

## La mediación administrativa como alternativa

opina

Álvaro Gil-Robles, ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ex Defensor del Pueblo Español

La sinergia provocada por la puesta en práctica de otros sistemas de resolución de conflictos en Europa y en España como son la mediación civil, mercantil o familiar que ya están operando con éxito desde hace algunos años y que tienen un marco legal específico que les sirve de apoderamiento, apuntan a la necesidad de poner en marcha la mediación administrativa e intrajudicial como forma de prevención y resolución de conflictos entre la administración y los sujetos privados a través de una ordenación legal.

Se trata de que la mediación se asiente en el derecho público como una institución propia y característica de las administraciones públicas en la medida en que pueda operar tanto en su régimen jurídico propio, como en el plano de la jurisdicción, incorporándose así a las medidas de agilización procesal en el contencioso-administrativo que, como todos sabemos, obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal<sup>1</sup>.

Por ello, la mediación administrativa pretende modular e interpretar en cada momento los fines que le son propios a la Administración pública, integrando un equilibrio entre el interés general, como finalidad que persigue la Administración, con la buena gobernanza y la necesidad en la sociedad actual de que la Administración se convierta en una administración relacional, que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses públicos. Se trataría, a través de esta propuesta de mediación, de crear una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través

del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas.

### El porqué de su oportunidad

La mediación administrativa como forma de prevención y resolución de conflictos entre la Administración y los sujetos privados ha adquirido un singular protagonismo y resulta de utilidad como consecuencia de varios factores:

- a) La inercia por la propia dinámica de otros sistemas de resolución de conflictos en Europa y en España como la mediación civil, mercantil o familiar que ya están operando con éxito desde hace algunos años y tienen un marco legal específico que les sirve de apoderamiento.
- b) La necesidad de reconsiderar los sistemas actuales de autotutela administrativa y de control judicial, como consecuencia de la crisis de la justicia administrativa y del retraso estructural que acompaña a la administración de justicia.
- c) Las dificultades de las administraciones públicas para promover las políticas públicas necesarias sin contar con la participación de los ciudadanos.
- d) La falta de transparencia en la adopción de las decisiones administrativas y en la elaboración de resoluciones en vía de recurso, dictadas a través de modelos estereotipados que reproducen sistemáticamente los mismos argumentos que acompañaban a los actos administrativos originarios.
- e) El encarecimiento de los medios materiales y personales por el aumento de procedimientos de impugnación administrativos y judiciales, y necesidad de encontrar medios de resolución de

<sup>1</sup> Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

conflictos menos costosos y más rápidos como medida coadyuvante de corrección del déficit público.

- f) Las graves consecuencias que para el erario público genera una condena en costas procesales a la Administración pública, como consecuencia del criterio objetivo del vencimiento, al imponerse las mismas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho <sup>2</sup>.
- g) En el ámbito judicial, el porcentaje de desistimientos de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo se encuentra en un promedio de entre un 9 % y un 12 %. La mediación puede acentuar este porcentaje de desistimientos o de renuncia, lo que permitiría una descarga del volumen de asuntos que pasan para votación y fallo.

En suma, constituye un instrumento óptimo de agilización, optimizando los procedimientos, suprimiendo trámites procesales o sustituyéndolos por otros más breves. <sup>3</sup>

## Su encaje en nuestro ordenamiento

La mediación administrativa está recogida en el artículo 88.1 y 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El artículo 88.1 regula la terminación convencional del procedimiento administrativo a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción. El artículo 107.2 se refiere a la mediación sustitutoria de los recursos de alzada y de reposición.

Por otra parte, la mediación contencioso-administrativa está prevista de forma implícita en el artículo 77.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y así lo han reconocido nuestros tribunales de justicia, al establecer 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.

Frente a la obligación de proceder a la transposición 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, el proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (núm. 121/000122 «BOCG» 29 de abril 2011- IX legislatura) , introducía –mas allá del contenido de la citada directiva- una modificación del citado artículo 77.1 LJCA, reconociendo expresamente la mediación contencioso-administrativa y su sometimiento a las normas de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, relativas a los principios de la misma, al estatuto del mediador y al procedimiento.

Transcurrido el plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la citada directiva y frente al apremio generado por dicho incumplimiento (apercibimiento de sanción por las instituciones europeas) se aprueba el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, el cual excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación «La mediación con las administraciones públicas». [(artículo 2.2b)].

Dicha omisión resulta coherente y, desde luego, no supone un estancamiento para el desarrollo de este sistema de resolución de conflictos en el régimen jurídico-administrativo. De un lado, porque la previsión de la mediación contencioso-administrativa prevista en el frustrado proyecto de ley citado, pese a que como novedad introducía la voz «mediación» en su texto, no añadía nada nuevo a lo ya estipulado en la redacción del artículo 77 LJCA y, aunque, como se ha indicado, se estableciera una cláusula de remisión de la mediación contencioso-administrativa a algunos aspectos de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, se hubiera corrido el riesgo de fracasar en el intento de acuñar valores o principios que, si bien son útiles para el derecho privado y sus instituciones jurídicas, habrían sido de dudosa com-

<sup>2</sup> Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que en el orden contencioso-administrativo da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 139 de la Ley jurisdiccional.

<sup>3</sup> La Estadística Judicial de 2010 publicada por el CGPJ pone de manifiesto que en la jurisdicción contencioso administrativa la tasa de congestión es la peor de todo nuestro sistema jurisdiccional, un 2,26.

patibilidad para su implementación en el derecho administrativo.

De otro lado, es coherente su omisión, porque si se quiere que la mediación administrativa tenga una sustantividad propia en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y para que pueda ser utilizada en este ámbito con la garantía y efectividad necesarias, es preciso dotarla de la suficiente autonomía conceptual y operativa frente a otros distintos modelos de mediación, así como de otros sistemas de resolución de conflictos privados o públicos como pueden ser el arbitraje, la conciliación o la transacción.

## En la actualidad, nuestros tribunales y leyes administrativas nos han mostrado una realidad distinta acerca de estos sistemas de composición, los cuales se encuentran en una zona intermedia entre el derecho material pacífico y el derecho procesal litigioso

Para responder a esta exigencia, además de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales<sup>4</sup> con las que ya contamos dirigidas a poner en práctica los distintos preceptos legales que acogen la terminación convencional y la contencioso-administrativa (art. 88.1 LPC y 77 LJCA), debe completarse su materialización con la puesta en marcha de una ley específica de mediación administrativa y contenciosa que atienda a las singularidades que se derivan de la propia dinámica en la que se desenvuelve el derecho administrativo y con las directrices necesarias para resolver las dificultades que conlleva utilizar la mediación en un escenario de derecho público en el que existe, a priori, una situación de desigualdad real entre las partes, como consecuencia de la prerrogativa administrativa y la relación general y

<sup>4</sup> STSJ GAL 5582/2008, de 12 de marzo FJ primero: Terminación convencional del proceso contencioso administrativo a través de transacción. Art. 77 LJ.

especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la administración.<sup>5</sup>

Pero lo más importante es que, para que este sistema de resolución de conflictos pueda funcionar con efectividad en el régimen jurídico administrativo, es necesario que la parte de la balanza en la que recae el peso de la cultura de la confrontación y del litigio, pueda equilibrarse en torno a la denominada «cultura de mediación», como factor de identificación propio en el marco de un proceso necesario de adaptación de una sociedad que demanda nuevas estrategias operativas, para hacer frente a situaciones complejas en unas relaciones entre la administración y los ciudadanos de las que se espera un nivel de estabilidad razonable, a través de un intercambio de propuestas compatibles con la seguridad jurídica y con la confianza legítima.

En sentido práctico, para alcanzar esa identidad cultural común, es preciso que se despejen las dudas y los recelos interinstitucionales que provienen de algunos sectores profesionales que oponen razones de estricta legalidad, de interés público o de defensa de los derechos objetivos, como argumento disuasorio de la implementación de la mediación administrativa que, por propia inercia, desconocimiento o desinterés, se concibe en algunos casos, como una figura de dudosa constitucionalidad, lastrada en instituciones del pasado que buscaban arreglos en la solución de los conflictos o «naderías» a través de la función interpuesta de un tercero denominado «hombre bueno» «facilitador» o «amigable componedor».

En la actualidad, nuestros tribunales y leyes administrativas nos han mostrado una realidad distinta acerca de estos sistemas de composición, los cuales se encuentran en una zona intermedia entre el derecho material pacífico y el derecho procesal litigioso.<sup>6</sup> Especialmente

<sup>5</sup> El Consejo de Estado aconseja en el dictamen sobre anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que, la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que regule la mediación en los asuntos civiles y mercantiles, por lo que se sugirió suprimir la disposición final segunda del Anteproyecto en donde se proponía una nueva regulación del artículo 77 LC sobre mediación. Vid. Dictamen Expediente: 2222/2010 (JUSTICIA)

<sup>6</sup> Vid. Sentencias sobre terminación convencional. SAN 2394/2009, de 6 de mayo. Sentencia STSJ ICAN 2929/1998, de 7 de septiembre. STS 5193/2011 de 29 de junio. SAN 2394/2009, de 6 de mayo.

la mediación administrativa tiene su encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10. 1 CE). En este sentido, no existe precepto que se oponga a la mediación, sino todo lo contrario, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura, supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 de la CE, dado que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal<sup>7</sup>.

En efecto, la compatibilidad de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la Constitución ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre que cita en su texto, por todas, la STC 60/1989 y 162/1989).

Por ello, es importante que la norma sobre mediación administrativa que se pretenda poner en marcha, sea lo suficientemente expresiva para que se comprenda el concepto y significado de esta figura, su régimen jurídico y naturaleza, el ámbito formal y material en el que puede desplegar su efectividad, la disponibilidad de las partes para convenir o pactar, la capacidad y legitimación del titular de la competencia para mediar o concluir procedimientos de mediación. Igualmente será preciso deslindar los límites de la mediación, articular un procedimiento, definir las obligaciones y los derechos de quienes se acojan a este procedimiento, así como desarrollar la competencia y estatuto del mediador, etc.

Es importante también que la pretendida ley abarque tanto la mediación en el procedimiento administrativo como en el contencioso-administrativo (mediación intrajudicial), dado que, proceso judicial y procedimiento administrativo deben estar concatenados en la medida en que encontremos el mejor modo y momento de

ofrecer en cada procedimiento una solución a los problemas que se deriven de la actuación administrativa a través de la mediación.

En este sentido, como quiera que el artículo 107.2<sup>8</sup> de la LPC prevé la posibilidad de utilizar la mediación como sustitutiva del recurso de alzada -es decir, en la fase final del procedimiento administrativo- parece razonable que el artículo 77.1 LJCA<sup>9</sup>, haya dejado tiempo suficiente en el marco del proceso, para que la mediación pueda utilizarse una vez formuladas la demanda y la contestación. En todo caso, criterios de oportunidad y de conveniencia, hacen necesario que se modifique el precitado artículo en el sentido de que la mediación pueda ser utilizada en cualquier fase del procedimiento tanto en el abreviado como en el ordinario contencioso-administrativo.

Durante los pasados meses y a iniciativa del Consejo General del Poder Judicial un grupo de especialistas ha venido trabajando sobre una propuesta de mediación intrajudicial formulada por el Instituto Europeo de Mediación y Ética Pública (IEMEP) y finalmente ha elaborado un «Proyecto de protocolo para la implementación de un plan piloto en la jurisdicción contencioso-administrativa», que arrojará suficientes datos para la mejor elaboración de la norma que regule la mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo.

Esperemos que los resultados alcanzados permitan disipar las sombras de duda que acompañan de forma natural a cualquier proceso de transformación.

<sup>8</sup> Artículo 107. Objeto y clases. 2. 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 los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

<sup>9</sup> Artículo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

<sup>7</sup> SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1996.