

PROYECTO MEDAM. “EL NUEVO ROL DE LA CIUDADANÍA ANTE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: LA REGULACIÓN Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS” (referencia PID2020-112688GB-100)

INFORME 2. “LA MEDIACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA: REALIDAD Y PERSPECTIVAS”

Miembros del proyecto responsables del informe:

-Redactores:

- Dra. Àngels Galiana Saura (coord.)
- Dra. Marina Rodríguez Beas (coord.)
- Dra. Lucía Casado Casado
- Dr. Marcos De Armenteras Cabot
- Dr. Josep Ramon Fuentes Gasó
- Dra. Judith Gifreu Font
- Sr. Òscar Expósito López
- Sr. Marouane Laabbas El Guennouni

-Con el apoyo de:

- Dra. Stephanie Ascencio Serrato
- Dra Sílvia Carmona Garias
- Dra. Gabriella De Giorgi
- Dr. Francesc Esteve Balagué
- Dra. Clara Esteve Jordà
- Dr. Joan Anton Font Monclús
- Dra. Susana Galera Rodrigo
- Dr. Fernando García Rubio
- Dra. María Inés Gil Casión
- Dr. Josep Maria Sabaté Vidal
- Dr. Francesco Tuccari

I. EL CONFLICTO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y SU RESOLUCIÓN . 4	
1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LOS MECANISMOS “ADECUADOS” O COMPLEMENTARIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	4
2. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.....	7
2.1. <i>Principios informadores</i>	7
2.2. <i>Necesidades, intereses y posiciones</i>	9
2.3. <i>El proceso de mediación</i>	9
2.4. <i>El acuerdo de mediación</i>	10
II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL CONTEXTO EUROPEO	10
1. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO: CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA	10
2. LA MEDIACIÓN EN DERECHO COMPARADO: FRANCIA E ITALIA.....	11
III. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	13
1. MARCO JURÍDICO ACTUAL.....	13
2. CLASES DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA	15
2.1. <i>La mediación en un procedimiento administrativo</i>	16
2.1.1. La mediación en la terminación convencional de un procedimiento	16
2.1.2. La mediación como vía alternativa al recurso administrativo.....	17
2.2. <i>La mediación intrajudicial</i>	18
3. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ALGUNOS ÁMBITOS SECTORIALES	23
3.1. <i>Transparencia</i>	23
3.1.1. La incorporación de la mediación en la solución de conflictos en materia de acceso a la información pública en Cataluña.....	23
3.1.2. Algunos datos sobre la experiencia práctica de aplicación de la mediación en Cataluña	25
3.1.3. La incorporación de la mediación en la solución de conflictos en materia de acceso a la información pública en la Comunitat Valenciana	27

3.2. <i>Convivencia universitaria</i>	28
3.3. <i>Turismo</i>	32
3.4. <i>Procedimiento sancionador</i>	33
3.5. <i>Urbanismo</i>	35
3.6. <i>Responsabilidad patrimonial</i>	37
3.7. <i>Función pública</i>	38
3.4. <i>Nuevos ámbitos donde puede desarrollarse la mediación</i> <i>administrativa</i>	39
3.4.1. <i>Vivienda</i>	39
3.4.2. <i>Contratación pública</i>	40
3.4.3. <i>Subvenciones</i>	44
3.4.4. <i>Medioambiente</i>	44
IV. DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	48
V. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA	50
VI. CONCLUSIONES	52

I. EL CONFLICTO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y SU RESOLUCIÓN

1. Concepto y delimitación de los mecanismos “adecuados” o complementarios de resolución de conflictos

Los mecanismos “adecuados” de resolución de conflictos, también denominados en su originaria conceptualización como “alternativos” o “complementarios”, surgen de la necesidad de modernizar el sistema tradicional de justicia, con el objetivo esencial de ofrecer a la ciudadanía una opción simple, rápida y económica de solucionar sus conflictos, en comparación con las vías judiciales tradicionales. El legislador español (en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal) ha optado por la calificación de “adecuados”, esencialmente por considerar que no son “alternativos” al sistema judicial, sino que pueden resultar más “adecuados” para resolver un determinado conflicto que otros previstos en el sistema judicial tradicional. A pesar de ser diversos, presentan características similares, entre las que se pueden destacar que son mecanismos menos formales que los judiciales y que ofrecen mayores posibilidades a las partes de participar activamente y de controlar de forma más cercana el proceso de resolución de sus conflictos. La mayoría de ellos se han desarrollado en el sector privado, aunque los órganos administrativos y los tribunales empiezan a introducirlos a nivel intraprocesal debido a sus ventajas propias y a la cada vez más difícil situación de acceso a la justicia.

Estos mecanismos incluyen tanto a los sistemas de negociación que pretenden que las partes puedan alcanzar una solución razonable por sí mismos, como a los sistemas que cuentan con la intervención de un tercero ajeno al conflicto, el cual auxiliando (mediación) o proponiendo (conciliación) coopera para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo por ellas mismas; pero también incluyen los sistemas en los cuales el tercero ajeno decide o resuelve el conflicto (arbitraje).

Además, y como veremos en el apartado 2, estos mecanismos se rigen fundamentalmente por principios tales como la confidencialidad, la imparcialidad,

la independencia, la colaboración y la voluntariedad, por destacar los más importantes.

Pueden ser clasificados, en función de los mecanismos de tutela de los intereses en conflicto, en: autotutela (decisión unilateral de una de las partes en conflicto), mecanismos autocompositivos y mecanismos heterocompositivos.

Los medios autocompositivos de resolución de conflictos son la conciliación, la mediación y la transacción. En la transacción las partes intentan por sí mismas una negociación para llegar a un acuerdo resolutorio. En la conciliación y en la mediación, en cambio, interviene un tercero neutral. La aparición del tercero neutral suele suponer, en general, una mejora para la resolución conflictual y una probabilidad más elevada de lograr un acuerdo pacífico, ya que éste puede ayudar a obviar o, al menos, mejorar, las diferencias de poder entre las partes.

Los medios heterocompositivos de resolución de conflictos son el arbitraje y el procedimiento judicial. Se basan en la existencia de un tercero neutral e imparcial que tiene la potestad y la legitimidad legal o contractual para dirimir y resolver, de manera vinculante, el conflicto entre dos partes. El árbitro o juez no podrá, en ningún caso, salirse de aquello que las partes han creído conveniente plantearle.

Veamos brevemente algunas de estas figuras (sin entrar en la transacción ni en el procedimiento judicial):

La conciliación, si bien únicamente está regulada para las controversias en materia civil o mercantil en nuestro país (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), se basa en la búsqueda de un acuerdo para evitar un pleito. Se encuentran las partes, en estos casos, ante un procedimiento relativamente rígido, de manera que no se podría considerar como conciliación la actividad de avenencia llevada a cabo por sujetos que no pertenezcan a un órgano conciliador como, por ejemplo, abogados, o la realizada fuera de los términos marcados por la norma; es decir, no existe una disponibilidad manifiesta de las partes para ejercer la autonomía de la voluntad en lo que al proceso se refiere. El conciliador no parece dar como resultado un tercero que intente lograr un acercamiento entre las partes que pueda lograr un acuerdo. Por lo tanto, en lo que respecta al tercero, es una figura a medio camino entre el mediador y el

árbitro, alguien distante del problema, pero con cierto carácter persuasivo para las partes.

La mediación, según Aguiló Regla, se puede definir como “un caso de negociación asistida por un tercero neutral e imparcial porque las partes no pueden por sí solas explorar autónomamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como solución del conflicto”. Se busca una solución deliberada entre las partes que lleve a un acuerdo de equidad, para encontrar una solución justa basada en un acuerdo mutuo. En ellos, el mediador, como encargado de moderar el debate a fin de que la interacción entre las partes debe velar por estos principios para que la negociación resulte positiva y constructiva.

El arbitraje se entiende como un medio heterocompositivo de solución de controversias, en el cual dos o más partes tratan el objeto litigioso en materias de libre disposición conforme a derecho, con la intervención de un tercero neutral, denominado árbitro, el cual dictará un laudo vinculante y, por ello, de obligatorio cumplimiento, y que producirá además efectos de cosa juzgada, de manera que no pueda ser revisado en vía jurisdiccional excepto por motivos específicos.

A pesar de que los mecanismos anteriormente expuestos funcionan muy bien en el ámbito privado, donde las relaciones pueden ser mucho más flexibles e igualitarias que en el público, no por ello debe ser éste un sistema excluyente del derecho público ni, más concretamente, del derecho administrativo. En la actualidad el derecho administrativo contempla de forma hegemónica dos tipos de mecanismos resolutorios de conflictos: la autotutela, que permite a la Administración resolver las controversias de forma unilateral; y la heterocomposición basada en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la atención que se ha dado a las figuras autocompositivas en esta materia legal ha sido prácticamente nula. En la época actual, parece necesaria la implementación de un sistema flexible que permita la supervivencia de la burocracia en un sistema cambiante y conflictivo. Se debe, por tanto, analizar y plantear los fundamentos de cómo se visualiza este mecanismo desde una óptica administrativa para observar sus posibilidades. El principal mecanismo sería la mediación.

La mediación administrativa, conceptualmente, es posible identificarla con cualquier tipo de procedimiento mediado donde participen una o más Administraciones Públicas. Cuando la mediación administrativa se da con una persona privada (ya sea ciudadano o persona jurídica), estaría hablándose de una mediación administrativa común; mientras que cuando existen dos Administraciones Públicas en conflicto, la mediación pasaría a denominarse como interadministrativa. La mediación administrativa, con fases y procedimiento muy similar a cualquier otra rama del derecho como la civil o la penal, tiene especialidades únicas derivadas de la naturaleza pública de una de las partes, obligando a que sobre el objeto de la controversia -y del acuerdo final si lo hubiere- pendan los principios de legalidad y de interés general. A diferencia de la mediación privada, donde se intenta flexibilizar la legalidad en pro de la autonomía de pactos, en lo relativo al derecho administrativo, la observancia de la legalidad vigente debe ser más estricta.

2. La mediación como medio de resolución de conflictos en el ámbito administrativo

2.1. PRINCIPIOS INFORMADORES

La importancia de los principios informadores de la mediación es fundamental para comprenderla con posterioridad y ser capaces de aplicarla, tanto a nivel legal como práctico (es decir, tanto a la hora de regularla como de aplicar la normativa). En mediación, entendida como un concepto general, es posible identificar diversos principios que se encontrarán, en cualquier caso, sin importar la materia que se trate, y que son los siguientes:

a) Voluntariedad. Se basa en el principio de autonomía de las partes y de autodeterminación. Es necesario que las partes tengan la voluntad de llegar a un acuerdo para que la mediación sea exitosa. Sin embargo, ello no quiere decir que acudir a mediar deba ser siempre voluntario, pues existen ya intentos de que los MASC se conviertan en un “requisito de procedibilidad” judicial (véase, como ejemplo, el artículo 4 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia). Este requisito es adecuado a los estándares normativos europeos, donde se pueden encontrar algún ejemplo en que se

comenta, sin problema aparente, la posibilidad de que las normativas nacionales contemplen mediaciones obligatorias previas al procedimiento judicial (véase artículo 2 de la Directiva 2008/52/CE). Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no observa problema en la inclusión de este recurso, dictaminando que “lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial” (véase STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017 Considerando 51). La expresión de la voluntariedad, sin embargo, debe expresarse sin ningún ápice de dudas en otro momento de la mediación: el acuerdo de mediación.

b) Imparcialidad y neutralidad. Aunque se sitúa como un principio de la mediación, éste depende por completo de la deontología del mediador. Aunque ambos conceptos parezcan unidos e, incluso, sinónimos, tienen matices diferenciadores que es necesario apuntar para realizar una panorámica del principio necesaria para comprender la mediación. La imparcialidad se manifiesta en dos direcciones: observancia y actuación. La primera, lo compromete a impedir que se tomen acuerdos por las partes cuando éstos sean prohibidos por el ordenamiento jurídico, es decir, acuerdos ilegales. La segunda, es la que capacita al mediador para intervenir cuando los límites legales se están sobrepasando o cuando observe que durante la negociación el debate se vuelve cada vez más conflictivo. En lo que respecta a la neutralidad, es quizás la parte más complicada a nivel deontológico para el mediador, pues es el compromiso de usar su influencia solo con el fin de mantener en manos de las partes la decisión final del resultado. A diferencia del juez, el mediador puede actuar dentro del procedimiento, pero sus actuaciones deben estar muy bien medidas para no influenciar en demasía hacia un acuerdo u otro, sino que debe permitir que las partes, mediante su razonamiento interno, lleguen a la conclusión que desean con base a sus necesidades e intereses, de manera que no se encuentren bajo una ideal de acuerdo inducido -directa o indirectamente- por el mediador.

c) Confidencialidad. Es la base de la confianza entre las partes y el mediador. Es especialmente relevante, pues permite que las partes se expresen y releven asuntos en medio de la negociación que, de otra manera, hubiesen sido reticentes a exteriorizar por miedo a su difusión pública.

- d) Buena fe. Es necesario que exista buena fe entre las partes que intervengan en el procedimiento mediado para que exista un ánimo de oír a la otra parte y buscar soluciones al problema. Este ambiente pacífico es necesario que sea mantenido por las partes y vigilado por el mediador, quien debe tener la capacidad de observar movimientos de mala fe negocial (como amenazas o intentos de soborno) y pararlos para poder mantener el equilibrio entre las partes.
- e) Flexibilidad. Las partes son las que deben llevar el ritmo de la mediación y decidir los puntos conflictivos a tratar, característica que permite que se den soluciones creativas y a medida para cada caso, lo cual aporta grandes dosis de eficiencia a la resolución de conflictos.

2.2. NECESIDADES, INTERESES Y POSICIONES

Todo procedimiento de negociación -no únicamente de mediación- se basa en las necesidades, los intereses y las posiciones de las partes. Con base a éstas se dirimirán los mínimos aceptables por las partes y se podrán transmitir las posturas de negociación entre las partes para lograr una comunicación fluida. Las necesidades son aquellos factores iniciáticos por los cuales las partes reclaman un determinado resultado y constituyen, en muchos casos, su mínimo aceptable (recuérdese, por ejemplo, la pirámide de Maslow). Los intereses son aquellas reclamaciones que se solicitan formalmente a la otra parte y siempre se basan en esa necesidad primigenia (aunque ésta suele permanecer oculta en un primer momento). Las posiciones son las posturas que mantienen las partes en un procedimiento de negociación, que pueden ser duras o blandas (dependiendo de su flexibilidad para adoptar las opiniones de la otra parte). El conocimiento de las necesidades de las partes que fundamentan sus intereses, y la capacidad para poder alterar las posiciones de las partes hacia un debate negocial deliberativo, son factores esenciales de cualquier procedimiento mediado.

2.3. EL PROCESO DE MEDIACIÓN

El proceso de mediación se compone de diversas fases: una inicial, que se conoce como sesión informativa, donde el mediador dará las pautas de cómo funcionará el procedimiento e, incluso, puede comenzarse ya, siempre y cuando

el mediador lo considere oportuno (recuérdese la flexibilidad). Luego, pueden existir sesiones intermedias, entendidas como individuales (solo con una de las partes) o públicas (con ambas partes). Éstas buscan profundizar en las necesidades de las partes o en las opciones de las que dispone cada una de ellas, así como mejorar las probabilidades de alcanzar un acuerdo. De nuevo, el criterio de organización queda bajo la discrecionalidad del mediador. Finalmente, en la última sesión, y con el acta final, se cerrará la mediación alcanzando -o no- un acuerdo de mediación. En esta acta se consolidará aquello discutido en las sesiones y qué comprende, en caso de que ocurra, el acuerdo de mediación.

2.4. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo de mediación debe ser fruto de la voluntad de las partes, y he aquí, por tanto, la esencia del principio de voluntariedad. Contra cualquier acuerdo de mediación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Además de ello, es importante resaltar que en derecho administrativo existen dos principios que deben regir también el acuerdo de mediación -a diferencia de otras disciplinas jurídicas-, que son el principio de legalidad y el principio de interés general. Todo acuerdo de mediación deberá perseguir estos fines, pues como es sabido, la Administración, en todos sus actos administrativos, está vinculada también por estos conceptos. El acuerdo, en principio, no será directamente ejecutable, sino que para ello deberá alzarse a escritura pública (en caso de mediación extrajudicial) u homologarse judicialmente (en caso de mediación intrajudicial).

II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL CONTEXTO EUROPEO

1. La mediación en el ámbito europeo: Consejo de Europa y Unión Europea

A nivel europeo, la popularidad en el uso de la mediación -en general- y en el ámbito administrativo -en particular- ha ido en aumento desde hace décadas. En la década de 1980, la Recomendación (1981)7, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, ya

observa la conveniencia del uso de sistemas como la mediación para mejorar la eficacia de los actos y para disminuir la conflictividad y, por ende, la litigiosidad. Unos años después, ya con la lupa puesta sobre el problema de la congestión de los tribunales, la Recomendación (1986)¹², del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre medidas para prevenir y reducir el exceso de trabajo en los tribunales comienza a vislumbrar las capacidades potenciales de este tipo de herramientas. Ahora bien, la inflexión en materia administrativa aparece en el nuevo milenio, con la Recomendación (2001)⁹, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre las alternativas a la litigación entre las autoridades administrativas y las partes privadas. A pesar de que existen recomendaciones generales para arbitraje, mediación, conciliación y transacción, para el caso que trae a colación el informe se recomienda la aplicabilidad de la mediación administrativa para todos aquellos casos en que sea posible, es decir, de forma general o, en caso de que ello no sea posible, que se implante de manera sectorial. Para ello, se recomienda que esta mediación pueda seguir los siguientes patrones:

1. Que sea iniciada por las partes, por un juez u obligada por ley.
2. Que sea posible iniciar las sesiones de manera individual o pública.
3. Que los mediadores pueden invitar a una autoridad administrativa a derogar, retirar o modificar un acto por razones de conveniencia o legalidad.

2. La mediación en Derecho comparado: Francia e Italia

En lo que respecta al caso de la mediación administrativa en territorio francés, el *Code des relations entre le public et l'Administration*, de 23 de octubre de 2015, prevé la posibilidad de utilizar las técnicas alternativas de solución de conflictos en los procedimientos administrativos, de manera que regula la conciliación (arts. 421-1 y 421-2), la mediación (arts. 421-1, 422-1 y 422-2), la transacción (arts. 423-1 a 423-7) y la intervención del Defensor del Pueblo (art. 424-1). Esta última figura, además, es interesante porque también existen otros países, como el Reino Unido, que la utilizan dentro de los procedimientos de mediación.

El año pasado se aprobó, tras una fase de prueba experimental del funcionamiento de estos mecanismos en la práctica procesal administrativa, el *Décret* 2022-433. En el mismo se establece una mediación previa obligatoria en dos materias concretas del ámbito administrativo: la relativa a funcionarios públicos docentes no universitarios y a los pertenecientes a entidades territoriales y sus establecimientos públicos que hayan concluido un convenio con el Centro de Gestión Pública Territorial, siempre y cuando sea respecto a su situación personal; y, en materia social, respecto a asistencia social, vivienda o desempleo. Si bien el ámbito no es generalista, sin duda el espectro social es amplio y una buena base de inicio para este sistema tan novedoso en países de derecho continental. Asimismo, es destacable el hecho de que el sistema francés trata de desincentivar el uso de recursos administrativos al permitir la suspensión de interposición de su recurso contencioso-administrativo en los casos de mediación obligatoria, permitiendo que posteriormente se presenten potestativamente recursos en vía administrativa, pero que no suspenden el plazo del recurso jurisdiccional, de manera que la legislación gala dota al ciudadano de todas las opciones, pero penaliza las clásicas.

En el ordenamiento jurídico italiano, la mediación en el derecho administrativo se ha incorporado mediante “L'accordo sostitutivo”, regulado en la Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, de nuevas normas sobre procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos, el cual permite establecer acuerdos entre la administración y los sujetos privados en sus relaciones de derecho administrativo. La mediación se enmarca en los procedimientos administrativos y destaca en aquellas actuaciones administrativas o de sus concesionarios en la prestación de servicios públicos a los ciudadanos.

En el ámbito tributario, se han regulado procedimientos de finalización convencional —incluida la mediación—, tanto en vía administrativa como en sede contencioso-administrativa. En cuanto a la vía administrativa, la mediación se configura como una herramienta de aplicación general y obligatoria para actos tributarios no superiores a 20.000 euros, y voluntaria en los de cuantía superior, donde en un procedimiento verbal que se sigue entre la Administración financiera —órgano diferente al que dictó el acto tributario- y el contribuyente de forma

contradictoria, con motivo de haberse presentado el recurso —reclamo— ante la Comisión Tributaria Provincial, puede alcanzarse un acuerdo entre ambos sin intervención de mediador imparcial e independiente. El efecto de este acuerdo y el pago es la reducción de las sanciones hasta el 40 %, lo que puede resultar polémico dada la estricta sujeción de esta materia al principio de legalidad.

Asimismo, destaca el “*accertamento con adesione del contribuente*”, regulado en el Decreto Legislativo 218/1997, donde la Administración y el contribuyente alcanzan un acuerdo sobre la determinación de la deuda tributaria en el procedimiento de gestión tributaria, pudiendo beneficiarse de la reducción de la sanción a 1/3 del mínimo legal. Esta herramienta es aplicable a todos los contribuyentes y a cualquier tipo de rentas. El acuerdo conlleva la imposibilidad de impugnación una vez pagada la suma fijada en el acuerdo que perfecciona el negocio jurídico del concordato.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, destaca la posibilidad acudir a la *Conciliazione Giudiziale* —regulada en el Decreto legislativo número 546 del 31 de diciembre de 1992, modificada por el artículo 9 párrafo 1, let. s), t) del Decreto Legislativo núm. 156/2015—. Las partes tienen el derecho de presentar, dentro de la última audiencia, una instancia conjunta que incluye una propuesta de conciliación a la que la otra parte ya se ha unido. Una vez obtenida la evaluación positiva por parte de un Comité, éste hace un llamamiento a las partes para la ratificación y el proceso concluye con la firma.

III. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Marco jurídico actual

El marco jurídico actual de la mediación administrativa se diferencia dependiendo del momento procesal de la controversia. En caso de que ésta sea dentro de un procedimiento administrativo, el marco jurídico aplicable será el de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En caso, contrario, que el conflicto ya se haya postergado y se haya judicializado, será la Ley 29/1998, de 13 de julio,

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, no son estos los únicos factores para tener en cuenta dentro de la comprensión jurídica del marco normativo de la mediación administrativa. Deben observarse, a la hora de iniciar un procedimiento, los principios generales de derecho que la Administración debe tener respetar a la hora de resolver cualquier procedimiento. En especial, se recomienda observancia específica sobre los principios de legalidad y de persecución del interés general. El primero, junto a las potestades regladas y discrecionales, marcará aquellos ítems en los que sea posible o no un marco negociador por parte de la Administración; es decir, que cuando exista una potestad reglada, difícilmente se podrá alcanzar un acuerdo: la Administración debe resolver aquello que por mandato legal expreso está obligada a contestar. Por lo tanto, el principio de legalidad, como complementariedad al marco jurídico procedimental (esto es, toda la normativa sectorial que afecte al procedimiento de mediación) es casi tan importante como el marco jurídico de aplicación a la propia mediación administrativa. En segundo lugar, la persecución del interés general, como ya se ha comentado a la hora de tratar el acuerdo, limitará la capacidad discrecional de las Administraciones Públicas. Este interés público, que deberá motivarse sobre la base usual de principios de derecho u objetivos normativos -cada vez más comunes en nuestras normas-, es *de facto* otro importante partícipe indirecto del marco jurídico de la mediación administrativa porque en ocasiones (en lo que se refiere a los objetivos) es probable que se encuentre en las mismas normas que a veces causan el conflicto administrativo entre las partes.

En resumen, se recomienda que se tengan en cuenta las leyes 39/2015 y 29/1998, amén de las normas sectoriales de aplicación y los objetivos normativos y principios que puedan surgir en el debate mediado.

Finalmente, es interesante mencionar que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no es aplicable en aquellos casos en los cuales una Administración sea parte (art. 2.2). Sin embargo, es interesante su interior debido a que establece el procedimiento de mediación en casos civiles y mercantiles, que podría ser aplicado de manera análoga en el futuro si fuese necesario -pues no existe aún una normativa que expresamente recoja cómo debe funcionar la organización del procedimiento de mediación administrativa-.

2. Clases de mediación administrativa

Existen diferentes clases de mediación administrativa dependiendo de donde se ponga el foco conceptual a la hora de catalogarlas. Se encuentran, en concreto, los siguientes tres tipos:

- **Subjetiva.** En este caso se conceptualiza la mediación dando relevancia a los sujetos que intervienen en ella, de manera que es posible encontrar dos tipos de mediación administrativa diferentes: común e interadministrativa. La primera, es la “mediación administrativa” por antonomasia, donde existe un conflicto entre un ciudadano o una persona jurídica y una Administración Pública, donde se observa usualmente una diferencia de poder manifiesta entre las partes como uno de sus símbolos identitarios más característicos. El segundo tipo, es la mediación interadministrativa, donde ambas partes en conflicto son Administraciones Públicas que, en la teoría, no observan diferencias de poder, pero que en la práctica sí que pueden existir estas problemáticas por diferencia de recursos o jerarquía, entre otros. Sin embargo, la principal característica en estos casos es el fracaso del principio de lealtad institucional, que demuestra que el modelo de respeto y cooperación interadministrativa ha fallado. La mediación, sin duda, puede ayudar a salvar este escollo y evitar que se alcance un nivel litigioso judicializado.
- **Procesal.** Dependiendo del momento en el que se encuentre el conflicto, será posible catalogarlo como extrajudicial o intrajudicial. Ello será tremendamente importante, pues alterará el marco jurídico aplicable y tendrá algunas consecuencias respecto al acuerdo de mediación y su ejecutoriedad. Si el acuerdo es extrajudicial, para poder obtener su ejecutoriedad será necesario elevarlo a escritura pública; pero si el acuerdo es intrajudicial, únicamente será necesaria la homologación judicial. Debe tenerse en cuenta en este aspecto la excepción que supone una mediación administrativa dentro de un arbitraje administrativo (que es extrajudicial) y un laudo arbitral también puede dotar de fuerza ejecutoria al acuerdo de mediación.

- **Material.** En este caso el interés se centra en la materia objeto de mediación, por lo cual el foco se centra en ese principio de legalidad que se comentaba en el punto anterior como epicentro conceptual. La mediación, según su objeto, puede tener distintas connotaciones, partícipes y maneras de afrontar los problemas, pues en la práctica pueden apreciarse similitudes entre casos. Algunos grandes conocidos de este ámbito son la mediación sanitaria, la mediación en la educación y la mediación universitaria. Sin embargo, existen en auge otros campos que podrán ser también considerados relevantes en un futuro y más centrados en el procedimiento administrativo como tal, y por este motivo se les prestará atención en este informe para observar su estado actual o su futura capacidad para ser tratada en mediación.

Siendo que el primer tipo de mediación de las examinadas (la subjetiva), a pesar de ser de gran interés, únicamente tiene implicaciones jurídicas diferenciadas en lo que respecta al acuerdo de mediación (que en la mediación administrativa común es un acuerdo y en la interadministrativa es un convenio), no parece de interés jurídico -sino más bien sociológico- un examen exhaustivo de la especial diferencia entre ambos tipos de mediación de carácter subjetivo. Ahora bien, en lo que respecta a los tipos “material” y “procesal” sí que debe hacerse un análisis más profundo, y por ello se analizarán ambos aspectos en este informe.

2.1. LA MEDIACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1.1. La mediación en la terminación convencional de un procedimiento

El artículo 86.1 de la Ley 39/2015 permite a las Administraciones Públicas “celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los

procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Por ende, dentro de un procedimiento administrativo será posible que las partes en conflicto acuerden acudir a un procedimiento de mediación cuyo resultado podrá sustituir la resolución administrativa que, tradicionalmente, ha venido a finalizar la vía administrativa o, en todo caso, a dar acceso al sistema jurídico de recursos administrativos. Como se puede observar, ya en este fragmento traído con especial interés al texto del informe, se apuntaba de forma clara a esos dos aspectos remarcados en el marco jurídico de aplicación: el principio de legalidad y la consecución del interés general en todos los procedimientos de mediación administrativa. Este precepto, el 86 LPACAP, ya estaba previsto con idéntico contenido (a excepción del apartado quinto) en la antigua Ley 30/1992 - concretamente en su artículo 88-; si bien su aplicabilidad práctica desde entonces ha brillado por su ausencia, y se espera que, con el auge de la mediación administrativa, tanto en el ámbito teórico como en los marcos políticos nacionales y europeos, este precepto encuentre una vitalidad renovada en los próximos años. Es importante destacar, respecto al precepto, que detalla el límite del respeto competencial inter administrativo (art. 86.4), propio del principio de lealtad institucional, así como una especialidad para el ámbito de la responsabilidad patrimonial (86.5) que se comentará en el su ámbito material específico.

2.1.2. La mediación como vía alternativa al recurso administrativo

La normativa del procedimiento administrativo común también recoge la posibilidad de una mediación que en la academia jurídica se ha apodado como "impugnatoria". En este caso, el artículo 112.2 de la Ley 39/2015 preceptúa que “Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

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

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

En consecuencia, es posible a nivel jurídico sustituir el régimen de recursos por una mediación administrativa cuando una norma así lo prevea previamente. Sin embargo, desde el ámbito teórico se arguye a que esta posibilidad está limitada en la práctica únicamente a las causas que pueden promover un recurso administrativo. Si se abre la mediación administrativa (sustitutiva del recurso) a cualquier conflicto, se estaría amparando un sistema impugnatorio más amplio del que se pretende sustituir. Así, pues, la mediación administrativa impugnatoria será posible en los casos de nulidad y anulabilidad, tal y como preceptúa el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 y, por ende, deberán tenerse en cuenta en la implementación y uso de este sistema los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015. De este modo, la capacidad para mediar de manera impugnatoria, es decir, cuando el ciudadano ya tiene en su poder una resolución que le pueda resultar conflictiva, se ve ampliamente limitada a los motivos reglados por la ley de procedimiento común. Sería posible excluir aquellos casos que, aunque puedan ser conflictivos para el ciudadano, han sido tomados con todas las garantías del proceso administrativo y, por lo tanto, no puede existir nulidad o anulabilidad.

2.2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

La mediación intrajudicial es la que tiene lugar una vez judicializado el conflicto y a instancias del Juzgador.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, la mediación intrajudicial tiene unas características propias derivadas, en primer lugar, de los sujetos del proceso —uno de ellos, la Administración pública—; en segundo lugar, de la vinculación de la Administración al principio de legalidad; y, en tercer lugar, de la necesaria satisfacción del interés general por parte de la Administración pública.

La mediación intrajudicial, considerada más como un mecanismo complementario —o adecuado—, que como un medio alternativo de resolución de controversias, puede ser una herramienta para agilizar la resolución a los conflictos entre los ciudadanos y las Administraciones públicas, puesto que favorece la desconcentración del sistema judicial, descarta recursos innecesarios, enseña a las partes a dirimir y resolver ellos mismos sus controversias, y reduce costos y tiempos de los procesos judiciales.

En el “Protocolo de mediación contencioso-administrativa” de la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ del año 2016 se define la mediación intrajudicial como el “medio de solución de litigios alternativo y complementario a la Administración de justicia, en el que dos o más partes legitimadas intentan voluntariamente, en el curso de un proceso contencioso-administrativo, alcanzar por sí mismas un acuerdo, sobre la base de una propuesta elaborada por un tercero mediador”. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la mediación intrajudicial más allá de considerarse un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, viene a ser un mecanismo complementario —o adecuado—, porque con ella las partes pasan de intentar resolver el conflicto mediante el enfrentamiento y a través de un tercero —el juez—, a resolverlo a través de la participación conjunta de las partes en la toma de decisiones.

Lo característico de la mediación —y de allí su complementariedad— es que la solución al conflicto viene de las partes —y no de un tercero, como ocurre en el arbitraje—, y son éstas las que toman la decisión final sobre el conflicto con la ayuda del mediador (que para la mediación intrajudicial será el juez), quien deberá facilitarles la llegada a un consenso sin interferir directamente en la decisión que tomen las partes. En la mediación, todas las partes resultan ganadoras, dado que son ellas mismas las que logran una solución consensuada, no existiendo entre ellas la sensación de haber perdido al tener que cumplir lo decidido por el juez.

No existe un procedimiento establecido para regular la mediación intrajudicial contencioso-administrativa; sin embargo, ha sido el artículo 77 LJCA, el precepto que ha permitido someter a la consideración de las partes la posibilidad de

alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, junto con el artículo 19 LEC —aplicable con carácter supletorio a la jurisdicción contencioso-administrativo—.

Según el artículo 77 LJCA, en los procedimientos en primera o única instancia, una vez formuladas la demanda y la contestación, el juez o Tribunal, ya sea de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, de dónde debe entenderse que es a partir del momento en que queda delimitada la controversia que se podrá motivar a las partes a iniciar con la mediación intrajudicial.

Advertimos que la LJCA contempla que los representantes de las Administraciones públicas demandadas requieran de la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción; exigencia legal que ha sido considerada un obstáculo para las mediaciones —intrajudicial o no—, sobre todo en aquellos procedimientos en los que se requiera la autorización de un órgano de alto nivel al que la legislación administrativa reserva la competencia para acceder a la transacción y su complicado procedimiento de adopción (por ejemplo, el Consejo de Ministros, mediante real decreto, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno).

Una de las cuestiones más controvertidas respecto a la mediación intrajudicial es la de delimitar o establecer qué cuestiones pueden ser objeto de la misma. El artículo 77 LJCA indica que el juez o Tribunal podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia “cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”, mientras que el artículo 19.1 LEC indica que las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio, pudiendo someter a mediación o arbitraje todo asunto que sea objeto del juicio “excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”, lo cual resulta ser un listado vago e impreciso sobre las materias que pueden someterse a mediación intrajudicial.

Sin embargo, el “Protocolo de mediación contencioso-administrativa” de la GPMI del CGPJ diferencia entre ámbito formal y material de la mediación, lo que contribuye a clarificar cuáles temas o aspectos pueden ser parte de este

mecanismo de resolución de controversias. Así, el Protocolo considera que la mediación será aplicable:

1. En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
2. En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 86 LPAC).
3. En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos, impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo, al amparo del artículo 107.2 de la LRJPAC —actual artículo 112.2 de la LPAC—.
4. Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración, y 5. En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuestos de aplicación de normas jurídicas. Se trata de una delimitación clásica, acorde con lo dispuesto en los artículos 77 LJCA y 19.1 LEC.

En cuanto al ámbito material de la mediación intrajudicial, el Protocolo dispone que las materias que pueden ser sometidas a mediación son:

1. La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
2. Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.
3. Legislación urbanística, medioambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.
4. Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
5. La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.
6. La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.
7. Ejecución de sentencias.
8. Las demás que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el juez competente.
9. Función Pública, mobbing o acoso laboral.

Cabe señalar que el Protocolo no indica si la lista anterior es enunciativa o taxativa, por lo que se trata de una lista referencial a la que se le pueden sumar otros temas o categorías, siempre que se respeten los parámetros previstos en el artículo 77 LJCA y 19.1 LEC, a saber: que se trate de materias susceptibles de transacción, o materias en las que la ley no prohíba la mediación o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

En cuanto a la suspensión del procedimiento contencioso-administrativo iniciado, los artículos 77.2 LCJA y 415.1 LEC disponen que la mediación intrajudicial no lo suspenderá. Sin embargo, las partes de común acuerdo podrán solicitarlo al juez, lo cual “podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia”.

Si las partes llegaran a un acuerdo que “implique la desaparición de la controversia”, el juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público o de terceros (art. 77.3 LJCA). En este mismo sentido, el artículo 415.2 LEC se refiere a la necesidad de que el acuerdo de las partes sea homologado judicialmente, con lo cual surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial.

Los artículos 415.2 LEC y 113 LJCA equiparan la fuerza ejecutiva de este acuerdo a la de la sentencia, pudiendo requerir las partes su ejecución forzosa en vía judicial, por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados, y ser impugnado por vía de reposición (artículo 79.1 LJCA), no siendo susceptible de posterior apelación por no encontrarse dentro de los supuestos del artículo 80 LJCA, salvo que se trate de mediaciones vinculadas a ejecución de sentencia que se encontrarían contempladas en el supuesto previsto en el artículo 80.1.b) LJCA.

El artículo 415.3 LEC indica que, si las partes no llegan a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el procedimiento contencioso-administrativo -en caso de haber sido suspendido- continuará su curso, siempre que cualquiera de las partes solicite que se alce la suspensión.

Ahora bien, ni la LJCA ni la LEC indican qué ocurre si las partes llegan a un acuerdo parcial que no implique “la desaparición de la controversia” sino una

parte de ella. En este sentido, consideramos que nada impide que el juez o el Tribunal homologue aquellos aspectos del conflicto sobre los cuales exista acuerdo entre las partes y se ordene —previa solicitud de las partes— la continuación del procedimiento contencioso-administrativo para resolver aquellos asuntos sobre los que todavía exista desacuerdo.

3. La mediación administrativa en algunos ámbitos sectoriales

3.1. TRANSPARENCIA

En el ámbito del acceso a la información pública, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha sido pionera en incorporar la mediación a la solución de conflictos, sumándose, más recientemente, la Comunidad Valenciana.

3.1.1. La incorporación de la mediación en la solución de conflictos en materia de acceso a la información pública en Cataluña

La Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG) —igual que la Ley estatal— ha recogido en esta materia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP), una vía administrativa especial de recurso ante un organismo independiente —el caso de Cataluña, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP)—. Se trata de una reclamación que tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos y que puede interponerse frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso a la información pública, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa. La novedad, frente a la legislación estatal, radica en la previsión de la aplicación de un procedimiento de mediación para tramitar y, eventualmente, finalizar las reclamaciones en materia de ejercicio del derecho de acceso a la información pública presentada ante la autoridad autonómica de transparencia.

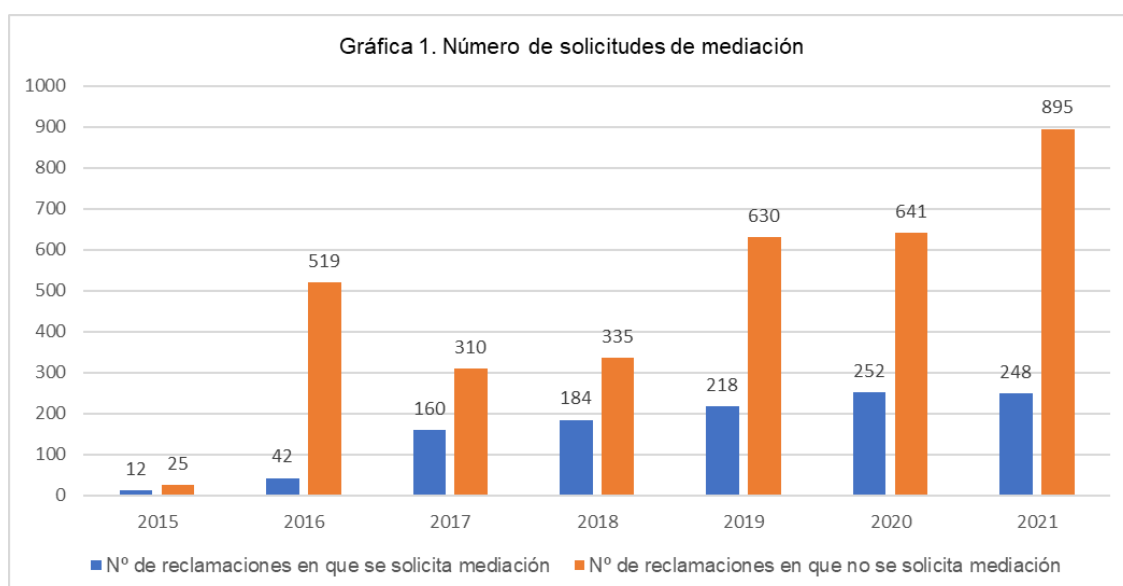
En efecto, la LTAIPBG prevé que las reclamaciones pueden tramitarse mediante un procedimiento de mediación o un procedimiento ordinario con resolución, ampliamente regulado en sus artículos 42 y 43 y 36 a 41 del Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la GAIP —olvidar el Manual de mediación de la GAIP, adoptado por el Pleno en la sesión de 17 de septiembre de 2015—. La opción de tramitar la reclamación mediante el procedimiento de mediación es de la persona reclamante, estando la administración reclamada obligada a participar si la persona reclamante lo pide. Por lo tanto, la administración no puede negarse al procedimiento de mediación, sin perjuicio de su resultado. Si hay terceras partes afectadas, también tienen derecho a participar en la mediación y solo se podrán alcanzar acuerdos que les afecten si se cuenta con su conformidad. Sin su consentimiento, no puede celebrarse la mediación.

La Ley prevé que la mediación puede consumir un mes, que se añade a los dos previstos para resolver las reclamaciones, de manera que las reclamaciones que se tramitan por el procedimiento de mediación requieren un mes adicional respecto de las que son tramitadas por el procedimiento ordinario. El procedimiento con mediación se sigue bajo la tutela del órgano de garantía, que convoca y guía las partes durante la sesión, conforme al procedimiento de mediación establecido. Se trata de facilitar el acuerdo de las partes enfrentadas, organizando el debate y controlando la legalidad del acuerdo, si se consigue. La mediación pretende alcanzar un acuerdo de las partes que finalice la reclamación con la conformidad de todas ellas (reclamante, administración y terceras personas, si las hay). En este proceso, la persona mediadora (que debe ser un miembro de la GAIP) y los servicios de la GAIP en general tienen la responsabilidad de formar el expediente, aportar la información y las valoraciones necesarias para decidir, organizar las sesiones para la mediación, orientarla y dirigirla, formalizar y hacer públicos los acuerdos y velar por su ejecución. La principal responsabilidad de la GAIP es evitar que se puedan formalizar acuerdos contrarios al ordenamiento. Las garantías de ejecución de los acuerdos de mediación son idénticas a la de las resoluciones de la GAIP (art. 43.2 LTAIPBG).

La mediación está concebida como una oportunidad para facilitar el acuerdo y ayudar al diálogo y a la negociación entre las partes de un conflicto jurídico en materia del derecho de acceso a la información pública, de manera que si esta oportunidad no alcanza el resultado esperado (un acuerdo), la reclamación finaliza por la vía de la resolución ejecutiva del Pleno de la GAIP. Si el acuerdo es parcial, la GAIP resuelve sobre el acceso a la información en la parte no comprendida en el acuerdo.

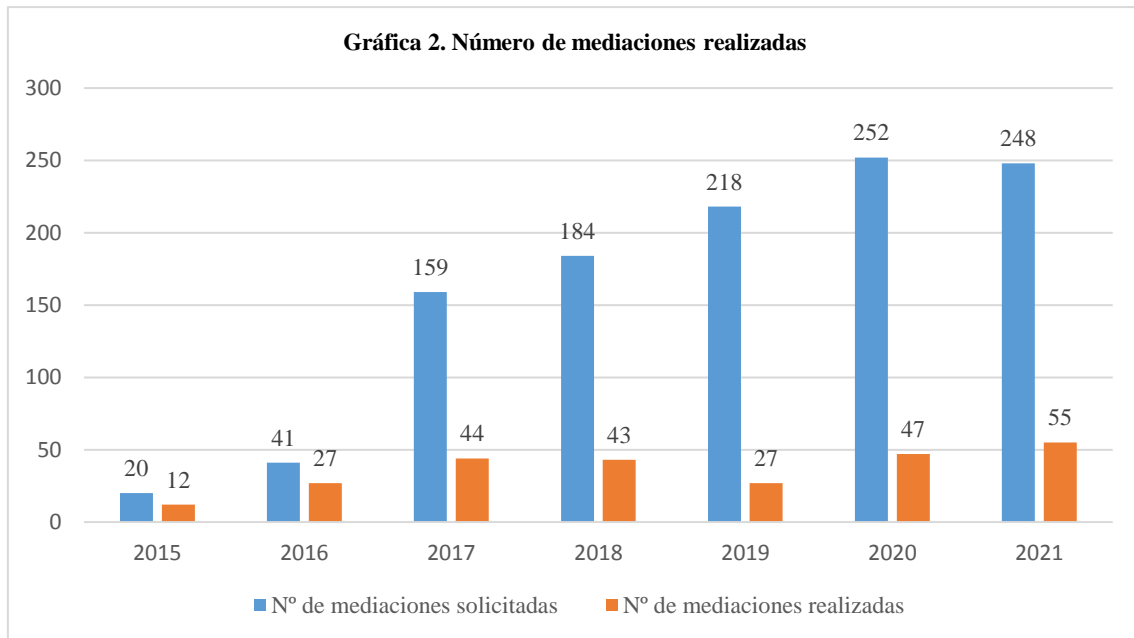
3.1.2. Algunos datos sobre la experiencia práctica de aplicación de la mediación en Cataluña

Del análisis de los datos correspondientes al período comprendido entre los años 2015 y 2021 —inclusive—, que pueden obtenerse a través de la consulta del visor de datos y de las memorias anuales de la GAIP, incluidos en su página web (<https://www.gaip.cat/es/inici/index.html>), pueden extraerse diferentes conclusiones. En primer lugar, del número total de reclamaciones presentadas en este período en materia de acceso a la información pública (4.471), solo en 1.116 (el 24,96 % de los casos) se ha realizado una solicitud de mediación y no se hace en la mayoría (3.355) de las reclamaciones presentadas (el 75,04 % de los casos). Así puede constatarse en la siguiente gráfica:



En segundo lugar, existe una gran distancia entre el número de solicitudes de mediación formuladas y el de mediaciones llevadas a cabo efectivamente. Del total de 1.122 solicitudes de mediación realizadas entre 2015 y 2021, solo se han

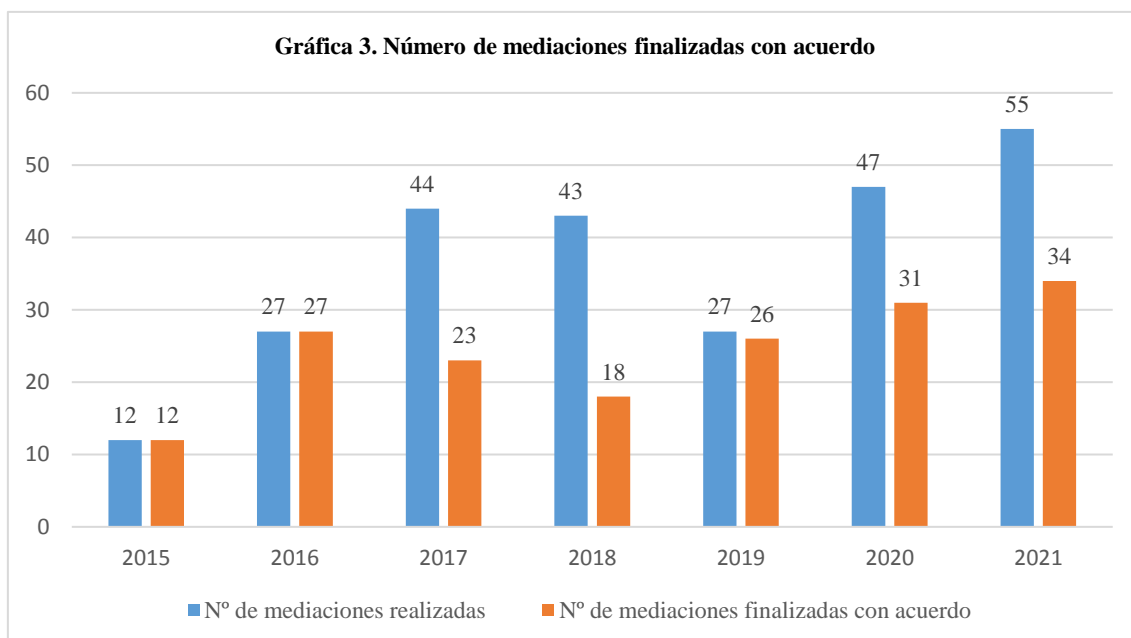
llegado a llevar a cabo efectivamente 255 —según los datos que constan en las memorias anuales—, cosa que supone solo el 22,73 %. Son pocas, por tanto, las mediaciones realizadas efectivamente, como puede constarse en la siguiente gráfica:



La principal causa que explica la gran diferencia existente entre el número total de mediaciones solicitadas y el número total de mediaciones realizadas efectivamente es que, en muchos expedientes, la Administración reclamada facilita, una vez iniciado el procedimiento de reclamación, la información solicitada, por lo que la mediación deviene innecesaria y se puede finalizar la reclamación por la pérdida sobrevenida de su objeto. De hecho, la manera más habitual de finalizar las reclamaciones en la GAIP (también cuando no se pide mediación) es la declaración de su pérdida de objeto por haber facilitado la administración la información solicitada una vez presentada la reclamación. En un número muy reducido de casos no se llega a celebrar la mediación solicitada, bien porque hay renuncia de la persona reclamante, bien porque el mediador, sobre la base de determinados indicios o circunstancias, llega a la conclusión de que la mediación es inviable.

En tercer lugar, debe ponerse de manifiesto el elevado porcentaje de éxito del procedimiento de mediación. Del total de 255 mediaciones realizadas efectivamente entre 2015 y 2021, 171 han finalizado con un acuerdo, lo cual supone un porcentaje de éxito del procedimiento de mediación del 67,06%, que

en algunos años llega al 100%. En la gráfica siguiente pueden verse los datos desglosados por años:



Las cifras confirman que la mediación es una de las vías más útiles para resolver las reclamaciones de acceso a la información pública en Cataluña y que, a pesar de que todavía es una opción minoritaria, va adquiriendo, año tras año, una mayor relevancia. Sin duda, debe destacarse su eficacia, ya que se alcanza el éxito —acuerdo que pone fin a la reclamación— en más de la mitad de los casos, por lo que está dando frutos positivos. Además, la mediación también facilita el diálogo y el entendimiento entre las personas solicitantes de información y las administraciones públicas que la tienen en su poder y facilita la atención de futuras solicitudes de información pública, que podrán resolverse sin acabar en una reclamación.

3.1.3. La incorporación de la mediación en la solución de conflictos en materia de acceso a la información pública en la Comunitat Valenciana

Recientemente, la Ley 1/2022, de 13 de abril, de transparencia y buen gobierno de la Comunitat Valenciana, también ha incorporado como novedad, además del procedimiento ordinario de reclamación, la posibilidad de articular la

impugnación de las resoluciones de solicitudes de acceso a la información mediante un procedimiento de mediación, que puede finalizar con un acuerdo en el marco del Consejo Valenciano de Transparencia. Este procedimiento de mediación se regula en el artículo 39 de la Ley y responde a lo que dispone la disposición adicional segunda de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, que establece que la Generalitat impulsará la incorporación de procesos de mediación en los procedimientos administrativos de su competencia como forma de terminación convencional y como instrumento sustitutivo del recurso de alzada.

La regulación del procedimiento de mediación es similar a la contenida en Cataluña en la LTAIPBG. La novedad más relevante es en relación con las personas mediadoras. A diferencia de la Ley catalana, con arreglo a la cual la persona mediadora es uno de los miembros de la GAIP, la Ley valenciana prevé que la persona mediadora “será designada por el Consejo Valenciano de Transparencia de entre el personal de su oficina técnica de apoyo y deberá contar con formación y conocimientos específicos en materia de mediación administrativa” (art. 39.3).

3.2. CONVIVENCIA UNIVERSITARIA

El 25 de febrero de 2022 se publicó en el BOE, la tan esperada como necesaria Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (LCU), la cual ha venido a cubrir la laguna jurídica de un marco normativo apropiado que sirviese de referencia para abordar la solución de conflictos que se generaban o surgían en el seno de las universidades españolas.

Esta norma no solo deroga el Decreto preconstitucional, al que aún venía sometido el régimen disciplinario de los estudiantes universitarios (Reglamento de Disciplina Académica de los Centros Oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica dependientes del Ministerio de Educación Nacional, aprobado por Decreto de 8 de septiembre de 1954), sino que supone una apuesta clara por la convivencia, vinculándola a la mediación.

Uno de los aspectos destacados de la citada Ley es el de promover e implementar, con carácter preferente, las modalidades alternativas de resolución

de conflictos, basadas en la mediación, por estimar que pueden resultar más eficaces para afrontar determinadas conductas y conflictos entre miembros de la comunidad universitaria pertenecientes o no a un mismo colectivo (arts. 1 y 2).

Se configura, así, la mediación como la herramienta a emplear para lograr la convivencia. La Ley pretende inspirar un cambio de paradigma para la gestión de la convivencia y el tratamiento de los conflictos, orientándose hacia una transformación organizacional en los valores, actitudes y comportamientos que conforman la convivencia positiva.

En cuanto al ámbito de aplicación de la mediación, la Ley indica que todos los casos son susceptibles de ser evaluados para ser potencialmente mediables. Aunque se debe establecer la excepción de los casos de acoso sexual o por razón de sexo y aquellos que son ajenos al ámbito universitario, salvo que afecten a la convivencia universitaria, alterándola o que impida “el normal desarrollo de las funciones esenciales, de docencia, investigación y transferencia del conocimiento” (art. 1.1 de la LCU).

Otro aspecto que destaca la LCU es la intervención de personas expertas en la materia en el análisis de un conflicto y la evaluación de si es o no susceptible de mediación y, tras ello, la intervención en el proceso de mediación. Sobre esto se sigue los requerimientos de calidad exigidos para la mediación en la normativa europea y española respecto a la formación inicial y continua para su adecuado funcionamiento (Considerando 16 y art. 4 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y art. 12 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

En el modelo de convivencia diseñado por la LCU, la potestad disciplinaria está dirigida a corregir las infracciones del estudiantado que quebranten la convivencia o que impidan el normal desarrollo de las funciones de docencia, investigación y transferencia del conocimiento, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. No obstante, esta Ley permite a las personas involucradas en el procedimiento disciplinario acogerse al procedimiento de mediación, de modo que si la Comisión de Convivencia estima conveniente esta alternativa, no se tramitará el procedimiento disciplinario, excepto que el citado procedimiento de mediación

concluya sin acuerdo (art. 19). Pues bien, respecto de esta previsión, además del contenido habitual del acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador, el artículo 19 a) de la LCU determina que se debe incluir el requerimiento para que las personas involucradas en el procedimiento disciplinario manifiesten la voluntad de acogerse al procedimiento de mediación.

Es preciso incidir en que el articulado de la LCU no recoge ningún requisito o criterio que deba tener en cuenta la Comisión de Convivencia para resolver sobre la procedencia de tramitar o no el procedimiento de mediación. Esta es una cuestión que necesita concreción en las disposiciones de desarrollo de las comunidades autónomas o de las universidades.

No obstante, el artículo 22 de la LCU regula algunos detalles del procedimiento de mediación que podrá desarrollarse ante la Comisión de Convivencia en el marco de un procedimiento disciplinario. Sin embargo, no hay previsiones sobre los medios alternativos de solución de conflictos que podrían tener con carácter previo a un procedimiento disciplinario ni sobre las diferencias o similitudes que, en su caso, puedan existir entre unos y otros medios alternativos.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LCU y a pesar de carecer, hasta ahora, de un marco normativo general, cabe destacar que se han desarrollado iniciativas para la creación de servicios y unidades de convivencia y resolución de conflictos, principalmente de mediación universitaria. Así, en el año 2004 se inició en la Universidad Complutense de Madrid (UCM) la experiencia pionera intrauniversitaria de mediación en España vinculada a la Inspección de servicios. Mediante acciones de sensibilización, formación y de capacitación, investigación para diagnosticar los tipos de conflictos existentes y la oferta de servicios de mediación, se dieron los primeros pasos para empezar a implementar una nueva cultura de resolución de conflictos. Posteriormente, en 2008, se creó por Consejo de Gobierno de la UCM el Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos (IMEDIA) que asumió las funciones del servicio de mediación.

En la misma línea, en el año 2011, el Consejo de Gobierno de la Universidad de La Laguna aprobó el reglamento para la creación de la Unidad de Mediación y Asesoramiento de Conflictos (UNIMAC). Asimismo, se han implantado este tipo de servicios en otras universidades españolas, como la Universidad de Vigo, la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, la Universidad de Barcelona y la

Universidad de Granada. Estos modelos son importantes porque pueden servir como referente en el desarrollo de las normas de convivencia y en la gestión efectiva que la LCU otorga a la mediación.

La LCU remite, en su artículo 5, a las universidades para que desarrollen en sus Normas de Convivencia medios alternativos de solución de los conflictos de la convivencia basados en la mediación, para ser aplicados antes y durante el procedimiento disciplinario. En particular, parece que estas Normas deberían regular el procedimiento de mediación que podrá seguirse ante la Comisión de Convivencia en el marco de la tramitación de un procedimiento disciplinario, e incluirán también las disposiciones relativas a la custodia y seguimiento de los acuerdos alcanzados en el referido procedimiento de mediación (art. 22.5).

En su artículo 3.1, la LCU obliga a todas las universidades, tanto públicas como privadas, a aprobar las citadas Normas de Convivencia, estableciendo en su Disposición Adicional Cuarta un plazo máximo de un año a contar desde su entrada en vigor para que procedan a su aprobación (este plazo concluyó el día 26 de febrero de 2023).

En cumplimiento de este mandato, algunas universidades ya han aprobado sus Normas de Convivencia como, por ejemplo: la Universidad de Alicante (Acuerdo de 23 de febrero de 2023, del Consejo de Gobierno, BOUA el 24 de febrero de 2023); la Universidad de Zaragoza (Acuerdo de 30 de marzo de 2023, del Consejo de Gobierno, BOA núm. 67, de 10 de abril de 2023); la Universidad de Valladolid (aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión de 27 de abril de 2023, BOCyL núm. 86 de 8 de mayo de 2023); la Universidad de Málaga (Reglamento 2/2023 aprobado por el Consejo de Gobierno en su sesión de 7 de marzo de 2023, BOUMA el 6 de julio de 2023); la Universidad de Almería (aprobadas en Claustro Universitario de 23 de febrero de 2023); la Universidad Politécnica de Madrid (aprobadas en Consejo de Gobierno de 25 de mayo de 2023); Universitat Politècnica de Catalunya (Acuerdo CG/2023/05/05, de 23 de mayo, del Consejo de Gobierno); la Universidad de Jaén (aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión núm. 56, el 27 de marzo de 2023); la Universidad Rey Juan Carlos (aprobada por el Acuerdo de 30 de marzo de 2023, del Consejo de Gobierno); la Universidad de La Rioja (aprobadas en la reunión del Consejo de Gobierno de 28 de febrero de 2023); la Universidad de Sevilla (aprobadas por

Acuerdo 2.4 de Claustro Universitario en la sesión de 11 de noviembre de 2022, BOUS núm. 10/2022, de 16 de noviembre); la Universidad Autónoma de Madrid (Acuerdo 10/CG de 17 de febrero de 2023, BOUAM núm. 3 de 3 de marzo de 2023); la Universidad de Murcia (Consejo de Gobierno en sesión celebrado el 16 de mayo de 2023, BORM núm. 121, de 27 de mayo de 2023); la Universidad del País Vasco (Resolución de 24 de julio de 2023, del secretario general, BOPV de 22 de agosto de 2023); la Universitat Rovira i Virgili (aprobado por el Consejo de Gobierno de 27 de abril de 2023) y la Universidad de Alcalá (aprobado en Consejo de Gobierno de 16 de febrero de 2023, BOUAH núm. 2, de 24 de febrero de 2023).

3.3. TURISMO

En el ámbito del turismo, la Comunidad Autónoma de Canarias ha incluido una regulación innovadora, que apuesta por la mediación como novedoso procedimiento de terminación convencional y de resolución de controversias. La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias —desarrollada mediante el Decreto 85/2015— recoge tanto la terminación convencional del procedimiento como la mediación como mecanismo sustitutivo de los recursos administrativos.

Por una parte, el artículo 27 de esta Ley regula la terminación convencional, prevista con carácter general en el artículo 86 de la LPACAP. Con arreglo a este precepto, los procedimientos administrativos derivados de la aplicación de esta Ley, salvo aquellos que versen sobre materias no sujetas a transacción, “podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente”. En caso de instarse la terminación convencional, si una de las partes legitimadas en el procedimiento no acepta participar o, aun aceptando, hubieran transcurrido más de dos meses desde su inicio sin llegar a ningún acuerdo, “la Administración continuará el procedimiento en el estado en el que se encuentre y resolverá de acuerdo con las reglas ordinarias de procedimiento”. Si se firma un acuerdo entre las partes, tendrá la consideración de acto final del procedimiento administrativo.

Por otra, la Ley 2/2013 materializa, en el ámbito de la renovación y modernización turística, la posibilidad prevista en el artículo 112.2 de la Ley

39/2015 de sustituir los recursos administrativos por un procedimiento de mediación. El artículo 28 otorga a las personas interesadas una doble opción para reaccionar frente a las resoluciones que se adopten en aplicación de esta Ley: la tradicional, de los recursos administrativos; o la vía de la mediación. En caso de optar por la mediación en lugar del recurso administrativo que corresponda, debe solicitarse en el plazo de quince días desde la fecha de notificación de la resolución. Este procedimiento “se llevará a cabo por un órgano colegiado o comisión específica no sometida a instrucciones jerárquicas, conforme a lo previsto en la legislación básica y en la norma que reglamentariamente se determine, con respeto a los principios, garantías y plazos que la ley reguladora del procedimiento común recoge” (art. 28.2). La designación de los miembros de la comisión de mediación se regula ampliamente en el artículo 41 del Decreto 85/2015. En cuanto al acuerdo derivado de la mediación, dará por finalizado el procedimiento y contra esta resolución consensuada no cabe la interposición de recurso administrativo alguno.

La normativa canaria también regula los límites de la mediación, imponiendo que debe ajustarse, con respeto a los principios, garantías y plazos que la legislación reconoce a la ciudadanía y a las personas interesadas, al ordenamiento jurídico, la protección del medioambiente y los derechos de los terceros, eventualmente afectados por el acuerdo y que ostenten un interés directo y legítimo. Asimismo, el Decreto regula pormenorizadamente, en su artículo 42, el procedimiento de mediación.

3.4. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Actualmente, las sanciones impuestas unilateralmente por la administración suponen una alta resistencia de las personas administradas que, en muchas ocasiones, se materializa en un elevado número de impugnaciones de dichas sanciones ante las propias administraciones y ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es por este motivo que cabe atender a formas alternativas mediante las cuales se alcance la misma finalidad que persigue la sanción, pero que impliquen mayores adhesiones entre las personas administradas. A su vez, este cambio de perspectiva supondría no solo la mejor

relación entre las partes, sino también, una menor judicialización del procedimiento sancionador.

A este respecto, el art. 90.4 LPACAP establece que “cuando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni esta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa”. Este precepto, en lo que aquí interesa, establece dos puntos clave: (1) la existencia de un procedimiento complementario cuando la cuantía de la indemnización no ha sido determinada, y, (2) llevar a cabo dicho procedimiento de una forma convencional. En definitiva, este procedimiento implica que cuando la sanción no sea determinada, podría llegar a establecerse un acuerdo entre la administración pública en cuestión y la persona administrada afectada mediante un convenio, alejándose así, de la idea de la imposición de la sanción por parte de la administración.

Esta técnica de terminación convencional de los procedimientos sancionadores implica una terminación acordada entre las partes que podría actuar en diversos aspectos. Algunos ejemplos son la sanción administrativa no cuantificada, pero sí tipificada (entre leve, grave o muy grave) en una horquilla pecuniaria mínima y máxima, pudiéndose negociar el importe final o bien en casos en los que puedan acordarse planes de pago adecuados que faciliten el pago de la misma sanción.

Ahora bien, cabe preguntarse por las complicaciones que conlleva esta terminación convencional en relación con el interés público y la autonomía de la voluntad en las negociaciones. Sin embargo, como bien indica DELGADO PIQUERAS “si el poder administrativo puede concretarse con el procedimiento en una resolución administrativa, en un contrato accesorio de aquella o en un acto negocial sustitutivo, quiere decirse que el poder administrativo puede encontrar distintas formas de manifestación, siendo sustancialmente el mismo. El que el poder público se traduzca en un módulo negocial implantado en el

procedimiento no significa, pues, que el poder se convierta en poder privado. Los módulos negociales no son manifestaciones de autonomía privada, sino medios de tutela de intereses públicos, que no agotan la potestad administrativa”. Ello implica no solamente que la mediación en este campo no colisiona con los principios del procedimiento administrativo, sino que también pretende perseguir el cumplimiento de la sanción.

3.5. URBANISMO

El urbanismo es un ámbito de actividad que se ha caracterizado tradicionalmente por la confrontación de intereses entre el sector privado (promotores, constructores, propietarios), que busca rentabilizar el suelo de su propiedad, y las administraciones públicas, que actúan en defensa del interés general. Es por ello que el urbanismo es un campo labrado en materia de búsqueda de soluciones consensuadas para la transformación del suelo, sin perder de vista, sin embargo, la necesidad de dar cumplimiento a la función social de la propiedad. Así, es tradicional en el ámbito del urbanismo lo que se ha venido en llamar “urbanismo convencional” como mecanismo complementario a la insuficiencia de los instrumentos urbanísticos y las técnicas de clasificación y calificación urbanísticas. No obstante, este modelo urbanístico, aunque no totalmente orillado, sí ha sido superado por una visión de construcción de la ciudad basada en la participación colectiva en el espacio público.

La resolución de conflictos en el derecho urbanístico, como vía alternativa a la judicial y la arbitral, de carácter voluntario, basada en la negociación entre las partes implicadas para alcanzar acuerdos que sean mutuamente satisfactorios, puede ser una solución para dar respuesta a las desavenencias en los procesos de gestión y transformación del suelo (gestión, licencias, etc.) en los que se entrelazan intereses individuales y colectivos. La mediación puede tener una gran funcionalidad no solo para gestionar el conflicto, también para prevenirlo. Para la prevención de crisis urbanas, es importante reseñar que la normativa urbanística (por ejemplo, el art. 5 del RDLeg 7/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) promueve la participación ciudadana en la elaboración de los instrumentos urbanísticos, un principio apoyado por el ODS11 relativo a lograr que las ciudades sean más

inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles, que plantea “promover enfoques de planificación urbana participativa para una respuesta y prevención de crisis urbanas eficaz e inclusiva”.¹ En consecuencia, puede ser interesante planter procesos de mediación en el marco de la formulación del planeamiento.

La mediación urbanística no se circunscribe únicamente al ámbito judicial.² Existen distintos tipos de mediación administrativa en el ámbito urbanístico: institucional —configurada como un servicio público vinculado al principio de buena administración (art. 41 CDFUE), en que, a diferencia de las demás mediaciones, la comparecencia de la Administración es obligatoria; la solución la propone el mediador y no es vinculante—, convencional —se trata de la terminación procedimental prevista en los arts. 86 y 112.2 de la Ley 39/2015)—³ e intrajudicial contencioso-administrativa (MICA) —para poner fin a una controversia judicial, aquí el acuerdo de mediación se homologa por el juez—.⁴

Como ya se ha señalado, cualquier solución mediadora sobre el uso del suelo debe perseguir intereses públicos. La legislación urbanística establece que la ordenación del suelo no es susceptible de transacción, puesto que se trata de una función pública, por lo que, de entrada, parecería que la mediación no es posible en urbanismo. Por ello, hablar de transacción o negociación en urbanismo puede generar recelos o reticencias. Sin embargo, la transacción, entendida como el hecho de que cada parte en el conflicto deba ceder o renunciar a algunas de sus pretensiones (como si se tratara de una equivalencia de prestaciones), no es sinónimo de mediación. La mediación es un proceso de diálogo en que interviene un tercero neutral (el mediador), que sustituye la decisión unilateral del juez o de la propia Administración (en función de si nos encontramos en procesos judiciales o en procedimientos administrativos), en que las partes colaboran para llegar a una solución. En este sentido, los colegios de abogados son entidades adecuadas para resolver conflictos en materia

¹ Vid. el Objetivo Estratégico 10.2 de la Agenda Urbana Española.

² Vid. en ese sentido, el Informe Guía de 7 de diciembre de 2022 sobre Promoción de la mediación para resolver disputas administrativas en los estados miembros, Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia.

³ Por ejemplo, la Unidad de Mediación Administrativa del Ayuntamiento de Madrid, que se ocupa, entre otras actuaciones, de las licencias y declaraciones responsables urbanísticas (art. 70).

⁴ Son diversos los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo que han implantado sistemas de mediación para los casos que se encuentran pendientes de juicio o de ejecución de la sentencia.

urbanística. Un ejemplo de ello es el Colegio de Abogados de Madrid (ICAM), que dispone de un protocolo de funcionamiento. Los mediadores son abogados ejercientes, especializados en Derecho administrativo.

En urbanismo, los conflictos a resolver se localizan, más que en los criterios de ordenación del suelo (que son indisponibles para el planificador), en actuaciones urbanísticas relacionadas, como la recepción de las obras de urbanización, el cumplimiento de plazos en el marco de contratos públicos de obra, valoración de inmuebles, procesos reparcelatorios, procedimientos expropiatorios, paralizaciones de obras, responsabilidad patrimonial urbanística, gestión de medidas cautelares, ejecución de sentencias, licencias, reposición de la realidad y legalidad vulneradas, etc.

3.6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La responsabilidad patrimonial como objeto material de la mediación administrativa es una de las grandes apuestas teóricas que existen en la actualidad. Tanto es así que incluso el artículo 86.5 de la ley 39/2015 observa su potencial regulando su caso concreto. Es interesante, en consecuencia, citar el precepto concreto para que se entiendan sus límites jurídicos: “en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Este interés por la responsabilidad patrimonial viene por la facilidad a la que se apunta en la academia jurídica sobre aquellos conflictos cuyo motivo principal sea la cuantía. Uno de los casos más paradigmáticos de este tipo de mediación es posible encontrarla -y, de hecho, ya se practica con asiduidad- en el ámbito sanitario, fruto de las lesiones que pueden darse por el incumplimiento médico de la *lex artis* en el ejercicio de su profesión. Ahora bien, el ámbito de la responsabilidad patrimonial y la mediación no debe limitarse únicamente a este ámbito, sino que hay otros ámbitos ampliamente conflictivos en los cuales existen posibilidades de mediación como son las caídas en las vías urbanas, litigiosos, u otros casos más concretos que puedan ir apareciendo.

3.7. FUNCIÓN PÚBLICA

La mediación en la función pública, al igual que en otros ámbitos, encuentra su fundamento en el art. 86 LPACAP. En este sentido, cualquier administración pública podría establecer, mediante reglamento, un mecanismo alternativo de resolución de conflictos como la mediación para así encontrar una terminación negociada a las discrepancias entre personas trabajadoras de la administración y la administración.

En este sentido, cuando se hace referencia a la mediación en la función pública, la herramienta que destaca es la presente en el art. 45 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), el cual establece un sistema extrajudicial de solución de conflictos colectivos para los funcionarios públicos. Este sistema tiene como objetivo la resolución de algunos conflictos laborales surgidos entre la persona trabajadora de la administración y la administración pública empleadora. En este sentido, la mediación se establece como un sistema obligatorio en caso de ser solicitado por una de las partes, con una fuerza vinculante equivalente a los acuerdos y pactos acordados por las mismas, los cuales, son susceptibles de impugnación posterior.

Este mecanismo atiende a un ámbito de aplicación conflictivo, pues existe una diferencia entre funcionario público y personal laboral de la administración, siendo incluido solamente el primero en el mecanismo que aquí interesa, aunque parte de la doctrina lo ha criticado dado que sería posible incorporar a ambas figuras a partir de la negociación colectiva laboral para el personal laboral de la administración. Esto último es importante, pues la norma prioriza el diálogo social a la hora de establecer los sistemas de mediación en la línea que son la administración y los sindicatos los encargados de configurar la mediación en la función pública.

En relación con el ámbito material, salvo en los supuestos que exista reserva de ley, el alcance es amplio, ya que quedan incluidas materias diversas como el

“calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”, entre otras. Además, todo ello podrá articularse tanto desde la perspectiva de un conflicto de intereses (derivados de los pactos o acuerdos negociados entre las partes, es decir, antes del acuerdo) como de un conflicto jurídico (sobre discrepancias en la interpretación o aplicación de una norma jurídica, como sería el caso de un pacto o acuerdo entre las partes).

Finalmente, cabe preguntarse sobre los conflictos individuales, pues el EBEP no hace referencia a ellos. En este sentido, la reclamación que una persona trabajadora individual quiera llevar a cabo deberá articularse mediante los instrumentos existentes, es decir, poniendo fin a la vía administrativa y la posterior reclamación judicial (art. 112 y ss. LPACAP). Aspecto que resulta limitante, máxime cuando el personal laboral de la administración tiene la posibilidad de articular una mediación laboral al amparo de la negociación colectiva o el régimen jurídico laboral.

3.4. NUEVOS ÁMBITOS DONDE PUEDE DESARROLLARSE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

3.4.1. Vivienda

Existe en España un gran déficit de vivienda protegida. A ello hay que sumarle las consecuencias derivadas de la crisis sistémica de 2008, que provocó no solo que muchas familias perdieran su vivienda habitual, sino también una disminución drástica del número de promociones de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública. Asimismo, la precariedad laboral y salarial ha hecho que muchas familias no puedan hacer frente al pago de la hipoteca o de la renta del alquiler. La cronificación de los desahucios y las ocupaciones de vivienda sin título habilitante son una consecuencia de este escenario aciago.

Esta situación ha generado importantes conflictos entre propietarios de vivienda (especialmente, los llamados “grandes tenedores” de vivienda) y los arrendatarios-ocupantes de vivienda que han llevado a muchas

administraciones, especialmente ayuntamientos, a crear servicios de mediación en vivienda (alquiler y asesoramiento hipotecario) para evitar situaciones de riesgo que puedan acabar derivando en la pérdida de la vivienda mediante resolución judicial de lanzamiento. En Cataluña, la Generalitat ha arbitrado, mediante la Agencia de la Vivienda de Cataluña, un servicio gratuito de mediación (Ofideute) para resolver conflictos entre particulares y entidades financieras para evitar los desahucios en caso de impago de las cuotas de la hipoteca.

Asimismo, cabe destacar que la reciente Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, obliga a los grandes tenedores a someterse a un procedimiento de mediación con el inquilino, sea arrendatario u ocupante, para intentar llegar a un acuerdo antes de interponer una demanda judicial de desahucio (Disposición Transitoria tercera y Disposición Final quinta).

3.4.2. Contratación pública

Como consecuencia de las peculiaridades del derecho administrativo, referidas en los apartados anteriores, el alcance de las posibilidades de la mediación se ve limitado a determinados ámbitos del eventual litigio. En particular, el poder público podrá aceptar las soluciones que se desprendan de la mediación, fundamentalmente en aquellas que hubieran sido encuadrables dentro de la actividad discrecional *stricto sensu* o de discrecionalidad técnica de la Administración, de la aplicación de conceptos jurídicos o fácticos indeterminados, así como en relación con las cuestiones de hecho imposibles de discernir mediante un procedimiento lógico que conduzca a una conclusión deductiva.

En relación con estas últimas, la contratación pública resulta un ámbito material propicio para la mediación. Así, esto sería el caso, por ejemplo, de la determinación del caso para su posible subsunción o no en los supuestos de hecho que, por previsión legal o del pliego, habilitan la modificación del contrato, la revisión de precios, el reequilibrio económico del contrato o la satisfacción del objeto del contrato o de las condiciones especiales de ejecución.

En todos estos supuestos, encuadrados en las fases de ejecución o extinción del contrato, ya opera, aun de manera informal, un sistema de transacción ante eventuales discrepancias que puedan surgir entre el ente adjudicador y el adjudicatario del contrato sin intervención de terceros. Como resultado, también sería factible un sistema autocompositivo como la mediación.

Sin embargo, en las etapas previas a la adjudicación del contrato también encontramos supuestos con las características señaladas. Así, ante la determinación de la viabilidad de una oferta que ha incurrido, a priori en presunción de baja temeraria; la determinación de sí un título académico o profesional es suficiente para satisfacer los estudios o experiencia exigidos en el pliego como elemento de capacidad económica o criterio de adjudicación; la suficiencia del medio de prueba alternativo empleado a los efectos de suplir la carencia de posesión de normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental; la apreciación de la existencia de las circunstancias habilitantes para llevar a cabo un procedimiento no ordinario; la determinación de sí una oferta presenta carácter oneroso o no en función de las circunstancias de la prestación a realizar; o la valoración de los criterios de adjudicación de naturaleza subjetiva, así como de la suficiencia técnica de una oferta.

Por tanto, cabe destacar cómo en el ámbito de la contratación pública, la transacción de las partes, es decir, la aceptación total o parcial del ente adjudicador de la posición sostenida por un operador económico, eliminando o superando las dudas o un posicionamiento apriorístico que aquel pudiera sustentar, se contempla en la regulación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) en determinados aspectos del procedimiento de licitación. Un ejemplo de esto es el análisis de la existencia o no de temeridad en las ofertas presentadas por los licitadores, donde el artículo 149.4 de la LCSP establece un sistema de decisión bifásico. Por un lado, se requiere al licitador o licitadores que las hubieran presentado que justifiquen y desglosen de manera razonada y detallada el bajo nivel de los precios, o de costes, u otros parámetros, basándose en el cual se haya definido

la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos pertinentes a estos efectos, seguida de una resolución definitiva.

La principal ventaja que podría instar a la introducción de la mediación en el ámbito de la contratación pública sería el objetivo de mejorar el actual sistema de recursos administrativos contemplados en los artículos 86 y 112.2 de la LPAC.

El artículo 112.2 de la LPAC prevé que el régimen de recursos ordinarios pueda ser sustituido por procedimientos de mediación, siempre y cuando tal previsión se efectúe por medio de mandato legal, el procedimiento de mediación conserve el carácter preceptivo o potestativo del recurso administrativo que viene a sustituir y que la función de mediación se encomiende a “órgano colegiado o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”. Por consiguiente, el citado precepto determina que la sustitución con carácter general de estos recursos ordinarios por la mediación conlleva la propuesta de requerir una modificación legislativa de carácter sectorial, al no resultar suficiente la posibilidad de su previsión en el pliego de cláusulas administrativas generales, a pesar de su carácter reglamentario. No obstante, el artículo 112.2 de la LPAC, abre la posibilidad de un acuerdo de carácter contractual entre ente adjudicador y operador económico, por el que sustituye a favor de un procedimiento de mediación que cumpliera los requisitos y garantías expresados en aquel. En este sentido, del artículo 44.6 de la LCSP se desprende la aplicabilidad del artículo 112.2 de la LPAC en los casos en los que no sea procedente la interposición de recurso especial en materia de contratación pública. De este modo, el procedimiento de licitación en el que resulte de aplicación la LCSP en las fases de preparación, selección y adjudicación, contará con un documento de carácter contractual, como lo es el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento análogo que se prevea en las instrucciones de contratación de los entes del sector público que no son poderes adjudicadores, en el que se podrá establecer válidamente la posibilidad de que, al momento de formular sus ofertas, los licitadores renuncien al sistema de recursos ordinarios previstos en la LPAC por un procedimiento de mediación. Además, podría preverse que se efectúe en el momento inmediatamente anterior a la impugnación o a solicitud de mediación respecto de acto administrativo en cuestión que haya sido dictado en el seno del procedimiento de compra pública. Esta segunda opción permitiría

optar por el sometimiento a mediación de cuestiones que necesariamente han de plantearse de manera anticipada a la presentación de la oferta, como lo son las discusiones relativas al contenido de los pliegos.

En caso de que esta posibilidad fuera acogida por un licitador, la mediación desplazaría el sistema de recursos, estableciéndose de forma preceptiva o potestativa previa a la vía judicial. Sin embargo, esta posibilidad está limitada a los contratos administrativos y a los litigios que puedan surgir respecto de la fase de preparación, selección y adjudicación de los contratos privados.

En cuanto a qué sujeto debería ejercer el papel de mediador, se destacan dos posibilidades: el establecimiento de órganos administrativos independientes u órganos dependientes del poder judicial asignados especialmente para la mediación en estas cuestiones previas a la vía contencioso-administrativa. Respecto a la primera opción, destacamos el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el cual es definido por el artículo 45.1 de la LCSP como un “órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un presidente y un mínimo de cinco vocales (...)”. La configuración del régimen jurídico de sus miembros — requisitos de experiencia; sistema de elección de los vocales y el presidente/a del Tribunal; duración del mandato y causas de separación del servicio—, hacen que esta opción sea solvente e incluso óptima para asumir el papel de mediador en un procedimiento de resolución de controversias alternativo al sistema de recursos administrativos ordinarios. Esta función del citado tribunal se debería recoger en la normativa especial sobre la materia. No obstante, en el marco jurídico vigente esta opción ya es posible, al amparo de lo previsto en el artículo 144 de la LRJSP, mediante el establecimiento de un convenio de cooperación por el que el tribunal asumiera la actividad de mediador cuando le fuera requerida y el ente adjudicador en cuestión se comprometiera a la compensación de una determinada cantidad por la actividad de mediación efectuada, con el objeto de responder a los mayores gastos de funcionamiento a los que induzca a incurrir al tribunal administrativo —vid. art. 144.2 de la LRJSP—, por ejemplo, derivados de la necesidad de mayores servicios administrativos o del nombramiento de nuevos vocales.

En todo caso, sería igualmente viable el establecimiento de organismos públicos independientes *ad hoc* para realizar este tipo de mediación, incluso podría tratarse de considerarse mejor desde el punto de vista de la independencia del mediador por tratarse de órganos especializados dependientes formalmente del poder judicial.

3.4.3. Subvenciones

Con anterioridad en este mismo informe se ha apuntado a la imposibilidad de los actos fruto de potestades regladas sean objeto de debate dentro de una mediación administrativa. Las subvenciones, tanto por las limitaciones legales como por las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo (*vid.* STS, 7 de abril de 2003) son regladas en general -a excepción del momento inicial-. Sin embargo, por las características de las partes más conflictivas de una subvención, esto es, en el caso de que se inicie un procedimiento de reintegro de subvenciones, existe una amplia discrecionalidad administrativa reconocida indirectamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (*vid.* STS de 18 de mayo de 2004) para justificar el retorno.

En estos casos, sería posible comentar la posibilidad de una mediación administrativa desde dos ópticas: una que tratase la totalidad o parcialidad del reintegro basado en la argumentación sobre el alcance o no de objetivos (que no deja de ser una base interpretativa (*vid.* STS de 30 de marzo de 2010)); y una posible delimitación del ejercicio propio del reintegro acordando, entre las partes, un acuerdo económico entre las partes que pueda establecer un importe justo y un plan de pagos que permita mejorar la eficacia de la actividad administrativa.

3.4.4. Medioambiente

A lo largo de este trabajo se ha abordado cómo la mediación puede tener un rol determinante en la resolución de controversias, también en la jurisdicción administrativa. En este escenario es de especial interés el desarrollo de la mediación administrativa en situaciones de conflicto socioambiental. La mediación administrativa no solo tiene relevancia para reducir la carga de trabajo, la jurisdicción administrativa. Su función no es solamente pragmática, sino también normativa. Así, la mediación administrativa facilita que los

ciudadanos deliberen con la administración para llegar a acuerdos estables que incorporen los intereses de las partes afectadas, y el ciudadano no sería un agente pasivo en el proceso de toma de decisiones administrativas, sino que además favorecería la decisión deliberada y pública en asuntos de interés general. La participación ciudadana activa a través de la mediación, además, valora el consenso entre administración y administrados para superar la unilateralidad del acto administrativo en algunos ámbitos centrales. Este mecanismo parece óptimo para desenmarañar los conflictos de carácter ambiental entre una administración y un particular o colectivo, no solo porque facilitaría la resolución de la controversia con mayor agilidad, reduciendo la carga de trabajo de los tribunales, sino que, además, permite participar a los interesados a través de la codecisión.

La definición de conflictos ambientales es abierta. Es un concepto vinculado con aquellas disputas sociales sobre un territorio y su sistema ecológico: el acaparamiento de tierras, la protección de los recursos naturales, desastres ambientales de origen antropocéntrico o el impacto de las externalidades negativas de la producción industrial. No obstante, la apertura del concepto puede incluir no solamente aquellos conflictos sociales de interés colectivo vinculados con movimientos sociales, sino también aquellas controversias se enmarquen en una problemática sobre un sistema ecológico. Así, en sociedades complejas como la nuestra podemos observar que este tipo de conflictos pueden contener problemas colectivos de gran complejidad, como el acceso o la pérdida o contaminación de un recurso natural o el desarrollo de actividades industriales; aquellos cuya afectación es más mundana, como licencias urbanísticas o la incorporación de sistemas de gestión de un territorio de interés ecológico. Así, si partimos de la premisa de que el grado de complejidad de un conflicto queda reflejado también en su resolución. Entonces, la consecuencia lógica sería preguntarnos sobre la mediación administrativa en aquellos casos de gran complejidad, con un gran interés colectivo o un buen número actores afectados. No obstante, es un modelo relevante para su aplicación en todos los conflictos ambientales.

En este sentido, la pregunta que cabe plantearse aquí es si la mediación administrativa es relevante para la resolución de los conflictos de carácter

ambiental. Consideramos que sí. Esta afirmación se defiende por dos razones: (1) la importancia de la mediación administrativa para agilizar los procesos y reducir la carga de trabajo de los tribunales; y (2) el perfeccionamiento del acceso a la justicia ambiental y la ampliación de los derechos de participación en la toma de decisiones de los ciudadanos en materia ambiental. La primera tiene un carácter general. La segunda tiene un carácter específico de los conflictos ambientales⁵.

En lo que sigue se plantea un breve análisis sobre por qué la incorporación de la mediación en los conflictos ambientales entre la administración y administrados es relevante para satisfacer de manera extensa el acceso a la justicia ambiental.

El acceso a la justicia ambiental, reconocido por el Principio 10 de la Declaración de Río (1992), desarrollado en tratados internacionales regionales, en Europa por el Convenio de Aarhus (en vigor desde 2001) y en Latinoamérica y Caribe por el Acuerdo de Escazú (en vigor desde 2021), y en legislación interna en un buen número de estados (Robinson, 2012: 363), establece que los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos; y facilitar el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Además, para el caso que nos ocupa, las Directrices de Bali para la implementación Principio 10 de la Declaración de Río (Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, 2010), plantean, en la directriz 26, la incorporación de mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo también la mediación.

Así, como es sabido, el Principio 10 se concreta en tres pilares desarrollados en el Convenio de Aarhus, y que son: (1) el acceso a la información, (2) la participación pública, y (3) el acceso a la justicia. La incorporación de la mediación administrativa en los conflictos ambientales contribuiría a mejorar y a concretar el segundo y el tercer pilar que, como señala Krämer, en el desarrollo del Convenio de Aarhus ha sido desigual en cuanto su desarrollo legislativo. El

⁵ Esta separación no subraya que existe una división entre la primera y la segunda. El acceso a la justicia ambiental requiere depende de una justicia rápida que dé respuesta a los problemas de los ciudadanos en la forma y el tiempo adecuado.

primer pilar ha sido objeto de amplio desarrollo legislativo por parte de los Estados y de la Unión Europea, y, sin embargo, el del segundo y tercer pilar ha sido deficiente.

El segundo pilar, constituye el centro de gravedad de la “democracia ambiental”. La participación pública en la toma de decisiones enfatiza la importancia de la transparencia, el control público y la incorporación del público en la toma de decisiones que puedan tener un impacto en el medioambiente. Ebbesson sostiene que la participación pública obedece a tres razones: (i) la mejora de los resultados en la protección ambiental; (ii) la promoción del principio democrático reconocido en el derecho de los derechos humanos; y (iii) el incremento de la legitimidad y, consecuentemente, la adhesión de los ciudadanos a las decisiones tomadas. Estas tres razones conjugan con el uso de la mediación administrativa en los conflictos ambientales entre la administración y la ciudadanía, ya que no solo se democratizaría la toma de decisiones ambientales -que de por sí ya es positivo- sino que además el proceso consensual generaría mayor adhesión de los ciudadanos con el acuerdo alcanzado.

El tercer pilar se refiere a los aspectos procesales del acceso a la justicia, principalmente a la capacidad procesal y la legitimidad de los actores para iniciar un proceso en torno a una cuestión ambiental. En este tercer pilar, una vez superados los problemas de legitimidad activa que pudiera haber en una u otra jurisdicción, que no son pocos en un buen número de estados, podría ayudar a mejorar la eficiencia del sistema judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa y, consecuentemente, a agilizar los procesos que lleguen a litigio. Como no, no parece que la mediación vaya a resolver uno de los grandes problemas en los procedimientos ambientales, la disparidad económica entre las partes enfrentadas.

En este contexto, una mejora de estos dos pilares es determinante para garantizar el acceso a la justicia en materia ambiental. La incorporación de la mediación administrativa en cuestiones ambientales podría también mejorar la participación de los ciudadanos y el acceso a la justicia, ya que sería positivo que los ciudadanos pudieran deliberar con la administración para resolver las controversias en relación con los problemas ambientales suscitados, consagrando la codecisión y el consenso en asuntos de gran relevancia pública.

IV. DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Durante la redacción del informe han ido surgiendo algunos conceptos que, en conjunto, suponen una especialidad manifiesta en lo que respecta a la capacidad de las Administraciones Públicas para acudir a mediación en cualquier tema. Algunas de las especialidades que se comentan pueden suponer un reto para la implantación de la mediación en la Administración Pública por dos motivaciones diferenciadas: existen aspectos limitativos y posiciones de rechazo.

Los aspectos limitativos a la mediación administrativa son los principios de legalidad y la consecución del interés general. El primero se basa en que las Administraciones Públicas, en todas sus actuaciones, deben obedecer el ordenamiento jurídico y, siendo el derecho administrativo, el más amplio de los marcos jurídicos modernos, es comprensible que el principio de legalidad es amplio, con muchas excepciones e incontables ámbitos a tener en cuenta. La manifestación de este principio de legalidad podría decirse que se observa, ultimadamente, en dos campos o posibilidades: las potestades regladas y las potestades discrecionales. Las primeras se dan cuando la Administración, ante un problema determinado, únicamente puede aplicar una solución que previamente ha sido preceptuada por una norma preexistente. En estos casos, el margen de decisión del órgano administrativo es nulo. Si se recuerda -o evoca- el artículo 86 de la ley 39/2015, se recordará que únicamente se pueden tomar acuerdos, por parte de la Administración Pública, cuando se cumpla estrictamente la legalidad vigente. Este hecho ocasiona que no exista margen negociable posible en ninguna mediación y, por lo cual, un procedimiento ante una potestad reglada no sería otra cosa que una pérdida de tiempo tanto para la Administración como para el ciudadano. La potestad discrecional, por su lado, se basa en la capacidad que tiene la Administración para decidir, entre distintas opciones, la situación jurídica que crea más adecuada en base -siempre- a una motivación jurídica adecuada. En la academia jurídica está ampliamente asumida la posibilidad de realizar mediación administrativa bajo estas circunstancias porque permite ese margen de negociación. La segunda, la consecución del interés general, es otro de los límites legales al acuerdo de mediación, pues debe justificarse que este persigue el interés general. Por lo

cual no cualquier acuerdo será posible dentro de un procedimiento mediado, sino que la Administración Pública se enrocará en una posición de interés general que deberá ser respetada -aunque sea posible debatirla- pues al final el acuerdo que surja deberá perseguir, precisamente, este punto. Este aspecto puede, como se observa, desequilibrar aún más el poder entre las partes en los conflictos que no sean interadministrativos.

Las posiciones de rechazo vienen derivadas de la actual posición de predominancia administrativa. Un sistema de mediación administrativa en la actualidad no tiene la capacidad de interesar a una Administración Pública que posee una capacidad de autotutela abrumadora, con potestades ejecutorias, y con unos recursos superiores a la media de los ciudadanos. Estos hechos la sitúan siempre en una posición en la cual no debería importarle en muchos casos acudir preferentemente a los tribunales como medida disuasoria para que los ciudadanos no se opongan a unas decisiones administrativas imperantes. Siempre existirán ciudadanos o casos que acabarán en los tribunales, pero con base en el sistema actual parece que es un riesgo que están dispuestas a correr. Una mediación administrativa implicaría la necesidad de equilibrar la balanza de poder para poder lograr un resultado eficaz y eficiente, lo cual puede suponer el rechazo frontal de la organización burocrática tradicional que vea cómo cambia el antiguo paradigma e incluso tienen que entrar a debatir con los ciudadanos las decisiones que toman. Por lo tanto, se variaría de un sistema autoritario a uno deliberativo, y ello nunca es agradable para quien ve reducido su poder.

En cuanto a la implantación de la mediación intrajudicial son muchas las dificultades que se han de superar. Entre las dificultades destacamos la insuficiente regulación en el orden contencioso-administrativo. Además, en el momento actual, el principal escollo lo constituye el régimen de autorización necesario para que la Administración pueda transigir, ya que los representantes de las Administraciones públicas necesitan de una autorización expresa, a veces incluso con previa audiencia del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente. Esta rigidez no facilita la agilidad, flexibilidad y simplicidad que se requieren en la mediación.

Por lo que respecta a la implantación de la mediación intrajudicial en las distintas comunidades autónomas, esta es desigual debido, en parte, a la implicación

diferente de los poderes públicos. Esto afecta a la tutela judicial efectiva en términos de equidad, por ello resulta absolutamente imprescindible que las diferentes administraciones competentes ofrezcan a todos los ciudadanos, cualquiera que sea el territorio en el que se encuentre, la posibilidad de acudir a mediación.

Otra de las principales dificultades que encuentra la mediación intrajudicial es el sobre coste que puede representar a las partes, y especialmente a los ciudadanos, porque será necesario abonar los honorarios profesionales de su letrado y los gastos de la mediación. Este elemento económico puede resultar disuasio para las partes iniciar el procedimiento, toda vez que puede concluir en fracaso al tener que aceptarse el acuerdo necesariamente por ambas partes.

Además, existen otras dificultades menos obstativas, como: la formación adecuada de los órganos judiciales para que impulsen la mediación cuando proceda; el desconocimiento de los servicios existentes tanto por las partes como por los órganos judiciales y la insuficiencia de recursos existentes.

V. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

La limitación de la mediación administrativa impugnatoria, esto es, por sustitución de recursos administrativos del artículo 112 de la Ley 39/2015, es ampliamente limitativa con lo que puede representar el conflicto administrativo. El conflicto, al no poder este entenderse como la vulneración de preceptos y normas, sino como un concepto sociológico más profundo, puede seguir latente después de la notificación de una resolución administrativa completamente legal y que cumpla con todas las garantías del proceso administrativo. Si bien es cierto que la mediación impugnatoria sustituye a los recursos y, por ende, no debería extralimitarse en las funciones de estas, lo cierto es que limitar la mediación ocasiona una rigidez del procedimiento que no debe permitirse si se quiere una solución conflictual efectiva mediante un procedimiento de mediación. La flexibilidad procedimental es uno de sus principios básicos y, sin este, este tipo de soluciones alternativas pierden todo su significado, pues se estaría, de nuevo, burocratizando el problema. La propuesta de mejora que se propone es la

flexibilización de los motivos para acudir a la mediación impugnatoria, ampliando a cualquier caso la capacidad para presentar esta posibilidad.

En cuanto a la mediación intrajudicial, independientemente de la conveniencia y necesidad de una completa regulación de la mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativa, es precisa su activación en su actual estado. Como se ha analizado anteriormente, la mediación tiene una gran amplitud de aplicación práctica, ya que son los propios tribunales, con acuerdo de las partes, los que pueden deferir, en las materias que se indicaron en los apartados anteriores, la solución del conflicto a mediación en cualquier fase del proceso. Esto se comprueba con el contenido de la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial y los Protocolos a que anteriormente se ha hecho particular indicación, ya que contempla la posibilidad de que, incluso en su estado actual, los tribunales y las partes involucradas puedan derivarlo a mediación.

Se observan algunos ámbitos sectoriales como la transparencia; la convivencia universitaria; el turismo; el procedimiento sancionador; el urbanismo; la responsabilidad patrimonial y la función pública que incorporan la mediación a la solución de conflictos. No obstante, algunos de estos sectores requieren de un desarrollo normativo y mejoras en su aplicación práctica.

En primer lugar, en lo referente a la mediación en materia de convivencia universitaria, cabe destacar que se requiere de la concreción de la LCU en las disposiciones de desarrollo de las comunidades autónomas o de las universidades, ya que se detectan aspectos sin regular, como por ejemplo los criterios que debe tener en cuenta la Comisión de Convivencia para resolver sobre la procedencia de tramitar o no el procedimiento de mediación y otros sin desarrollar –el procedimiento de mediación–.

En segundo lugar, cabe destacar que la terminación convencional de algunos procedimientos sancionadores es posible, lo que resulta de gran importancia, pues se pretende atender a la conclusión de una situación problemática entre la administración y la persona administrada de una forma distinta con el objetivo de conseguir la colaboración de las partes y el cumplimiento de la sanción de forma más eficiente y menos conflictiva. Ahora bien, esta práctica no se ha generalizado, sino que hace referencia a una situación concreta, aspecto que,

atendiendo a la compatibilidad de la terminación convencional con el procedimiento sancionador, no se acaba de entender. Es por ello mismo que se propone estudiar la implantación integral de medidas alternativas como la mediación a la hora de finalizar los procedimientos sancionadores, siempre y cuando ello no colisione con los principios del procedimiento administrativo y las potestades de la administración, que son irrenunciables. Todo ello con base en que puede suponer el cumplimiento más eficiente de la sanción y un medio de entendimiento entre las partes en una situación problemática.

Por último, en lo referente a la mediación en la función pública, queda clara la carencia de un desarrollo normativo que atienda a la mediación administrativa integral y sin diferencias entre personal funcional y personal laboral de la administración. Es más, dichas diferencias podrían solventarse mediante el desarrollo de dicha norma. Esta fórmula es relativamente sencilla de llevar a cabo, pues bastaría con que la administración dictara un reglamento que estableciera la posibilidad de acudir a la mediación antes de a la vía jurisdiccional, con el objetivo de atender a los conflictos tanto colectivos como individuales entre personas trabajadoras de la administración y la propia administración. Todo ello se materializaría en un sistema menos diluido y con menos diferencias, ya no solamente entre personal laboral de la administración y funcionarios públicos, sino con el resto de las personas trabajadoras bajo el régimen jurídico laboral general.

Además, se han detectado otros ámbitos sectoriales –la vivienda; la contratación pública; las subvenciones y el medioambiente– que resultan propicios para la mediación administrativa. Es por ello mismo que se propone estudiar la implantación integral de medidas como la mediación en cada uno de estos ámbitos mediante el desarrollo y modificación de la legislación sectorial que regula cada ámbito.

VI. CONCLUSIONES

1. Los mecanismos “adecuados” de resolución de conflictos surgen de la necesidad de modernizar el sistema tradicional de justicia, con el objetivo

esencial de ofrecer a la ciudadanía una opción simple, rápida y económica de solucionar sus conflictos, en comparación con las vías judiciales tradicionales. Estos mecanismos incluyen, tanto, a los sistemas de negociación que pretenden que las partes puedan alcanzar una solución razonable por sí mismos, como a los sistemas que cuentan con la intervención de un tercero ajeno al conflicto, el cual auxiliando (mediación).

2. La mediación administrativa, conceptualmente, es posible identificarla con cualquier tipo de procedimiento mediado donde participen una o más Administraciones Públicas. Cuando la mediación administrativa se da con una persona privada (ya sea ciudadano o persona jurídica), estaría hablándose de una mediación administrativa común, mientras que cuando existen dos Administraciones Públicas en conflicto, la mediación pasaría a denominarse como interadministrativa.

3. La mediación administrativa tiene especialidades únicas derivadas de la naturaleza pública de una de las partes, obligando a que sobre el objeto de la controversia -y del acuerdo final, si lo hubiere- pendan los principios de legalidad y de interés general.

4. En la mediación es posible encontrar diversos principios que se encontrarán, en cualquier caso, sin importar la materia que se trate. Estos son: voluntariedad; imparcialidad y neutralidad; confidencialidad; buena fe y flexibilidad.

5. El proceso de mediación se compone de diversas fases: una inicial que se conoce como sesión informativa, unas intermedias entendidas como individuales o públicas y por último con el acta final, se cerrará la mediación, alcanzando o no un acuerdo de mediación.

6. El acuerdo de mediación debe ser fruto de la voluntad de las partes. Contra este podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los

contratos, teniendo en cuenta el principio de legalidad y el principio de interés general. Este acuerdo no será directamente ejecutable porque para ello deberá alzarse a escritura pública.

7. A nivel europeo, el uso de la mediación ha ido en aumento desde hace décadas. Esta figura se regula en otros países de nuestro alrededor como Francia e Italia.

8. El marco jurídico actual de la mediación administrativa se diferencia dependiendo del momento procesal de la controversia. En caso de que esta sea dentro de un procedimiento administrativo, el marco jurídico aplicable será el de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En caso, contrario, que el conflicto ya se haya postergado y este se haya judicializado, será la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, no son estos los únicos factores a tener en cuenta dentro de la comprensión jurídica del marco normativo de la mediación administrativa.

9. Existen diferentes clases de mediación administrativa dependiendo de donde se ponga el foco conceptual a la hora de catalogarlas. En concreto, se encuentran los siguientes: subjetivo, procesal y material.

10. Dentro de un procedimiento administrativo será posible que las partes en conflicto acuerden acudir a un procedimiento de mediación cuyo resultado podrá sustituir la resolución administrativa que, tradicionalmente, ha venido a finalizar la vía administrativa o, en todo caso, a dar acceso al sistema jurídico de recursos administrativos.

11. Se entiende por mediación intrajudicial administrativa aquella que tiene lugar una vez judicializado el conflicto y a instancias del Juzgador.

12. Es preciso hacer uso de la disponibilidad muy amplia del artículo 77 de la LJCA. Sin embargo, es necesario dotar a la mediación de un marco legal de referencia, en la medida en que se asiente en el derecho público como una institución propia.

13. La mediación no ofrece especiales dificultades para que pueda ser utilizada, con algunas limitaciones de orden legal, en las potestades regladas, discrecionales, en el ejercicio de las potestades autoorganizatorias de las administraciones y en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminadas.

14. Tanto la mediación administrativa como la judicial pueden operar en un ámbito material de actuación derivado de las relaciones entre administraciones y los ciudadanos, pero atendiendo al principio de legalidad, el interés público y el principio de buena administración.

15. La mediación administrativa y judicial debe servir para introducir en las prácticas de las administraciones públicas los principios de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

16. La mediación administrativa se ha incorporado en algunos ámbitos sectoriales como: la transparencia, la convivencia universitaria, el turismo, el procedimiento sancionador, el urbanismo, la responsabilidad patrimonial y la función pública. Asimismo, se han destacado otros nuevos ámbitos donde se determina que podría desarrollarse la mediación administrativa, como son: la vivienda, la contratación pública, las subvenciones y el medioambiente.

17. La mediación, tanto en lo referente a la función pública como en lo referente al procedimiento sancionador, presentan carencias que podrían ser solventadas con el desarrollo reglamentario. En este sentido, es necesario atender a una propuesta de *lege ferenda* que incorpore todos los aspectos que, a día de hoy, no han sido atendidos en relación con la mediación administrativa. Esto se fundamenta en la importancia que supone ya no solamente para el Sistema Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, sino para la resolución efectiva de conflictos entre la administración y terceros de una forma diferente de hacer “justicia” que incorpora el entendimiento entre las partes y la posibilidad de que la relación jurídica se prolongue en el tiempo de la mejor forma posible (tanto en el caso de las personas trabajadoras de la administración y la administración como en la relación entre la administración y las personas administradas).