

**Carla
Esplugues
Barona**

**Doctora en
Derecho, Universitat
de València**

carla.esplugues@gmail.com

Recibido: 03.08.18

Aceptado: 02.10.18

Mediación en derecho administrativo

Mediation in administrative law

Resumen: Presenciamos un momento de creciente fascinación por la mediación. Sin embargo, el Derecho administrativo se presenta históricamente como un ámbito plagado de obstáculos frente a las ADR y, por tanto, frente a la mediación. Sin embargo, los cambios sociales y la mutación de las estructuras administrativas llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos con la Administración. La mediación se ha visto fuertemente impulsada por la Unión Europea y en el ámbito interno, el Consejo General del Poder Judicial ha propiciado la incorporación de la mediación administrativa mediante proyectos pilotos que impulsan el consenso.

Palabras clave: Justicia administrativa; derecho administrativo; mediación administrativa.

Abstract: Mediation is playing a growing role nowadays, strongly promoted by the European Union. However, Administrative law remains a legal area riddle with obstacles to the ADR and to mediation. Social changes and the mutation of administrative structures require the search of new ways to solve administrative disputes. Because of this, the Spanish *Consejo General del Poder Judicial* has favored the implementation of administrative mediation by means of pilot projects.

Keywords: Administrative Justice; Administrative Law; Administrative mediation.

Frente al histórico recurso a la conciliación como primer cauce autocompositivo de resolución de conflictos, la mediación ha conocido en los últimos tiempos un gran impulso, propiciado en gran parte por la Unión Europea y por otros movimientos interregionales que la consideran muy adecuada. La mediación está convirtiéndose a día de hoy en una suerte de primera vía a la que habría que acudir, antes de intentar cualquier otro camino de solución o de gestión de conflictos. Es por ello que asistimos a un momento histórico de fascinación por esta figura, lo que no implica que exista todavía un alto índice de empleo de esta institución.

En palabras de Barona Vilar, la mediación “es un procedimiento de gestión y de solución de controversias en el que dos o más partes, de forma voluntaria, pretenden alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del tercero, ajeno al conflicto” (Barona Vilar, 2018, p. 67). Este tercero es el mediador, quién se encargará de acercar a las partes en conflicto para que estas por sí mismas, adopten la decisión que convengan. La principal diferencia respecto de la figura de la conciliación reside en que el mediador no puede proponer soluciones —al menos no es conveniente en los momentos iniciales—, sino que se limita fundamentalmente a acercar a las partes —mediante técnicas de comunicación— para que estas traten de alcanzar un acuerdo (Escuela de Harvard). También puede provocar a las partes para que respondan de forma diversa a cómo inicialmente se presentaron, empleando el caos en ciertos casos (Escuela circular narrativa). O incluso trabajar una verdadera transformación de las mismas, no tanto para resolver el conflicto planteado, sino para aprender a relacionarse y a gestionar los problemas en un futuro (Escuela transformativa). Para poder desempeñar esta función parece necesario que se exija una capacitación al mediador, tanto en la dialéctica del conflicto y el manejo del mismo, cuanto respecto de la profundización e incorporación de técnicas que favorezcan la comunicación, la empatía, la escucha, el ayudar a ponerse en lugar del otro, etc. Una formación que podría situarse en una mínima capacitación de entre cien y doscientas horas.

El auge de la mediación se ha producido en muy diversas materias. Destacaríamos la mediación en el ámbito familiar, en los conflictos de consumo y laborales, y de un tiempo a esta parte, también el ámbito penal, muy especialmente en materia de responsabilidad penal de los menores, (Barona Vilar, 2011, p. 203).

En Europa este impulso vino en gran medida de la mano del movimiento propiciado desde la Unión Europea a través, entre otras, de la Directiva 2008/52/EC del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación e asuntos civiles y mercantiles que abrió un enorme panorama todavía con un largo recorrido, lo que no significa que con anterioridad no sea posible encontrar numerosos instrumentos europeos que venían realizando recomendaciones al uso. Esta Directiva va un paso más allá, al incorporar la “obligación” de los Estados miembros de la Unión Europea de legislar sobre mediación civil y mercantil, al menos transfronteriza, pero impulsando que la regulación se haga igualmente en sede nacional. La opción de incorporar ambas ha sido la mayoritariamente asumida por la mayor parte de los países de la Unión. Se ha llegado a lograr la conformación de un paraguas jurídico que permita favorecer la incorporación de estos mecanismos, y hemos visto sucederse las normas reguladoras de los veintiocho países de la Unión Europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Un punto común en todos ellos: se ha cumplido con la obligación derivada de la Directiva de regular sobre mediación civil y mercantil. Unas diferencias: la clara asimetría existente entre las legislaciones y, sobre todo, los resultados que han producido las mismas.

En España, el principal hito lo constituye la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que, aunque no supuso la aparición original de la mediación en nuestro país —por cuanto mediación había—, sí implicó un reconocimiento legal de una realidad ya existente en otros ámbitos. Y se ha venido a considerar como la “ley marco de mediación” también para otros sectores y en algunas comunidades autónomas.

Hasta aquí hemos venido refiriéndonos a la posición global o marco de una institución que no contaba con una historia legislativa consolidada, como sí sucediera con la conciliación, pero sí que venía ofreciéndose en ciertos ámbitos como una posible vía de desbloqueo para ciertos conflictos jurídicos, como sucedía a título de ejemplo en materia de familia, donde la existencia de relaciones afectivas y familiares empañaban cualquier medida que pudiese adoptarse en sede judicial. Los jueces aplican el derecho y no tratan de resolver problemas de afectividad que en muchas situaciones han propiciado el conflicto jurídico.

Sin embargo, la ubicación de medios alternativos para resolver conflictos en el seno del derecho público se ha venido siempre presentando como más compleja, y diríamos que si en el ámbito penal también la mediación vino a considerarse como posible, especialmente fundamentada en la justicia restaurativa y protección a las víctimas, así como en la resocialización del acusado, se ha venido mostrando específicamente en el de los conflictos administrativos, cuanto menos, controvertida. La razón no es otra que la propia naturaleza que arrastran tras de sí estos cauces alternativos de resolución de conflictos a lo largo de la historia, y que en su propia naturaleza implican que un tercero, ajeno a las partes, tiene la posibilidad de resolver los conflictos que existen entre las mismas, conflictos que en este caso afectan a la Administración. Supone en toda regla una especie de cesión de su poder de control dejando en manos de un tercero ajeno la decisión de los conflictos. Obviamente, esta animadversión hacia la cesión o dejación en manos de otros es lo que llevó a considerar igualmente la prohibición de transigir, de pactar, de convenir durante mucho tiempo en sede administrativa. Prohibición que ha ido con el paso de los años relajándose, al ir, poco

a poco, incorporándose en las leyes administrativas esta posibilidad, siempre con el debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas. Pero un cambio ya se presentaba.

El siglo XXI ha supuesto muchas y variadas transformaciones y, especialmente, ha ido incorporando enormes cambios sociales, lo que también ha propiciado importantes transformaciones de las estructuras administrativas y de las propias relaciones de los ciudadanos con la Administración. Estas han cambiado, y diríamos que junto a una extensión de lo que se cubre en la actualidad por el sistema jurídico administrativo (imparablemente ensanchado), la viabilidad de generar, allende las relaciones jurídico administrativas (nuevas y complejas) también ha conllevado la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos. Ante nuevos tipos de conflictos administrativos, se buscan soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

De este modo, no podemos sino afirmar que si en un ámbito como el más público de todos, el más controlado por el Estado, como es el derecho penal, la mediación ha penetrado en las legislaciones europeas sin vuelta atrás, en el marco de lo que Barona Vilar ha denominado el “nuevo re-pensamiento de la Justicia penal” (Barona Vilar, 2018, p. 97), resulta difícil negar su incorporación al ámbito del derecho administrativo, ámbito del derecho público con una gran intervención de la Administración, cierto, si bien en un momento de plena transformación de la justicia administrativa, que lleva a la posibilidad, cada vez más, de discriminar entre lo que es indudablemente indisponible y por ende solo cuestionable en sede administrativa y/o ante un juez y aquello que, aun con los condicionantes y límites que se quieran, podría permitir figuras como la mediación.

1. Una aproximación a la figura de la mediación

Aun cuando el estudio de la mediación administrativa requiere de una readaptación de la institución a un sector complejo como es el de los conflictos administrativos, interesa, en primer lugar, realizar, siquiera brevemente, una aproximación en torno a la figura de la mediación en general. Tomando como referente común la citada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos destacar las principales características de la mediación:

1) Principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación iniciada. La libertad como fundamento de la mediación se ha defendido desde sus orígenes y se plasma principalmente en el principio de voluntariedad. Los sujetos en conflicto deben acudir libremente a la mediación, y mantenerse libremente en el procedimiento de mediación (Barona Vilar, 2012, p. 47).

Ahora bien, desde Europa empiezan a alzarse voces partidarias de la incorporación de la obligatoriedad en la mediación, que implique la necesidad de acudir a la mediación antes que a la vía judicial¹. Por un lado, ello generaría una mayor cultura de la mediación y posiblemente una reducción de la conflictividad, pero a la vez comportaría una contradicción respecto de la propia naturaleza de la mediación que es voluntaria, y la convertiría más en un presupuesto de procedibilidad que en un verdadero instrumento para buscar el acuerdo entre las partes (Barona Vilar, 2018 pp. 68-69).

2) En segundo lugar, la mediación exige el debido respeto al principio de igualdad de trato de sus intervinientes. Esa igualdad implica ofrecer las mismas oportunidades de intervención en el procedimiento de mediación a todas las partes.

3) El mediador debe ser neutral, manteniendo una posición equidistante respecto de quienes intervienen en la mediación, trabajando para aproximar a las partes, desde esa visión equidistante (Barona Vilar, 2013, p. 45).

4) La mediación es un procedimiento extrajudicial de conflictos, flexible y adaptable a las circunstancias propias de cada conflicto y de las personas que intervienen en el mismo. Es por ello que en las normas reguladoras de la mediación se habla de sesiones y de unas mínimas garantías en las actas que se suscribirán por quienes hayan intervenido en las sesiones, pero se deja a las partes y a los mediadores el diseño del procedimiento que se debe seguir, con el fin de garantizar la adaptabilidad propia de este modelo de mediación; un modelo en el que es posible avanzar y retroceder, interrumpir o suspender el procedimiento, obviamente siempre bajo el control de las reglas de máximos que se establecen en las normas reguladoras del mismo. En algunas materias se llegan a fijar unos máximos de duración del procedimiento de mediación (como sucede por ejemplo en materia penal, que se habla de unos dos o tres meses máximo).

5) Principio de confidencialidad, que ofrece una enorme garantía para quienes intervienen en mediación. La confidencialidad es exigible no solo a quienes participan en el procedimiento, sino también a los mediadores, las instituciones mediadoras y cualquier persona que pueda intervenir en la mediación. El deber u obligación de confidencialidad podrá exigirse mediante la correspondiente responsabilidad y sus consecuencias en atención a quién sea el infractor o el que quiebre la misma.

¹ Nos remitimos en este punto al Informe del Parlamento Europeo de 2014 denominado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, del que se desprende el impacto limitado de la Directiva en Europa, con propuestas de mejora entre las que se encuentra precisamente la de introducir la mediación obligatoria en algunas categorías de asuntos, sin perjuicio de la posibilidad de retirarse de la mediación en la primera reunión (*op-out*). Sobre este Informe y las propuestas Azcárraga Monzonis, 2016, pp. 107-117.

6) La mediación viene exigiendo el cumplimiento de un código de comportamiento por quienes en ella actúan; en relación con quienes pueden serlo, se recoge en el Estatuto del mediador, mientras que en el caso de las personas que intervienen en la mediación se exige el respeto a las reglas de la buena fe y el respeto mutuo a las partes y a quienes pudieran intervenir a lo largo del procedimiento de mediación, así como la asunción de actitud de colaboración y apoyo permanente al equipo de mediación.

7) Una de las características de la mediación se centra en el resultado que se alcance al finalizar el procedimiento. Inicialmente el acuerdo constituía un mero acuerdo de voluntades entre las partes, pero lo cierto es que a día

de hoy se fomenta que dicho acuerdo alcance el valor de contrato, y se pretende que el valor jurídico del acuerdo pueda servir como elemento de impulso a participar en la mediación y no como elemento de desinterés por la institución. La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respondió a esa inquietud, impulsada desde el seno comunitario europeo, y de ese modo la solución que en este ámbito se ofrece queda en manos de las partes, quienes pueden otorgarle un mero valor de acuerdo o bien pueden favorecer su conversión en título ejecutivo, ya mediante la incorporación del acuerdo en el proceso, o bien elevar a escritura pública notarial el acuerdo adoptado en mediación lo que favorece el valor de título ejecutivo sin necesidad de acudir a la vía judicial.

2. La mediación administrativa

Una vez expuestas sucintamente las notas características de la mediación, que como institución y con las variables al uso habrá que considerar en su modulación para los conflictos administrativos, podemos adentrarnos en la implantación de esta en el ámbito del derecho administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) incorporó en su artículo 88.1 la posibilidad de que la Administración celebre acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de derecho público como privado. Similar a la legislación española puede encontrarse en la mayor parte de las legislaciones. A mayor abundamiento, el artículo 107.2 de la LRJPAC incluyó la posibilidad de sustituir mediante desarrollo legislativo, los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de impugnación como la conciliación, mediación y arbitraje. Evidentemente, estos preceptos implicaban atisbos de cambio, una percepción diversa de la que se había venido manteniendo hasta el momento. No todo el derecho administrativo era indisponible, ni en todo conflicto planteado en sede administrativa debía necesariamente quedar vetada la posible transacción entre las partes en conflicto.

Sin embargo, la cuestión no estuvo exenta de cierta polémica doctrinal, derivada de las distintas concepciones de las potestades administrativas públicas. Lo que buscaba el legislador de 1992 era la interacción entre Administración y ciudadano, es decir, una administración pactada, sin que con ello se afectara al interés público ni el principio de legalidad al que está plenamente sometida la Administración. Esta idea es la que subyace en la actualidad y la que mueve a incorporar esta institución de la mediación. Con ella se abren cauces de acercamiento entre la Administración y el ciudadano y se gana confianza de este hacia aquella, máxime cuando las relaciones son habitualmente complejas y demasiado despersonalizadas.

No deben olvidarse las dificultades que existen para que ciudadano y Administración se desarrollen e interactúen en un plano de horizontalidad, dada la posición de privilegio que tiene y ejerce la Administración. En tal sentido, el procedimiento administrativo tal y como lo conocemos implica que sea la propia Administración quién resuelva un conflicto, imponiendo una decisión y no dejando margen alguno a la interacción entre las partes. Es una relación jerarquizada o si se quiere vertical en la que el ciudadano y la ciudadana parten de una clara situación de inferioridad respecto de la Administración. Es

por ello que la institución de la mediación busca crear una relación diferente, basada en el diálogo y en la búsqueda de una solución por ambas partes, sin olvidar los intereses públicos en juego (Carballo Martínez, 2013, p. 7), ni el papel de la Administración y la situación de privilegio en la que se encuentra relacionadamente hablando respecto del ciudadano, si bien con una posibilidad de trabajar conjuntamente mediante la mediación en la búsqueda de la mejor de las soluciones posibles para ambas partes. Esto no es imposible, como lo demuestran los proyectos piloto que ya existen al respecto y las enormes ventajas que suponen para ambas partes no terminar en vía administrativa y en vía jurisdiccional, con costes en tiempo y en dinero, amén de la insatisfacción y frustración que en muchos casos siente la ciudadanía.

Y este ha sido el espíritu que ha llevado al legislador de 2015 a incorporar también estos preceptos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Se trata esta de una modalidad de mediación que denominamos “mediación administrativa o en vía administrativa” que lo que hace es completar, desviar o

sustituir la tutela de la Administración propia, de modo que es posible alcanzar un acuerdo, evitando la continuidad del procedimiento administrativo o solucionando parcialmente el conflicto suscitado.

Frente a esta mediación administrativa o mediación en vía administrativa, existe otro tipo de mediación, la mediación intrajudicial, en el seno del proceso contencioso-administrativo. Asistimos en este punto a un contexto peculiar en el que hay suficientes fundamentos legales para justificar la mediación intrajudicial, si bien no existe el soporte jurídico adecuado para desarrollar la misma, más allá de los proyectos piloto auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que han permitido un enorme bagaje para su puesta en práctica.

Son dos modalidades diversas: la mediación administrativa pura (en sede administrativa) y la mediación intrajudicial administrativa (en sede procesal contencioso-administrativa). Ambas no son sustitutas de la vía administrativa o la vía judicial, sino complementarias, e incluso en ciertos casos son caminos para evitarlas.

3. Fundamentos y razones para la incorporación de la mediación como cauce de resolución de los conflictos con la Administración

La casuística de situaciones conflictivas en las relaciones de los ciudadanos con la Administración es amplia y compleja. Esos conflictos se gestionan, a día de hoy, a través del procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo. Ahora bien, en los últimos tiempos han surgido múltiples voces que reclaman la necesidad de repensar los sistemas actuales de autotutela administrativa y de control judicial, debido a lo que se conoce como “crisis de la justicia administrativa”.

Efectivamente, que la Justicia está en crisis era y es un dato innegable. Y quizás más que hablar de “crisis de la justicia” deberíamos hablar de una crisis del sistema de Justicia en su conjunto o, en palabras de Parejo Alfonso, ante una auténtica crisis de confianza del Estado

(Parejo Alfonso, 1989, p. 16). Algo está cambiando y algo requiere cambios. Y la mediación es una pieza de esos cambios en el derecho administrativo.

En derecho administrativo un elemento más entra en juego: el principio de legalidad, que vino suponiendo un parapeto argumentario contra cualesquiera posibilidades alternativas a la justicia administrativa entendida como órganos administrativos y órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa o, si se quiere, procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo-. Era obvio que la llamada “crisis de la justicia” arrastrara tras de sí, igualmente, la crisis de la propia Administración Pública (Parejo Alfonso, 1991) como manifestación de esa “crisis” generalizada y en mayúsculas. Y es

precisamente en tiempos de crisis en los que se producen los movimientos, la aparición de nuevas ideas, la revisión de estructuras, de modelos y por supuesto de normas².

La mediación se presenta, así, como un medio que puede cubrir precisamente espacios que no son capaces de proteger ni el procedimiento administrativo ni el proceso contencioso-administrativo. Masucci habla de una “filosofía” que repudia la concepción tradicional del proceso, tratando de huir de la idea de decisión impuesta con una parte victoriosa y una derrotada (Masucci, 2009, p. 14).

Gil-Robles, por su parte, subraya la falta de transparencia en las decisiones administrativas y en los recursos administrativos como una razón adicional para recurrir a la mediación administrativa (Gil-Robles, 2012, p. 14). Se trata de buscar, en palabras de Boumakani el “reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana” (Boumakani, 2003, p. 884), o lo que Carballo denomina como el medio para reforzar la confianza del ciudadano en la Administración (Carballo, 2013, p. 5). Este autor ha subrayado dos motivos principales de la exitosa implantación de la mediación administrativa. Por una parte, que ha conseguido adaptarse a las necesidades sociales y por otra, que se ha convertido en un modelo práctico de conducta socializadora basado en la transparencia, el diálogo y la intervención de las partes.

El momento actual requiere de una Administración concertada, de una Administración transparente y que recurra al diálogo social para la toma de decisiones

y dentro de todo ello se enmarca la mediación, como mecanismo transparente y fiable para solventar las contiendas administrativas. Esa idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como es el de la mediación, que ejercería no solo una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieren afectados, sino que propiciaría una función preventiva igualmente de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de esta.

En cualquier caso, debe rechazarse frontalmente todo fundamento del recurso a la mediación administrativa como una fórmula de descargar a los tribunales de justicia (entre otros, Etxeberria Guridi, 2016, pp. 333-334). No podemos ser reduccionistas y defender la mediación desde un punto de vista estrictamente economicista, como mero un instrumento útil para reducir el trabajo en tribunales y el uso del papel. Hay que valorarla igualmente en su conjunto, en la medida que permita cubrir el espectro que los ciudadanos exigen a los poderes públicos en cuanto a las garantías de tutela en el ámbito de los conflictos frente a la Administración.

Partiendo de todo lo anterior, conviene hacer constar que sí existen referencias normativas actualmente, que refieren a la mediación como un medio para la resolución de los conflictos administrativos. En España, por ejemplo, cabe citar especialmente, el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) y los artículos 88 y 107.2 de la LRJPAC. A ellos nos volveremos a referir en apartados posteriores.

² De ahí la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, pese a los esfuerzos, no dio los resultados pretendidos, pese a que como era de esperar, los logros alcanzados por la misma también se hicieron visibles en la doctrina administrativista. Entre otros se pronunció al respecto Arroyo Yanes, 2010, pp. 155-176.

4. Límites a la mediación administrativa: especial referencia a las posibles materias

El derecho administrativo se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a la incorporación de métodos alternativos de resolución de los conflictos y, por ende, frente a la mediación. Y ello, por cuanto el derecho administrativo se caracteriza no solo por la tradicional naturaleza indisponible de las materias administrativas, sino también por el régimen de control de la actuación administrativa, caracterizado por la autotutela administrativa.

No es posible aceptar el recurso a mediación en cualquier materia administrativa, puesto que la Administración está constreñida no solo por el principio de legalidad, sino también por su papel de garante del interés público. La delimitación de las materias susceptibles de mediación administrativa plantea dificultades, aunque no es este el único aspecto problemático, sí es el más importante y de ahí que vayamos a referirnos a él con mayor detenimiento.

Conviene empezar reseñando que sí resulta posible encontrar en normas y en acciones propiciadas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) un reconocimiento de “disponibilidad” en ciertas materias administrativas, que pueden propiciar acuerdos, pactos, transacciones y mediaciones. Esto abre un camino hacia esta viabilidad limitada materialmente en aras de la disponibilidad por las partes. Y en sentido similar, de forma supranacional, en Europa, la Recomendación R (2001) 9 de la Unión Europea ha identificado como posibles materias susceptibles de ser sometidas a mediación administrativa, los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y, con carácter general, los litigios que tengan por objeto una suma de dinero.

Por su parte, la Directiva 2008/52/CE sobre mediación en materia civil y mercantil, tras excluir expresamente de su ámbito de aplicación aquellos “derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes”, añade que “no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)”. Es decir, la Directiva reconoce que no puede aplicarse a esos ámbitos excluidos, pero se reconoce que, en los referidos asuntos, sí puede haber mediación.

En el mismo sentido, la Ley 5/2012 excluye de su ámbito de aplicación “la mediación con las Administraciones Públicas”. No está prohibiendo la mediación con las Administraciones Públicas, sino que la ley española de mediación civil y mercantil es una ley diseñada para este tipo de conflictividad y ese es su ámbito de aplicación, sin perjuicio de posibles normas que regulen de forma específica la mediación con las Administraciones Públicas.

Debemos referirnos también al protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobado el 26 de junio de 2011 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)³. Dicho protocolo establecía en su Base 21 que la mediación será aplicable en los siguientes casos:

- i) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
- ii) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento

³ <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf> [consultado el 22 de enero de 2018].

administrativo.

iii) En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo.

iv) Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

v) En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

Y en concreto, enumeraba algunas materias como susceptibles de mediación (*numerus apertus*):

i) Fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.

ii) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.

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

iv) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

v) La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.

vi) La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.

vii) Ejecución de sentencias.

viii) Las demás que establezcan en normas legales o sean acordadas por el juez competente.

La propuesta realizada a través de este listado fue el fruto de las reflexiones y conclusiones extraídas en el “Seminario sobre mediación contencioso-administrativa” celebrado en enero de 2011 y en el que se llegó al entendimiento de que cualquier materia amparada en derecho administrativo podría ser susceptible de mediación, a excepción de aquellas que afectan

a derechos fundamentales, al orden público o que perjudiquen intereses de terceros. Es por ello que el seminario entendió preferible decidirse por una lista de posibles materias, sin estipular una lista reglada (Pereira Pardo, Botana Castro y Fernández Muiños, 2013, pp. 167-168). Las discusiones, los debates, los seminarios y las publicaciones en torno a la viabilidad de la mediación con la Administración Pública se han venido sucediendo y han puesto de manifiesto una realidad en marcha.

En efecto, todas las propuestas anteriores y las acciones del CGPJ se acompañan de un movimiento doctrinal a favor de la incorporación de la mediación al derecho administrativo. En este sentido resulta interesante remitirnos el protocolo de mediación contencioso-administrativa elaborado en el seno del CGPJ de 9 de octubre de 2013 sobre las materias susceptibles o no de mediación y sobre el que se han pronunciado bien de forma idéntica o bien con matices los autores de la doctrina administrativista (Pérez Moreno, 2003, p. 178)⁴. De acuerdo con estos fundamentos quedan excluidos de la posibilidad de mediación: las impugnaciones directas de reglamentos, los actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública, así como las materias estrictamente regladas.

Constituirían, por su parte, materias susceptibles de mediación: (i) los conflictos que surjan en la interpretación y ejecución de contratos de las Administraciones Públicas, (ii) convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios, (iii) la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo, (iv) los acuerdos indemnizatorios en procedimientos de determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, (v) la concesión de ayudas y subvenciones públicas, (vi) el

³ También: De Palma Del Teso, 2003, pp. 228-229; García Vicario, 2013, pp. 17-19; Carballo Martínez, 2013, pp. 13-17, que mantiene una posición muy proclive a la mediación administrativa considerando la posibilidad de mediación incluso cuando pueda encontrarse la administración en el ejercicio de potestad reglada que permita el juego de la alternatividad en su interpretación y aplicación; y Beltrán Aguirre, 2014, pp. 7-9.

procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, (vii) determinadas cuestiones medioambientales, (viii) la determinación de la base imponible, (ix) la rectificación de datos catastrales, (x) la valoración de méritos o adjudicación de plazas en ejecución de sentencias, (xi) determinados aspectos del derecho sancionador. A ellos podrían incorporarse conflictos en materia de objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público o cuestiones sobre falta de transparencia y de participación ciudadana.

Todas las propuestas anteriores, las acciones del Consejo General del Poder Judicial y el movimiento doctrinal a favor de la introducción de un instrumento como la mediación en derecho administrativo ponen de

relieve que ya no se trata de hablar de una institución imposible en los conflictos con las Administraciones Públicas, y que en esa “crisis” también de identidad de la Administración y del sistema administrativo emergen conceptos nuevos, instituciones, que pueden generar expectativas de mejora y una probabilidad de mayor transparencia y sobre todo confianza en las relaciones existentes entre los ciudadanos y la Administración. Es indudable que existen sectores y materias en las que la Administración puede transigir con las condiciones legalmente establecidas y que habrá que trabajar, discriminar y condicionar en su caso para poder integrarlo en un modelo de mediación adecuado a las coordenadas del derecho administrativo. Pero es realista esta propuesta.

5. Clases de mediación administrativa

Llegados a este punto, conviene acotar algunas cuestiones relativas al régimen aplicable a la mediación y de ahí la necesidad de referirnos a las posibles modalidades que podemos encontrar y que son principalmente dos: la mediación administrativa propiamente dicha y la mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa.

5.1. Mediación administrativa

Como ya hemos anticipado, la actual ley de procedimiento administrativo (LPAC) no solo incorpora la posibilidad de que existan acuerdos, pactos y convenios con la Administración (artículo 86.1), sino también prevé la sustitución de los recursos de alzada y de reposición por otros procedimientos de impugnación como la mediación, la conciliación o el arbitraje (artículo 112.2). Es más, en el artículo 114 de la LPAC se establece que se pone fin a la vía administrativa a través de varias vías, destacando el apartado d) del párrafo 1 de este precepto la de “los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento”.

Sin embargo, el artículo 86.2 señala límites claros a la mediación, a saber, que sea contraria al ordenamiento jurídico, que verse sobre cuestiones no susceptibles de transacción y que afecte al interés público.

Los artículos 86 y 114 de la LPAC refieren a una mediación convencional, predominantemente contractual, mientras que la mediación prevista en el artículo 112 de la LPAC tiene un carácter más preprocesal, procedimental. Mientras en el primer caso, la mediación ya gozaría de eficacia directa, en el caso del artículo 112 haría falta una ley específica que previera y autorizara el recurso a mediación en concretos supuestos.

Respecto de la validez jurídica de los acuerdos adoptados conforme al artículo 86 LPAC, la doctrina, y entre ellos Tornos Mas (1995, p. 156), aboga por su consideración como actos finalizadores de la vía administrativa, y, por ende, no susceptibles de recurso administrativo. El contenido del acuerdo no podrá ser impugnado, pero sí podrá discutirse acerca de su interpretación o incumplimiento.

Respecto de la mediación como alternativa a los recursos administrativos conviene recordar que la ley exige que sea un órgano colegiado no sometido a superior jerárquico. Por tanto, se trata de una mediación institucional. Y no existe duda que el acuerdo adoptado pondrá fin a la vía administrativa.

Pese a todo, los citados preceptos han quedado en papel mojado, y su incorporación en su momento a la LRJPAC, y actualmente a la LPAC, no han supuesto un impulso real de estos medios alternativos. Lo cierto es que ambos preceptos no han sido objeto de desarrollo normativo posterior ni han gozado de una verdadera aplicabilidad.

Dichas previsiones constituyen una oportunidad — hasta el momento, poco aprovechada— de instaurar mecanismos alternativos de resolución de controversias alternativos a los recursos administrativos en aquellas materias que así lo permitan. Presenciamos una evidente crisis de los recursos administrativos, siendo que actualmente únicamente sirven de instancia previa a la vía jurisdiccional, pero no la evitan, puesto que el porcentaje de recursos administrativos estimados es extraordinariamente bajo, lo que incide en el alto número de asuntos que terminan en los tribunales, lo que propicia la desconfianza hacia la resolución de conflictos por la propia Administración. Y es que, a día de hoy, las posibilidades de éxito de las reclamaciones del administrado frente a la Administración residen casi íntegramente en los tribunales de justicia⁵.

Las normas que hemos referenciado, tanto el artículo 86 —fundamento esencial de la actividad consensual también en la Administración y con la Administración— como los artículos 112 y 114, ofrecen una respuesta legislativa incompleta, pero es más

que una mera declaración de intenciones. Permiten justificar la posibilidad de los acuerdos en los conflictos administrativos, sin perjuicio de los condicionantes que existen o que pueden existir en la actual legislación o en normas futuras.

5.2. Mediación “intrajudicial” en la jurisdicción contencioso-administrativa

Existe una segunda modalidad de mediación que podemos denominar “intrajudicial”, y que es aquella que tiene lugar en un proceso contencioso-administrativo.

Es un cauce complementario del proceso contencioso-administrativo, consistente en la intervención de un mediador o un equipo mediador que trabaja con las partes para poder llegar a un acuerdo consensuado, que puede desarrollarse en cualquier fase procesal, esto es, ya pendiente el proceso contencioso-administrativo o ya incluso en fase de ejecución de sentencia.

Como cualquier mediación que se desarrolla para gestionar y solventar conflictos jurídicos, el procedimiento de mediación no sustituye a la decisión jurisdiccional, sino que facilita la intervención de las partes en la búsqueda del consenso, favoreciendo el acuerdo allá donde es posible desde los límites de la Administración y el interés público afectado.

Dada la asimetría de los sujetos que intervienen, debe tenerse en cuenta que, por un lado, los sujetos privados tienen capacidad para disponer de sus derechos (siempre que estos sean disponibles) en atención a sus propios intereses. Mientras que la Administración necesita de un régimen de autorización en la toma de decisiones, lo que debe efectuarse —si se pretende que la mediación prospere—, desde la regulación de mecanismos que sean ágiles para la adopción de acuerdos administrativos que autoricen a los representantes legales de la

⁵ Puede verse Informe emitido por la Sección Especial, creada mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, en el Seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe_explicativo_APL_Jurisdic_Contenc.Admva-3.pdf [consultado el 10 de mayo de 2018].

Administración para allanarse o transigir en sede judicial⁶.

En la actualidad no existe una regulación específica en materia de intrajudicial contencioso-administrativa. El artículo 77 de la LJCA permite cubrir la fundamentación existencial de la mediación (o conciliación igualmente), si bien es absolutamente incompleta para sostener la expansión de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo.

Es decir, pese a que sí existe una suerte de apoderamiento legal de la mediación, como se desprende de todo lo expuesto hasta este momento (Etxeberría Guridi, 2016, p. 340), lo cierto es que no existe una verdadera implementación de la mediación administrativa en España. Pese a que la intencionalidad del legislador español ha sido, en este sentido, receptiva en algunos momentos a su expresa conformación, como queda acreditado mediante las normas ya citadas, no existe por a día de hoy una verdadera norma que dé cobertura e implemente la mediación administrativa en España, aunque como se verá a continuación, la realidad demuestra la existencia de importantes proyectos pilotos.

Debería conformarse una norma habilitante que determine quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo con los jueces del orden contencioso-administrativo.

Debe tenerse en cuenta no solo la necesaria formación del mediador en técnicas de comunicación sino también los conocimientos específicos para este tipo de asuntos. Esta norma debería en cualquier caso respetar el artículo 77.3 de la LJCA, que condiciona la eficacia procesal del acuerdo para que este no lesione el interés público, dado que si así lo hiciera, el juez no lo homologará⁷. Así, el auto judicial que homologa el posible acuerdo tiene fuerza ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la LJCA.

A todo ello debe añadirse la existencia de proyectos piloto promovidos por el Consejo General del Poder Judicial como el de la Fundación Valsain en Canarias, posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja o Cataluña, y más recientemente en Madrid y en Valencia, siendo el primero gestionado desde el Ayuntamiento y el segundo, desde la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Valencia. Destaca también la una iniciativa de mediación intrajudicial en los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Dichos proyectos reflejan que no solo es posible, sino en muchos casos, conveniente impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y mejor que eso que se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores, a través de la mediación. Y siempre a sabiendas de que no es excluyente de la vía jurisdiccional.

⁶ Conclusión Quinta del Seminario “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa”, dirigido en el Consejo General del Poder Judicial por Concepción García Vicario y Gerardo Carballo Martínez.

⁷ Como señala Santamaría Pastor, J.A (2010, p. 777), será el juez el que fiscalizará esta situación, desde “*criterios absolutamente ajenos al Derecho, que son los únicos que formalmente puede manejar un órgano jurisdiccional*”, en *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*.

6. Reflexión final

Presenciamos un momento de fascinación por la mediación, especialmente en los sectores del derecho privado, en los que su implantación está cada día más consolidada, debido en gran parte, al enorme impulso propiciado por la Unión Europea.

El derecho administrativo, por su parte, se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a los métodos alternativos de resolución de conflictos, debido a la especial posición de la Administración y a la tradicional naturaleza indisponible de las materias administrativas. Pese a ello, el legislador español ha incorporado normas favorables al recurso a la mediación para llegar a acuerdos y resolver conflictos con la Administración. Pero esa mediación presentará peculiaridades respecto de la mediación en los ámbitos civiles o mercantiles, y quedará expresamente excluida del ámbito de la Directiva 52/2008/CE y de la Ley 5/2012.

Y lo cierto es que el Consejo General del Poder Judicial viene potenciando y favoreciendo la mediación administrativa a través de proyectos pilotos, que impulsan el consenso y evidencian las ventajas de recurrir a esta figura para resolver conflictos administrativos.

Conviene diferenciar por una parte, entre la mediación administrativa, entendida como la adopción de acuerdos y pactos entre Administración y ciudadanos

(la denominada terminación convencional), y como la mediación sustitutiva de los recursos administrativos, y por otra parte, la mediación intrajudicial en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa. La primera se encuentra recogida en la LPAC actual, mientras que la segunda carece de un fundamento normativo expreso, a salvo de la referencia implícita del artículo 77 de la LJCA.

Pese a todo, la mediación administrativa sigue careciendo, a día de hoy, de un régimen adecuado, en el que no solo la norma habilitante la presente, sino que se determinen quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo con los jueces del orden contencioso-administrativo. Hace falta una norma habilitante que la dote de independencia operativa y funcional respecto de otros cauces alternativos de resolución de conflictos.

La mediación administrativa se presenta como un cauce idóneo no solo para resolver los conflictos entre Administración y ciudadano, sino también para eliminar los conflictos en la relación entre ambas partes. Trata de crear una horizontalidad en sus relaciones, que no existe al día de hoy debido a la especial posición de la Administración. La mediación administrativa no es solo un fin, sino también un medio para alcanzar la paz social y la credibilidad en las instituciones.

Referencias

- Arroyo Yanes L.M. (2010). La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa. En M. Zambonino Pulito (Dir.). *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas* (pp. 155-176). Madrid: Iustel.
- Azcárraga Monzonís, C. (2016). El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción. En S. Barona Vilar (Ed.). *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 103-118). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Barona Vilar, S. (2012). La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En J. F. Etxeberría Guridi (Dir.). *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* (pp. 21-62). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Barona Vilar, S. (2013). Qué y por qué la mediación. En A. Ortega Giménez, M. E. Cobas Cobiella y S. Barona Vilar (Coords.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: Cuestiones de actualidad* (pp. 13-50). Madrid: Ed. Difusión Jurídica.
- Barona Vilar, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajurisdiccional de conflictos)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beltrán Aguirre, J. L. (2014). Una apuesta por la mediación administrativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 155-166.
- Boumakani, B. (2003). La Médiation dans la vie administrative. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, (3), 865-890.
- Carballo Martínez, G. (2013). La mediación administrativa: Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (29), pp. 1-22.
- De Palma Del Teso, A. (2003). Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el jurado de expropiación de Cataluña. En M.J. Montoro i Chiner (Coord.) *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (pp. 211-231). Barcelona: Atelier.
- Etxeberría Guridi, J.F. (2016). La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades. En S. Barona Vilar (Ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (pp. 331-352). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- García Vicario, M.C. (2013). La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 29. pp. 1-27.
- Gil-Robles, A. (2012), "La mediación administrativa como alternativa". *Revista Poder Judicial*, núm 94. p. 40.
- Masucci, A. (2009). El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. *Revista de Administración Pública*, (178), 9-35.
- Nieto, J.E. (2010). Mediació en dret administratiu. *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. En P. Casanovas, J. Magre y M. E. Lauroba (Dir.) (pp. 731-757). Generalitat de Catalunya.
- Parejo Alfonso, L. (1989). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Revista de documentación Administrativa*, (218-219) 15-65. doi: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>
- Parejo Alfonso, L. (1991). *Crisis y renovación en el derecho público*. Madrid: CEC.
- Pereira Pardo, M.C., Botana Castro, V. y Fernández Muiños, B. (2013). *La mediación paso a paso: De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación. Madrid: Dykinson.

- Pérez Moreno, A. (2003). Justicia administrativa y fórmulas alternativas. En M. J. Montoro i Chiner (Coord.) *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (pp. 185-174). Barcelona: Atelier.
- Tornos Mas, J (1995). Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. *Revista de administración pública*, (136), 149-177.
- Informe emitido por la Sección Especial, creada mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, en el Seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.