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 financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033)

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

Documento de síntesis

I. EL CONFLICTO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y SU RESOLUCIÓN . 3

1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LOS MECANISMOS "ADECUADOS" O COMPLEMENTARIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS 3

2. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO 5

II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL CONTEXTO EUROPEO 6

1. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO: CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA 6

2. LA MEDIACIÓN EN DERECHO COMPARADO: FRANCIA E ITALIA 7

III. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 8

1. MARCO JURÍDICO ACTUAL 8

2. CLASES DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA 8

3. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ALGUNOS ÁMBITOS SECTORIALES 11

IV. DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 18

V. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA 19

VI. CONCLUSIONES 20

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 precisamente 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 las ventajas que conllevan 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 actúa auxiliando (mediación).

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. Y los medios heterocompositivos de resolución de conflictos son el arbitraje y el procedimiento judicial.

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 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. Es necesario, 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

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. En la mediación, entendida como un concepto general, es posible identificar diversos principios que se encontrarán, en cualquier caso, sin importar la materia que se trate. Éstos son los siguientes:

a) Voluntariedad. Se basa en el principio de autonomía de las partes y de autodeterminación. 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.

b) Imparcialidad y neutralidad. 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.

c) Confidencialidad. Es la base de la confianza entre las partes y el mediador.

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.

e) Flexibilidad.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.

Todo procedimiento de negociación —no únicamente de mediación— se basa en las necesidades, los intereses y las posiciones de las partes. Con base en estas, se dirimirán los mínimos aceptables por las partes y se podrán transmitir las posturas de negociación entre las partes para lograr una comunicación fluida.

El proceso de mediación se compone de diversas fases: una inicial, que se conoce como sesión informativa. 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. 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.

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— , y que son el principio de legalidad y el principio de interés general. El acuerdo, en principio, no será directamente ejecutable. 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, el aumento de la popularidad en el uso de la mediación —en general— y en el ámbito administrativo —en particular— ha ido en aumento desde hace décadas. La inflexión en materia administrativa aparece ya en el nuevo milenio, de mano de 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. 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.

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.

En el *Décret* 2022-433 se establece una mediación previa obligatoria en dos materias concretas del ámbito administrativo: aquello relativo a funcionarios públicos docentes no universitarios y 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.

Es destacable el hecho 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.

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.

En el ámbito tributario, se han regulado procedimientos de finalización convencional —incluida la mediación—, tanto en vía administrativa como en sede contencioso-administrativa.

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. Deben tenerse en cuenta el principio de legalidad y el de persecución del interés general y las normas sectoriales.

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:

- Subjetivo. En este caso, se conceptualiza la mediación dando relevancia a los sujetos que intervienen en ella, de forma 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. El segundo tipo, es la mediación interadministrativa, donde ambas partes en conflicto son Administraciones Públicas.
- Procesal. Dependiendo del momento en el que se encuentre el conflicto, será posible catalogarlo como extrajudicial o intrajudicial.
- 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.

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 (art. 86.1 Ley 39/2015).

La normativa del procedimiento administrativo común también recoge la posibilidad de una mediación que en la academia jurídica se ha apodado como "impugnatoria". En consecuencia, es posible a nivel jurídico sustituir el régimen de recursos por una mediación administrativa cuando una norma así lo prevea previamente (art. 112.2 de la Ley 39/2015). 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. 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 se ve ampliamente limitada a los motivos reglados por la ley de procedimiento común.

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

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.

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, además del artículo 19 LEC —aplicable con carácter supletorio a la jurisdicción contencioso-administrativo—.

Una de las cuestiones más controvertidas respecto a la mediación intrajudicial es la relativa a 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.

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.

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 (art. 415.3 LEC).

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 ésta. 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 cuales todavía exista desacuerdo.

3. La mediación administrativa en algunos ámbitos sectoriales

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 mediante sumándose, más recientemente, la Comunidad Valenciana.

La Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG) recoge 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.

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. 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. 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.

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.

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.

La regulación es similar a la contenida en Cataluña. La novedad valenciana prevé que la persona mediadora sea “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).

También debemos hacer referencia, a nivel estatal, a la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (LCU), pues 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). 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. 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, y 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).

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 concreto, 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 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. Esta Ley 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. 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 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.

Respecto al procedimiento sancionador, 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. 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. 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.

El urbanismo también 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.

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, 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.

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)— e intrajudicial contencioso-administrativa (MICA) —para poner fin a una controversia judicial, aquí el acuerdo de mediación se homologa por el juez.

De otra parte, cabe destacar también la responsabilidad patrimonial, como objeto material de la mediación administrativa, pues 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.

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. 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.

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.

También se han explorado nuevos ámbitos donde puede desarrollarse la mediación administrativa. En materia de vivienda, la Generalitat de Cataluña 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).

La contratación pública resulta un ámbito material propicio para la mediación. Así sería, por ejemplo, en 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 si 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; etc. 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.

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, 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.

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. En el caso de que se inicie un procedimiento de reintegro de subvenciones 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 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.

En cuanto a los conflictos medioambientales, la mediación es relevante para este tipo de conflictos. Esta afirmación la defendemos por dos razones: la importancia de la mediación administrativa para agilizar los procesos y reducir la carga de

trabajo de los tribunales; y 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.

IV. DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los aspectos limitativos a la mediación administrativa son los principios de legalidad y la consecución del interés general. 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.

Este hecho ocasiona que no exista margen negocial 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. En la academia jurídica está ampliamente asumida la posibilidad de realizar mediación administrativa bajo estas circunstancias porque permite ese margen de negociación. Como se ha indicado previamente, 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. 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.

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.

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. 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. 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 éste, 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 medición 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.

Además, se han detectado otros ámbitos sectoriales como 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.

2. La mediación administrativa 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, se 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 aplicar diversos principios que se encontrarán, en cualquier caso, sin importar la materia que se trate, y que 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, que 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 acuerdo 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 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, también se debe tener en cuenta la normativa sectorial.

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 aquélla que tiene lugar una vez judicializado el conflicto y a instancias del Juzgador.

12. Es preciso hacer uso de la disponibilidad 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).