctica habitual en la Unión Europea ni en Estados Unidos ni Canadá, donde la mediación se aplica, con éxito, en el sector público, tanto en la vía administrativa, como en la jurisdiccional. Tampoco es la solución que aplica la Directiva 2008/2052, para las mediaciones transfronterizas.

Se añade, que como las Administraciones Territoriales tienen atribuida, en nuestro Ordenamiento jurídico, la potestad de autotutela para resolver, unilateralmente, los conflictos que se susciten sometidos al derecho administrativo, no es necesaria la mediación. Sin embargo, no existe la potestad de autotutela en las relaciones jurídico privadas que se someten a la Jurisdicción civil, por lo que, en ocasiones, puede ser conveniente, para proteger el interés público, utilizar la mediación intrajudicial.

La mediación intrajudicial, en el ámbito de la Jurisdicción civil, una vez iniciado el proceso, se caracteriza, como un instrumento auxiliar y complementario de la Administración de justicia. La mediación intrajudicial es una forma de obtener la tutela judicial efectiva. La mediación está científicamente construida (1) «en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, que se limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. No puede ser confundida con las actividades de negociación que realizan los abogados, ni con

la conciliación judicial o el arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide». Es un método que ha surgido desde los años 1970 en Estados Unidos y se ha incorporado a la Unión Europea, para los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos, con la Directiva 2008/2052. La incorporación en los Estados de derecho continental está siendo lenta, por no contar con experiencia en su aplicación. En España ya se utiliza, con éxito, en el derecho de familia desde hace más de treinta años, pero su implantación está siendo lenta en los nuevos ámbitos, aunque ya existen experiencias muy satisfactorias.

Hay distintos modelos (2) que aplican distintas técnicas (3) la práctica de la mediación. En todos ellos las características esenciales que deben concurrir para considerar que estamos ante una mediación, en los asuntos civiles sometidos a la Jurisdicción civil, son:

- La **confidencialidad** para todos los que participan, ya que no pueden utilizar en juicio, o fuera de él, la información que obtienen en la mediación.
- La **voluntariedad**. Las partes deciden libremente si inician el proceso y continúan en él, es decir, la Administración que participa no afecta a ninguna de sus potestades por «participar» en el proceso de mediación y mantiene intacta su capacidad de decisión, sin que se vean afectadas las potestades que debe ejercitar, ni el principio de legalidad. En el ámbito de la mediación deben aplicarse las potestades administrativas con el mismo rigor y flexibilidad que en el procedimiento administrativo, pero con más información y comunicación con el ciudadano, por lo que el resultado que se obtiene puede ser diferente.
- La **igualdad de las partes** en el proceso de mediación, por la que debe velar el mediador; los participantes en el proceso de mediación, y el mediador están en un mismo plano. Al ser el punto de partida de este artículo las Corporaciones locales en la jurisdicción civil, donde las partes se encuentran, en la fase declarativa, en una posición, básica, de igualdad, el participar en un proceso de mediación intrajudicial, no varía, tampoco, la situación de las Administraciones locales, que ya son parte en un proceso ante la Jurisdicción civil.
- Su **carácter personalísimo**, deben asistir personalmente las partes, aunque pueden ser asistidas por sus abogados, que son quienes redactarán los acuerdos que hayan alcanzado las partes.
- **Son las partes las que definen las características del acuerdo**, si éste se llega a alcanzar. Para alcanzar, y formalizar los acuerdos que se obtengan en el proceso de mediación, las Corporaciones locales tienen que ejecutar las potestades que tienen atribuidas, y seguir los procedimientos establecidos para la adopción de decisiones y, en su caso, disposición de sus derechos.
- La **flexibilidad del procedimiento de mediación**, ya que lo configuran las partes y se puede adaptar tanto al proceso, como al procedimiento administrativo, y si así lo quieren puede tener carácter no suspensivo de dichos proceso y procedimiento, aprovechando sus tiempos muertos.

Las actuaciones de las Entidades que integran la Administración local, sujetas al Derecho administrativo, son fiscalizadas por la Jurisdicción contencioso administrativa (4) , estos son los procesos habituales de las Corporaciones locales. Sin embargo cuando las Corporaciones locales pretenden el ejercicio de un derecho privado, o su actuación afecta a un ciudadano en una relación de derecho privado, no tienen atribuida la potestad de autotutela y sí pretenden el ejercicio, o la defensa, de sus derechos civiles, deben acudir a la Jurisdicción civil, quedando sometidas a la Sentencia, que están obligadas a cumplir, dirigiendo y asegurando su ejecución el Órgano Jurisdiccional de primera instancia que la haya dictado.

El objeto de este artículo es estudiar la posición de las Corporaciones locales, y los entes, organismos y fundaciones que de ellas dependen, como demandantes o demandados, en las

mediaciones intrajudiciales en la Jurisdicción civil, y comprobar si se encuentran en una situación de igualdad con las otras partes, a efectos de solicitar, o participar, en mediaciones intrajudiciales en la jurisdicción civil.

## **II. LAS CORPORACIONES LOCALES ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL. MATERIAS SOMETIDAS A LA JURISDICCIÓN CIVIL. POSICIÓN JURÍDICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL**

En general la revisión de los actos de las Corporaciones locales se somete a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la mayoría de ellos se encuentran sometidos al derecho administrativo. Sin embargo, cuando se ejercitan derechos privados por, o contra, las Corporaciones locales estos se fiscalizan por la Jurisdicción civil. Estas aparecen como parte del proceso y quedan vinculadas al cumplimiento de las sentencias de los Tribunales de fuero común, sin que tengan atribuida potestad de autotutela.

En el ámbito de los principios generales, es clara la distinción entre los asuntos de las Corporaciones locales, que se someten a la jurisdicción contencioso administrativa, y los que se someten a la jurisdicción civil. Sin embargo, la distribución real es fruto de la evolución histórica que se produjo en España, a partir de 1812, Constitución de Cádiz (LA LEY 1/1812) hasta 1845, creación de la jurisdicción contencioso administrativa, para instrumentar el control, por los órganos jurisdiccionales, de las actuaciones de las Administraciones Públicas (5) . Evolución que se ha ido depurando hasta nuestros días.

Se someten a la Jurisdicción civil, entre otras, cuestiones importantes que afectan al interés público, como, las cuestiones de propiedad de los bienes patrimoniales, tanto generales, como especiales, como los montes. Las tercerías en los procedimientos administrativos de recaudación (6) , las cuestiones relativas a la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos privados de las personas jurídicas públicas (7) y las financiaciones privadas de los contratos de concesión de obra pública.

En estas materias, como ya se ha señalado, las Corporaciones locales, no tienen atribuida la potestad de autotutela, y cuando los ciudadanos no aceptan los actos y actuaciones de la Administración, estas deben acudir a los Órganos jurisdiccionales para que declaren sus derechos y, en especial, para la ejecución de los mismos, lo mismo que sucede a los ciudadanos que son parte de una relación jurídico privada con las Corporaciones locales, si bien estos, una vez obtenida la Sentencia, para su ejecución se encuentran con los privilegios de las Corporaciones locales en materia de ejecución de sentencias.

Las partes en el proceso civil, en el ámbito declarativo, se encuentran en una situación básica de igualdad, aunque las Administraciones siguen contando con el privilegio de la necesidad de que haya de presentarse una reclamación previa en vía gubernativa, previamente a la presentación de una demanda en vía civil o laboral (8) contra la Administración.

En la actualidad, el art. 212 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (LA LEY 2574/1986) (9) , ordena que no se podrán ejercitar acciones fundadas en el Derecho privado o laboral contra las autoridades y entidades locales sin previa reclamación ante las mismas. Dicha reclamación se tramitará y resolverá por las normas contenidas en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común (10) .

Sin embargo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LA LEY 15010/2015) de Procedimiento Administrativo Común (11) , en su Exposición de Motivos, señala que las reclamaciones en vía administrativa han tenido escasa utilidad práctica, y de acuerdo con la voluntad de suprimir tramites que, lejos de consistir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la nueva Ley no contempla, ya, las reclamaciones previas en vía civil y laboral (12) . Las

reclamaciones previas a las acciones ejercitadas ante la jurisdicción civil, desaparecerán con la entrada en vigor de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015), que se producirá a partir del 2 de octubre de 2016 (13) y la finalización del período transitorio para adaptación de los procedimientos.

Que no exista, un acto de la Administración, que fije su posición al resolver la reclamación previa en vía administrativa, favorecerá el desarrollo de las mediaciones intrajudiciales.

Una vez dictada sentencia las Corporaciones locales, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva (14) , están obligadas a ejecutar la sentencia. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de entidades locales o de sus organismos autónomos corresponde exclusivamente a aquéllas, sin perjuicio de las facultades de suspensión o inexecución previstas en las leyes. Sin embargo (15) los tribunales y jueces no pueden despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

El privilegio de la inembargabilidad en el ámbito local se reconoce desde la Real Orden de 21 de enero de 1845, que ordenó la suspensión de todo apremio y ejecución contra los fondos municipales y la inclusión en el presupuesto municipal de sus deudas líquidas, proceso que se completó con el Real Decreto del 12 de mayo de 1847. Privilegios que se han delimitado en la STC 166/ 1998, de 15 de julio con la declaración de inconstitucionalidad del entonces art. 154.2 de la ley 39/1988, de 28 de diciembre (LA LEY 2414/1988) de haciendas locales. Puede ser útil al interés público, tanto para el ciudadano como para la Administración el utilizar la mediación intrajudicial para la ejecución de sentencias, especialmente en las relaciones de tracto sucesivo.

Por tanto, las Corporaciones locales en la Jurisdicción civil se encuentran en una situación básica de igualdad con la otra parte, sin potestad de autotutela, por lo que deben acudir al Tribunal para la ejecución de la sentencia, si la otra parte no lo hace voluntariamente.

### **III. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN**

La Ley de Enjuiciamiento Civil (16) , una vez iniciado el proceso, permite a las partes acudir a un procedimiento de mediación con suspensión, o no, de la tramitación del proceso. Es la mediación intrajudicial (17) . La rapidez del proceso de mediación, permite utilizar los tiempos muertos que se producen en la tramitación del proceso. No establece especialidades, a diferencia de la regulación de la conciliación, para las Corporaciones locales, que pueden aplicar las normas generales de la LEC en materia de mediación intrajudicial.

El art. 19 de la LEC (LA LEY 58/2000), con carácter general, ordena que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y pueden renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba (18) o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Una vez iniciado el proceso, presentada la demanda y la contestación de la demanda y preparada y practicada la prueba, las partes, incluidas las Corporaciones locales, tienen la posibilidad de iniciar un proceso de mediación, pero esto no es lo habitual, ya que están fijadas las posiciones. Por ello, en la práctica, la mediación intrajudicial se produce a instancia del Juez o Letrado de la Administración de Justicia, atendiendo a la categoría del proceso y serán estos los que tengan que decidir, en primer lugar, la derivación de las Corporaciones locales a una sesión informativa sobre la mediación, aplicando los protocolos generales de derivación a mediación.

Al regular el juicio ordinario, arts. 414 y 415 (19) de la LEC, como el juicio verbal, art. 443 (20) , se regula la derivación a mediación. Para el juicio ordinario se ordena que una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvenición, se convocará a una audiencia previa. En esta convocatoria, si

no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. El acto procesal de ofrecimiento a las partes de acudir a una sesión informativa sobre la mediación intrajudicial es muy conveniente que sea motivado, que las partes perciban que no es rutinario, sino que el Juez o el Letrado de Justicia aprecian que hay posibilidades de obtener éxito en la mediación, y por ello, quien derive a la sesión informativa debe conocer los argumentos tanto del demandante como del demandado y su apreciación inicial de los hechos, para decidir si deriva a mediación.

En atención al objeto del proceso, el Tribunal en la audiencia, o el Juez en la vista de los juicios verbales, si se comprueba que subsiste el litigio, podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. El Tribunal examinará, previamente, la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, lo que otorgará seguridad jurídica a la vista de la situación normativa de la mediación intrajudicial de las Corporaciones locales, que se expone a continuación.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista.

En el caso de haberse alcanzado en la mediación acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al Tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial. La intervención judicial en la conclusión del proceso, en especial con la homologación del Acuerdo alcanzado, otorga garantías a las Corporaciones Locales y a su contraparte en el proceso, cuando se solicita la homologación del acuerdo alcanzado en la mediación. Esta es una de las principales ventajas de la mediación intrajudicial, desde la óptica administrativa. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse, por las causas y en la forma, que se prevén para la transacción judicial.

El art. 395 de la LEC (LA LEY 58/2000) para la imposición en costas, en caso de allanamiento del demandado, antes de contestar a la demanda, entiende que hay mala fe en el demandado, si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido solicitud de conciliación.

En cuanto a la mediación intrajudicial la LEC no establece limitaciones para las Corporaciones locales, que pueden utilizar los preceptos generales anteriormente expuestos, en una situación de igualdad con la otra parte en cuanto se refiere a la LEC. Situación diferente se produce en cuanto a la aplicación de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012).

Tradicionalmente, las leyes de enjuiciamiento civil han procurado, sin éxito, instaurar medios para evitar la iniciación de un proceso, o su finalización. La LEC de 1881 (LA LEY 1/1881) (21) , «obligaba» antes de promover un juicio declarativo a intentar la conciliación ante el juez municipal competente. Por los resultados poco satisfactorios obtenidos se mantuvo, con carácter facultativo, a partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto (LA LEY 1944/1984), de reforma urgente de la LEC, que da nueva redacción al art. 460. Se exceptuaban, siempre, los juicios en que fueran, demandantes o demandados, la Hacienda pública, los Municipios, los establecimientos de beneficencia, y en general, las Corporaciones civiles de carácter público.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (LA LEY 11105/2015), deroga el art. 460 de la LEC (LA LEY 58/2000), y, en sus arts. 139 y 140, ordena que se podrá intentar la conciliación ante el Juez de Paz o el Secretario judicial del Juzgado de primera instancia o del Juzgado mercantil, según proceda, con arreglo a las previsiones de la Ley 15/2015 (LA LEY 11105/2015) para alcanzar

un acuerdo con el fin de evitar un pleito salvo en los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, corporaciones o Instituciones de igual naturaleza, así como, en general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

Sin embargo, el art. 77.1 de la Ley 29/ 1998 de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativa permite, una forma de conciliación, en los procedimientos en primera o única instancia contencioso-administrativos ya que el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, puede 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 (22) .

La conciliación, institución tradicional en nuestro derecho procesal, no puede asimilarse a la mediación. En esta interviene un tercero, neutral e imparcial, que no propone, aconseja ni decide sobre la solución del conflicto, diferenciándose la conciliación y la mediación, especialmente, porque en esta última existe una obligación estricta de confidencialidad, de todos los que participan, que no se aplica en el ámbito de la conciliación.

En el ámbito civil y mercantil, a nivel internacional, ha existido un movimiento para mejorar las formas de finalización de los procesos transfronterizos, y si es posible el evitarlos. La Comisión Europea presentó un Libro Verde el 19 de abril de 2002, donde se estudiaron las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil y a través de la Directiva 2008/2052 se armonizaron ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos, que debían estar incorporados al Ordenamiento Jurídico de los Estados miembros antes del 21 de mayo de 2011. La Comisión optó por la mediación como método de solución de conflictos; la está impulsando, pero está teniendo una implantación desigual en los Estados miembros, en especial en los de derecho continental.

El legislador español, con el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012) y la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012) ha regulado la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto internos como transfronterizos y la mediación extrajudicial y la intrajudicial. La LEC, a diferencia que con la conciliación, no excluye de sus preceptos que regulan la mediación, a las Corporaciones Locales. A continuación, se expone cuál es el tratamiento que la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) otorga a las Corporaciones locales en la mediación intrajudicial.

#### **IV. LA LEY 5/2012 Y LAS CORPORACIONES LOCALES**

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), incorpora al Derecho interno la Directiva 2008/52 (LA LEY 6958/2008) CE y supone el reconocimiento de la mediación, que se estaba aplicando en el ámbito familiar, en España, hace más de 30 años y contaba con regulación de las Comunidades Autónomas desde 2001 (Cataluña y Galicia), que se extiende progresivamente a otras 11 Comunidades Autónomas, que aprueban leyes de mediación familiar, la mayoría de las cuales permanece vigente.

La Directiva pretende facilitar el acceso a la justicia para garantizar la libre circulación de personas, la libertad de establecimiento y la prestación de servicios, creando unas bases comunes para la mediación civil y mercantil en la Unión Europea. La Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. (23)

El art. 2.2 de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación, en todo caso, a la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación

laboral y la mediación en materia de consumo. Sin embargo en su Preámbulo, (24) expresamente declara que las exclusiones previstas en dicha Ley, para delimitar su ámbito de aplicación, no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes. En la materia penal, laboral y en materia de consumo las leyes sectoriales ya han regulado la mediación en dichos ámbitos.

En relación con las Administraciones públicas se presentaron, y tramitaron, proyectos de ley que regulaban la mediación en materia administrativa, que no llegaron a aprobarse. El Ministro de Justicia presentó al Consejo de ministros celebrado el 19 de febrero de 2010, un Informe sobre tres anteproyectos de ley: a) el de Mediación, b) el de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del Arbitraje institucional en la Administración General de Estado, y c) el de la Ley Orgánica, complementaria de los dos anteriores, por la que se proponía la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. Iniciativas que se enmarcaban en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible. (25) En el Anteproyecto de la Ley de Mediación presentado al Consejo de Ministros, en su art. 2.2, no se excluía a las Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la Ley de mediación en el ámbito civil y mercantil y en el Anteproyecto de reforma de la Ley de arbitraje institucional se contenían reformas para habilitar la mediación en materias administrativas. El Consejo de Estado (26) señaló que la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa era preferible que fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que iba a regular la mediación en los asuntos civiles y mercantiles.

Sin embargo, las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre (LA LEY 15011/2015) (BOE día 2) de «Procedimiento Administrativo Común de las AAPP» y de «Régimen Jurídico del Sector Público», no han definido cuál es el espacio material de disponibilidad en que resulta posible la mediación en el ámbito administrativo, como deberían haber hecho y no contienen novedades en la regulación de la finalización convencional del procedimiento administrativo.

La Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), contiene disposiciones generales, dónde regula los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, y las instituciones de mediación. También regula los principios informadores de la mediación, tanto intrajudicial como extrajudicial, el estatuto del mediador, el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos. Por ello, la exclusión de las Administraciones públicas de su ámbito de aplicación, les puede dificultar, en algunos casos, la utilización de este medio de finalización de procesos, que puede ser muy útil para la consecución del interés general. La falta de una regulación de la mediación, no es una cuestión nueva en España, y se ha dado prácticamente en todos los ámbitos en los que se ha iniciado su práctica, como sucedió en el ámbito familiar hace 30 años, pero ello nunca ha impedido el inicio de la utilización, con éxito, de la mediación en el ámbito que se tratara, donde una vez consolidado en la práctica se ha regulado.

La exclusión subjetiva de las Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), plantea caracteres específicos, ya que incorpora al Derecho interno la Directiva 52/08 CE, (27) y esta no establece ninguna exclusión de su ámbito de aplicación «subjetiva» de las Administraciones públicas. En efecto, el art. 1.2 de la Directiva solo excluye de su ámbito de aplicación, los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii). Ninguno de estos actos, en España, son competencia de la Jurisdicción civil, por lo que conforme a la Directiva, respecto a los litigios transfronterizos (28) , España está obligada a habilitar la mediación intrajudicial, para las Corporaciones locales, en los litigios transfronterizos en la Jurisdicción civil y mercantil. En el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, remitido a las Cortes por el Gobierno en 2011, (29) tampoco se excluían a las Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la Ley de mediación y en el proyecto de su Disposición Final Tercera se modificaban los arts. 77 (LA LEY 2689/1998) y 106 de la de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa (LA LEY 2689/1998) para habilitar que el juez o Tribunal pudiera imponer a las partes el sometimiento a las normas de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012) relativas a los principios de la misma, el estatuto del mediador y el procedimiento, entre otros mandatos; aun cuando la mediación era voluntaria para las partes. Este Proyecto se declaró caducado por la disolución de las Cortes por la convocatoria de elecciones generales el 28 de octubre de 2011. (30) (31)

Tras las elecciones, el Real Decreto Ley 5/2012 (LA LEY 3708/2012) y la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), incorporaron al Derecho español la Directiva y, en sus arts. 2.2, como ya se ha señalado, excluyeron del ámbito de aplicación de las citadas normas, la mediación con las Administraciones públicas.

## **V. BASES PARA LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y MERCANTIL CON LAS CORPORACIONES LOCALES**

De las consideraciones anteriores pueden extraerse las siguientes bases para que las Corporaciones locales puedan utilizar la mediación intrajudicial en la Jurisdicción civil y mercantil:

**Primera.** Las Corporaciones Locales cuando actúan en la Jurisdicción civil pueden participar en mediaciones intrajudiciales. Al no contar con potestad de autotutela en las relaciones jurídicas que se someten a la Jurisdicción civil, es un procedimiento cuya utilización conviene valorar, pese a que no tiene, todavía, tradición en nuestro Ordenamiento jurídico.

**Segunda.** Las Corporaciones locales pueden aplicar las normas de la LEC, que definen la forma de derivación a una sesión informativa de mediación, y la integración del procedimiento de mediación en la vía jurisdiccional civil. En la LEC la mediación, respecto a las Administraciones públicas y sus entes, organismos y fundaciones, tiene un campo de aplicación más amplio que de la conciliación, tradicional. No se hace, ninguna exclusión de las Administraciones Públicas de la aplicabilidad de dichas normas de la LEC.

La aplicación de dichas normas otorga seguridad jurídica, a todas las partes ya que, normalmente, la mediación intrajudicial se produce por ofrecimiento del Juez, o el Letrado de la Administración de Justicia, que valoran la capacidad de las partes. A solicitud de las partes se puede obtener la homologación judicial del acuerdo que se haya podido alcanzar. El auto de homologación es un título ejecutable, que valora tanto la forma como los aspectos básicos del fondo del acuerdo.

**Tercera.** Respecto al ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), que regula la mediación civil y mercantil, están excluidas las Administraciones Públicas. Esto implica que deben excluirse las Corporaciones Locales que se integran en el concepto de Administración Pública, pero no se excluyen, de su ámbito de aplicación, los entes, organismos y fundaciones locales que no se integran, por el tipo de potestades que ejercitan, en el concepto de Administración Pública. Y se integran en el concepto de sector público local.

No se puede tratar de forma unitaria el concepto de Administraciones Públicas, porque a 31 de diciembre de 2014, existían 256 personificaciones en la Administración del Estado, 1.866 en las Comunidades Autónomas y unas 7.000 dependientes de las Corporaciones locales. Hay que estudiar cada caso para comprobar si es aplicable la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012).

A partir del 2 de octubre de 2016, estos conceptos habrá que depurarlos con la nueva regulación de la Ley 49/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto sea aplicable a las Corporaciones locales, y la nueva tipificación del sector público y Administración que hace.

Al regular la Directiva 2008/2052 y la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) las mediaciones transfronterizas la interpretación del concepto de Administración Pública que debe hacerse es funcional (32) . Así lo ha indicado el TJCE, para no menoscabar el efecto útil del Derecho comunitario



tanto más justificado cuanto que el procedimiento legislativo puede diferir de un Estado miembro a otro de modo no desdeñable, por lo que procede adoptar una interpretación que garantice en todos los Estados una aplicación uniforme de la Directiva para las mediaciones transfronterizas. Según reiterada jurisprudencia del TJCE, es indispensable que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno a una directiva sea suficientemente precisa y clara, que permita a los particulares afectados conocer la extensión de sus derechos y obligaciones. Independientemente que por el propio tenor del art. 288 TFUE (LA LEY 6/1957) (33) , párrafo tercero, los Estados miembros puedan elegir la forma y medios de ejecutar las directivas.

**Cuarta.** En estas mediaciones intrajudiciales, en la que intervengan directamente Corporaciones Locales, cobran especial relevancia las Instituciones de mediación y las Oficinas Judiciales que coordinan las mediciones intrajudiciales.

En primer lugar, para que se produzca un nombramiento transparente y objetivo del mediador, como ordena el art. 5 de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) en las Instituciones de mediación. Situación que, también, se produce en las Unidades de Mediación Intrajudicial. (34)

En segundo lugar, porque es a través de las actas de la sesión informativa, sesión constitutiva y final, con o sin acuerdo, como habrá que sustituir la no aplicación de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), así como con los acuerdos de confidencialidad con los terceros que participen en el proceso de mediación, y es a través de la intervención las Instituciones de mediación y de las Unidades de Mediación Intrajudicial, como se podrán establecer pautas que faciliten y den seguridad jurídica a los procesos de mediación; homologando los modelos de mediación que utilicen sus equipos de mediadores en este tipo de mediaciones, adaptado a las características de cada caso.

En tercer lugar, definiendo el Estatuto del mediador que actúe y revisando el seguro de responsabilidad civil del mediador para mejorar la seguridad jurídica de todos los que participen en estos procedimientos de mediación intrajudicial.

Es importante que con la experiencia que se vaya adquiriendo se vayan estableciendo protocolos de actuación y unificando la tipificación de los entes, organismos y fundaciones locales a las que les son de aplicación las normas de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012).

**Quinta.** Como se ha señalado una de las principales características de los procesos de mediación es la voluntariedad de acudir, y permanecer, en la mediación, por ello las Corporaciones locales que inician un proceso de mediación intrajudicial no afectan a sus potestades, ni al principio de legalidad. Al contrario es una forma de recuperar, ambas partes, el control del conflicto, y que sean las partes las que lo solucionen, pudiendo tomar en consideración aspectos que no tienen cabida en un proceso judicial. Con la mediación se establece, o restablece, una comunicación, que en muchas ocasiones no ha existido previamente. Es una «forma» diferente de ejercitar la «misma» potestad.

Para iniciar el proceso de mediación la Corporación local deberá adoptar, a través de un procedimiento administrativo, un acto administrativo, en el que se autorice el inicio del proceso de mediación, y se designe a las personas que vayan a representar a la Corporación local. Para determinar el Órgano competente habrá que examinar las características del caso concreto, ya puede adelantarse que mediación no es sinónimo de transacción. Por otra parte, las transacciones se diferencian de las renunciaciones abdicativas puras y simples de derechos, y en la transacción se pueden incluir sacrificios de orden moral y no necesariamente de orden económico (35) .

**Sexta.** Las potestades que pueden ejercitar las Corporaciones locales en el proceso de mediación son, entre otras, las discrecionales (36) , las de revocación de actos, rectificación de errores materiales, y revisión de oficio, en los términos establecidos en los arts. 105 (LA LEY 3279/1992), 102 y 106 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), y con los mismo requisitos que se aplican en el procedimiento administrativo. También podrá ejercitar las potestades de terminación convencional establecidas en el art. 88 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992) y los artículos que autorizan la

transacción (37) . Hay que superar la desconfianza tradicional en esta forma de terminación del procedimiento, y al menos en la transfronterizas, hay que incorporarse a la pauta común que se está estableciendo en Europa, que como se ha señalado parte de la voluntariedad de aplicación por la Corporación local. Pero la decisión que se adopte es imprescindible que se haga conociendo, de verdad, que es la mediación y las oportunidades que da a las Corporaciones locales, que pueden ser los principales beneficiados. En esta labor es imprescindible la actuación de los Órganos jurisdiccionales en los procesos que ya se han iniciado.

**Séptima.** Tan pronto el Tribunal, Juez o el Letrado de Justicia, conozcan los planteamientos del demandante y demandado y sus pretensiones podrán determinar si el caso es susceptible de remisión a mediación, incluso aun cuando sea parte una Corporación local, o un ente, organismo o fundación que de ella dependa. Si se hace de una forma motivada, no rutinaria, que aprecien las partes, aumentan las posibilidades de eficacia de la mediación. En este caso tiene especial relevancia la sesión informativa, por las características especiales de esta mediación intrajudicial.

- (1) José Pascual *Ortuño Muñoz* y Javier *Hernández García*, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», página web mediación es justicia, Gemme, pag. 7.
- (2) Los básicos son: Harvard o problem-solving, circular-narrativo y transformativo, sobre estos se han ido creando modelos integrativos o mixtos.
- (3) Helena *Soletó*. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, segunda edición editorial Tecnos.
- (4) Incluso el ejercicio de la potestad de autotutela.
- (5) Desde un punto de vista práctico, la separación de las materias que se adscriben a la jurisdicción civil y a la jurisdicción contencioso administrativa se ha hecho de una forma casuística, como se puede comprobar, ya, desde la Real Orden de 20 de septiembre de 1852, que aun cuando adscribe a los Tribunales de la jurisdicción civil las cuestiones de propiedad y tercería, establecía importantes matizaciones.
- (6) Arts. 117 y ss. del RD 939/2005, de 29 de julio (LA LEY 1313/2005), que aprueba el Reglamento General de Recaudación que regulan la reclamación administrativa previa a la jurisdicción civil.
- (7) Arts. 20 (LA LEY 21158/2011) y 21 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (LA LEY 21158/2011) que aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público (LA LEY 21158/2011).
- (8) Este privilegio se instauró en las Administraciones Públicas, en normas administrativas, a partir de las Reales Ordenes de 25 de noviembre de 1839, 9 de febrero de 1842 y 15 de marzo de 1843, pasando a la Administración local a través del artículo 26 del Reglamento Municipal de Procedimiento de 23 de agosto de 1924 a la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935.
- (9) Por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales.
- (10) En la actualidad se regula en los arts. 120 (LA LEY 3279/1992) a 126 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- (11) BOE 2 de octubre.
- (12) Aun cuando, en su Disposición final tercera, modifica la Ley 36/2011 (LA LEY 19110/2011), de 11 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y mantiene la necesidad de agotar la vía administrativa previa a la vía judicial social.

- (13)** La Disposición final quinta de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) otorga el plazo de un año, desde la entrada en vigor el 2 de octubre, para adecuar a la misma las normas reguladoras de los distintos procedimientos que sean incompatibles con lo previsto en dicha Ley.
- (14)** Reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978).
- (15)** Art. 173, Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de Haciendas locales (LA LEY 362/2004).
- (16)** Ley 1/2000, de 7 de enero (LA LEY 58/2000) (BOE 8 de enero), modificada en relación con la mediación, principalmente, por la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012) y 42/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15164/2015).
- (17)** Aunque es un supuesto teórico, por la realidad de la mediación en España, aun iniciado el proceso, las partes podrían iniciar una mediación al margen y en paralelo con el proceso, lo mismo que pueden negociar a lo largo del proceso.
- (18)** En la mediación, a diferencia de la conciliación, no existe ninguna norma que prohíba a las Corporaciones locales la utilización de la mediación, intrajudicial o extrajudicial.
- (19)** Modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15164/2015), de reforma de la LEC.
- (20)** Modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15164/2015), de reforma de la LEC.
- (21)** Aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, art. 460.
- (22)** «Comentarios al artículo 77». *Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998))*, páginas 688 y ss. El Consultor.
- (23)** Art. 2.1. Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012).
- (24)** Último párrafo de su apartado II. Este inciso se incluyó mediante una enmienda en el Senado «para evitar interpretaciones restrictivas o limitativas de la posibilidad de acudir a la mediación en otros ámbitos» y obtuvo en el Congreso 316 votos a favor y 4 abstenciones, de los 320 votos emitidos.
- (25)** Nota de Prensa del Consejo de Ministros de 19 de febrero de 2010.
- (26)** El Consejo de Estado, el 17 de febrero de 2011, Informe 2222/2010 (Justicia) informó el Anteproyecto de Ley de Mediación, señalando que antes de entrar en una regulación procedimental de la mediación en materias administrativas, sería oportuno clarificar y definir cuál es el espacio material de disponibilidad en que resulta posible la mediación en el ámbito administrativo. Lo que aconsejaba, que la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que regule la mediación en los asuntos civiles y mercantiles.
- (27)** Debe destacarse que la Propuesta de la Comisión [SEC2004)1314]. Bruselas 22.10.2004 COM (2004)718 final de dicha Directiva tampoco contenía los límites específicos de materias administrativas al ámbito de aplicación, que se incluyen en el artículo 1.2 de la Directiva aprobada. y que los anteproyectos de Ley no excluían, del ámbito de aplicación de la actual Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), a las Administraciones Públicas en las mediaciones intrajudiciales en la Jurisdicción civil o mercantil.
- (28)** El art. 3 de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012), entiende como litigio transfronterizo, entre otros, aquel en que al menos una

de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de cualquiera de las otras partes, en la fecha en que acuerden hacer uso de la mediación, o cuando el pacto que se llegue o alguna de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

- (29)** Boletín Oficial de las Cortes Generales IX Legislatura Serie A: Proyectos de Ley 29 de abril de 2011 Núm. 122-1.
- (30)** Boletín Oficial de las Cortes Generales IX Legislatura Serie D: General 28 de Octubre de 2011.
- (31)** La Ley 1/2011, de 28 de marzo (LA LEY 6470/2011), de mediación de Cantabria ha dado, en su ámbito de aplicación, a la Mediación con Administraciones Públicas un tratamiento análogo al que daban los anteproyectos anteriormente expuestos.
- (32)** Sentencia TJCE 14/2/2012 C 204/09 Flachglas
- (33)** Versión consolidada Tratado Funcionamiento de la Unión Europea, DOCE 30 3 2010 C 83 47
- (34)** Puede examinarse la Unidad de Mediación Intrajudicial en la Oficina Judicial de Murcia regulada por la Orden Jus/1721/2014, de 18 de septiembre y la Instrucción de la Secretaría de Gobierno del TSJ de Murcia 5/2013 de 4 de noviembre, accesible en internet a través de Google.
- (35)** Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, 929/2000, de 11 de octubre (rec. casac. 3083/1997), F. de Dº 2º y 636/1999, de 8 de julio (rec. casac. 3614/1994), F. de Dº 2º.
- (36)** Respetando, entre otros, el principio de igualdad.
- (37)** Puede consultarse *Manual de Administración Local*, Angel Ballesteros, El Consultor, 2006, pags 174 y ss.