

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL

Gerardo Carballo Martínez

Asesor del Defensor del Pueblo.
Doctor en Derecho

RESUMEN

Este trabajo va dirigido a dar a conocer la mediación administrativa como forma de resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos. Las experiencias que actualmente se están desarrollando en España, acrecientan el interés por esta técnica de resolución de conflictos que cuenta con el apoyo y el impulso decidido del Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y de otras administraciones autonómicas.

Las objeciones que «a priori» podrían plantearse contra el reconocimiento y efectividad de la puesta en práctica de la mediación, teniendo en cuenta los límites derivados de la potestad administrativa y la caracterización de la prerrogativa o el acto unilateral, han ido cediendo a favor de este mecanismo de resolución de conflictos que permite crear lazos de comunicación y de diálogo, ofreciendo soluciones imaginativas en el marco de una nueva cultura de paz, que debe operar con normalidad en las relaciones jurídico-administrativas

Palabras clave: *Derecho administrativo y procesal. Mediación administrativa. Mediación intrajudicial. Resolución de conflictos entre la Administración y los sujetos privados. Medios alternativos de solución de litigios.*

ABSTRACT

The target of this work is to present the administrative mediation as a way to resolve conflicts between Government and citizens. Nowadays the experiences that are developing in Spain, stimulate the interest and the need to know the resolution conflicts technique. It possesses the support and the impulse from the Department of Justice, the Council General Judiciary and from other autonomous administrations.

The objections that «a priori» might appear against the recognition and efficiency of putting in practice the administrative mediation, taking into account the limits derived from the administrative legal authority and the characterization of the prerogative or the unilateral act, have been yielding in favour for the conflict resolution mechanism that allows to create communication links and dialog, offering imaginative solutions under a new culture of peace, which must operate normally in the administrative legal relations.

Key words: *Administrative law and procedure. Administrative mediation. Mediation intrajudicial. Resolution of conflicts between public administration and private actors. Alternative Dispute Resolution (ADR).*

SUMARIO

-
1. INTRODUCCIÓN.
 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.
 3. APODERAMIENTO NORMATIVO.
 4. MODULACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ATENCIÓN AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS
 5. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA INTRAJUDICIAL
 6. AMBITO DE ACTUACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA E INTRAJUDICIAL
 7. CARACTERÍSTICAS, FASES Y REQUISITOS ESENCIALES PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.

1. INTRODUCCIÓN

¿Se imaginan al Alcalde de un ayuntamiento participando en una sesión de mediación con un particular que cuestiona que no le concedan una licencia de obras o que se queja sobre los ruidos provocados por una discoteca? ¿Han visto alguna vez a un Consejero de Sanidad en un proceso de mediación por un problema derivado de una asistencia hospitalaria? ¿Podría pensarse que el Ministro de Justicia es asistido de un mediador para resolver un procedimiento de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia? o, en un exceso de imaginación, ¿sería factible que el Ministro de Fomento pudiera convertirse en sujeto de una mediación por la oposición de unos ciudadanos a la construcción de un centro penitenciario cerca de su domicilio?

Lo anterior, que tan solo es una pequeña casuística de cientos de situaciones conflictivas en las que puede encontrarse el ciudadano, refleja que la administración tiene una presencia exorbitante en la vida pública y en las personas, tanto en cuanto a su cometido de asegurar el bienestar a través de la calidad y eficiencia en la gestión de los servicios públicos, como respecto a una intervención heterogénea que combina actos de prerrogativa de distinta naturaleza, generando efectos de carácter substantivo en las situaciones jurídicas de los ciudadanos.

La tensión entre servicio público y deberes públicos ciudadanos, junto con la difícil tarea de ponderar derechos e intereses, conduce con frecuencia a un acusado nivel de conflictividad en nuestro sistema de garantías, convirtiéndose la jurisdicción contencioso-administrativa en el enclave ordinario en el que los ciudadanos dirimen sus discrepancias.

En este contexto y aun siendo conscientes del retraso estructural que acompaña a la administración de justicia, lo cierto es que mas allá del puro acto de legalidad, existen mecanismos de decisión administrativa que, por lo general, no son residenciables en el proceso contencioso.

En efecto, si bien la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es insustituible en su doble función garantizadora y creadora de jurisprudencia, aún resulta difícil combatir en sede judicial el fenómeno del silencio administrativo negativo, el de la propia inactividad de la administración, las llamadas situaciones de hecho, la huída del derecho administrativo, las resoluciones estereotipadas de los recursos, la falta de motivación y de transparencia o, en definitiva, las dis-

Gerardo Carballo Martínez

tintas versiones que la potestad discrecional encarna como alternativa a una concurrencia de decisiones posibles desde la perspectiva del Derecho¹.

Pese a la aparente indiferencia jurídica de estas patologías, una más depurada visión acerca de las garantías de los derechos de los ciudadanos, nos lleva a considerar que estos fenómenos pueden ser analizados a través de otros mecanismos de resolución de conflictos complementarios a la jurisdicción, dado que los poderes públicos, en cualquier actividad que tienen encomendada, deben responder a las exigencias que impone el deber de buena administración, cuyo concepto ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental en nuestro acervo comunitario².

Si retomamos la pregunta inicial acerca de las posibles situaciones en que puede operar esta técnica y pese a que nuestro sistema de garantías nos ofrece una jurisdicción especial, única e insustituible, la mediación administrativa puede integrarse en el sistema de justicia administrativa, dado que no se trata de una figura de moda, retórica y sin fundamento porque ya dispone de un apoderamiento legal que, por extraño que parezca, aún no ha tenido el suficiente desarrollo normativo, como tampoco el necesario respaldo institucional³.

La ausencia de estos mecanismos de autocomposición y las dificultades que ofrece el proceso judicial para facilitar soluciones imaginativas en el marco de la justicia rogada, nos conectan todavía con una subespecie de «inmunidad regaliana» de la administración, que tiene que ver, más que con la actuación administrativa ilegal o infractora, con la falta de reconocimiento a los ciudadanos de unos estándares adecuados de calidad en los servicios públicos, así como con unos procedimientos de actuación poco transparentes e inequitativos, donde la participación ciudadana no ha sido suficientemente desarrollada en los términos que propone el artículo 23.1 de nuestra Constitución⁴.

¹ Como señala la exposición de motivos de la ley jurisdiccional, «El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad».

² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01). «Artículo 41. Derecho a una buena administración 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable».

³ Pese a la oposición velada por parte de algunos sectores a estos equivalentes jurisdiccionales, el legislador ya había sembrado en España la semilla de la mediación convencional e impugnatoria en leyes tan importantes como la Ley de Procedimiento Administrativo Común y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Arts. 88 y 107 LRJAPyPAC y 77 LJCA.

⁴ MASUCCI expresa que con la mediación se trata de superar la antigua herencia de la cultura de la litigiosidad judicial que se concilia mal con una nueva cultura que entiende el recurso al juez como la última de las «chances» disponibles cuando todas las demás se han revelado inadecuadas o impracticables. Su objetivo es superar una exasperada lógica panprocesalista que no ve medios fiables de resolución de los

No es difícil constatar que el interesado, con relación a la administración, se convierte siempre en un sujeto de cargas a quien abruma la infinita concurrencia normativa que acompaña al derecho administrativo y al que le resulta difícil evadirse de una imputación de responsabilidad o de cualquier actuación de los poderes públicos que le afecta, una vez que la maquinaria administrativa ha comenzado a funcionar⁵.

En el marco de un procedimiento administrativo reglado, resulta muy difícil gestionar las emociones, las posiciones, los intereses y las necesidades de quien puede encontrarse abrumado intentando buscar pruebas para su defensa, frente a una administración que, formada por técnicos expertos y de indudable reconocimiento profesional, desarrollan sus funciones a través de un sistema de regulación jurídica basado en estrategias de gestión mecanizadas que dejan poco margen de maniobra para otras interacciones en la comunicación y en el diálogo interpersonal.

Llegados a este punto, frente a las dificultades que existen para que el ciudadano y la administración se desenvuelvan en un plano de horizontalidad, la mediación puede ofrecer espacios de encuentro para que los conflictos se resuelvan en el marco de la legalidad y de la equidad, dado que es un mecanismo dirigido esencialmente a reforzar la confianza del ciudadano en la Administración, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento no jurisdiccional y que no conduce a imponer una acción obligatoria para las partes⁶.

Este carácter de la mediación permite no solo resolver conflictos del pasado, sino proponer acuerdos sólidos y estables que eviten problemas de cara al futuro, siendo su carácter dinámico y evolutivo lo que singulariza a esta figura frente a otros medios de resolución de conflictos que, por su propia naturaleza, son siempre estáticos e inmutables.

Por ello, la mediación administrativa se integra tanto en el derecho procesal litigioso, como también en el derecho material pacífico, dado que, de una par-

litigios fuera de las garantías del proceso. MASUCCI, ALFONSO. «El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*. Número 78. Enero/Abril 2009. P. 14.

⁵ En este contexto, recordando el comienzo de todos los procedimientos disciplinarios o sancionadores que incoan las administraciones públicas, se aprecia que, junto con la posible adopción de medidas preventivas de compulsión o cautelares, la administración inicia dichos procedimientos para evaluar situaciones que pueden terminar en una suspensión de empleo y sueldo, en la retirada del carnet de conducir, en la cancelación de una subvención, en una expulsión de la universidad, en la demolición de una vivienda, en el corte de suministro eléctrico, en la derivación de responsabilidad a la vía penal, expulsión o repatriación, etc.

⁶ BOUMAKANI afirma que la mediación tiende a reequilibrar la relación administrativa e introducir la idea de participación ciudadana. BOUMAKANI BENJAMIN. «La Médiation dans la vie administrative». *Revue du droit Public*. RDP 2003. Núm. 3. P. 884.

Gerardo Carballo Martínez

te, la mediación cumple una función tuitiva, preventiva y revisora de la actuación administrativa y, de otra, se revela como un instrumento eficaz de participación de los ciudadanos en la realización de políticas públicas dentro de los asuntos que les conciernen, y, por lo tanto, como una figura con perfiles mucho más amplios y nítidos que otros mecanismos de composición.

En efecto, mediante el instrumento de la participación el ciudadano se convierte en codecisor de una actividad pública que se descentraliza. Si bien, ello no ha implicado una quiebra de la concepción clásica del binomio potestades discrecionales —potestades regladas con las que se concibe la función administrativa—, sí ha provocado una modulación en el ejercicio de la prerrogativa o del acto unilateral a favor de una actuación concertada en el marco de lo que la doctrina ha definido como «actividad administrativa consensual».

En este sentido, la mediación administrativa modula e interpreta en cada momento los fines que le son propios a la Administración pública, evitando la utilización de medios discriminatorios o amparados en razones meramente subjetivas y, en consecuencia, velando por que la finalidad del interés público solo pueda materializarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En este marco, adquieren una especial relevancia la aplicación de los principios de transparencia y de proporcionalidad en cuanto a adoptar la medida menos restrictiva para los derechos individuales, así como el principio de equidad como elemento corrector del rigor en la aplicación de la norma, a fin de evitar consecuencias injustas y de difícil reparación para las personas.

En definitiva, la mediación sirve para crear lazos de comunicación y de diálogo, ofreciendo soluciones imaginativas en el marco de una nueva cultura de paz, que debe operar con normalidad en las relaciones jurídico-administrativas.⁷

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Cuando entre dos o más personas existe un conflicto, uno de los modos de abordarlo, resolverlo o transformarlo es el diálogo entre las partes. En los casos en que para facilitar dicho diálogo y tratar de llegar a un acuerdo, interviene un tercero ajeno al conflicto, podemos hablar de mediación.

⁷ MASUCCI afirma que la mediación y otros alternativos reflejan una nueva cultura de resolución de las disputas. *Op. cit.* P. 15.

La mediación administrativa. Su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal

Por ello, la mediación administrativa ofrece un equilibrio entre el interés general, como finalidad que persigue la Administración, con la 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 trata, a través de la 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.

La mediación administrativa es una técnica de resolución de conflictos (ADR MARC, RAC's) que se ha incorporado muy recientemente a nuestros sistemas jurídicos y ha ido evolucionando en función de las necesidades de participación de los ciudadanos en la vida colectiva con la finalidad de equilibrar sus relaciones con el poder administrativo.

El mérito de esta incorporación se debe a dos motivos esenciales: El primero, que la mediación ha conseguido adaptarse a las necesidades de una sociedad que demanda nuevas estrategias para hacer frente a situaciones complejas en unas relaciones de las que se espera un intercambio de propuestas compatibles con la seguridad jurídica y con la confianza legítima.

El segundo, que la mediación administrativa se ha transformado en un modelo práctico de conducta socializadora en el que la participación, la transparencia, la información y el diálogo, deben constituir el eje central de su intervención, en orden a obtener para la colectividad unos niveles óptimos de convivencia pacífica en un marco de libertad, de justicia, de paz y de respeto a los derechos fundamentales de las personas⁸.

Sin embargo, pese a que la mediación administrativa ha alcanzado ese grado de singularidad necesaria que le va a permitir convivir pacíficamente y sin solapamientos, con otras figuras de composición de mayor arraigo en nuestra ordenamiento como son la transacción, el arbitraje o la conciliación, todavía encuentra ciertos recelos en algunos ámbitos jurídicos, anclados en una mecánica y rigurosa aplicación de la norma a través de la prerrogativa y la decisión unilateral, como modelos que, ordinariamente, caracterizan la acción de las Administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos.

Con la aplicación de la técnica de la mediación en el ámbito administrativo no se trataría tanto de modificar el tradicional modelo de actuación administrativa,

⁸ LE GARS, JEAN MARC. «Conciliation et médiation en matière administrative» *AJDA. L'actualité juridique. Droit Administratif. Dossier. Relations Administration-administrés*. Núm. 6/2000.

Gerardo Carballo Martínez

centrado en el esquema básico de las potestades regladas y discrecionales, como de abrir un camino decidido al ejercicio de una potestad derivada, de carácter convencional, confiando a un tercero mediador, sobre la base de la autoridad e imparcialidad que representa, el acercamiento de las partes, con la finalidad de elaborar una propuesta de acuerdo, en la que se reflejen las expectativas de los interesados, facilitando la mejor decisión posible.

Naturalmente, las partes no están obligadas a aceptar dicha propuesta porque la mediación se identifica plenamente con el principio de autonomía de la voluntad y tampoco se trata del ejercicio de una justicia transaccional de simetría salomónica de intereses.

Se trata esencialmente de que la Administración, a través de un diálogo transformador, reconozca derechos e intereses legítimos, cumpla con sus obligaciones, identifique el error, revise sus acciones y, en definitiva, alejándose de la figura indeseable del silencio administrativo, descubra y acuerde propuestas legítimas y estratégicas, hasta alcanzar un equilibrio ponderado entre el principio de legalidad administrativa y el de buena administración.

De otro lado, el ciudadano, podrá aceptar o tolerar actuaciones administrativas cuando la potestad y la gestión administrativa puedan ser entendidas, a través de la mediación, como resultado de una actuación transparente de consenso y de participación directa de los ciudadanos en los asuntos que les afectan.

Será preciso que los actores acepten de parte de un mediador, propuestas facilitadoras desde una interpretación operativa de la norma, buscando a través de un aprendizaje constructivo, la compatibilidad de los intereses particulares con los intereses generales, en la medida en que puedan alcanzarse nuevos retos destinados a una mejora integral de la calidad de todos los servicios públicos.

Se trata, por tanto, de un medio de solución de conflictos entre sujetos jurídicos privados y la Administración pública, que se realiza a través de un procedimiento contestado, mediante la intervención de un tercero mediador independiente e imparcial, cuya misión es la de facilitar la comunicación y el diálogo con las partes para alcanzar un acuerdo de voluntades.

Si la mediación no puede garantizar la imparcialidad e independencia del mediador⁹ no puede decirse que nos encontremos ante una auténtica mediación, dado que un mediador, en esencia, no debe ser nunca una emanación de una

⁹ BOUMAKANI afirma que la imparcialidad y la independencia son los elementos esenciales de la mediación. BOUMAKANI BENJAMIN. «La Médiation Dans la vie administrative». *Revue du droit Public*. RDP 2003. Núm. 3. P. 866.

de las partes en el litigio, ni tampoco debe encontrarse bajo la dependencia de la propia Administración¹⁰.

En este marco conceptual, la mediación puede tener un contenido marcadamente procesal dirigido a terminar o evitar un litigio, o puede adquirir un carácter sustantivo o material.

En el primero de los supuestos la mediación será un equivalente jurisdiccional, en el segundo caso formará parte de la tipología de los convenios en el seno del régimen jurídico administrativo, sin que, en ningún caso, pueda excluirse una mixtura de ambos modelos, dado que la mediación, ante todo, es el género y no la especie, por lo tanto los rasgos que permiten singularizarla se manifiestan con naturalidad en cualquiera de las composiciones conflictuales que puedan abordarse en este trabajo.

3. APODERAMIENTO NORMATIVO

Una vez que la mediación administrativa se ha incorporado a diversos ordenamientos jurídicos europeos, al igual que en nuestras leyes administrativas y jurisdiccionales, las trabas y obstáculos que podrían impedir el establecimiento de esta figura en el régimen jurídico público deben analizarse en el ámbito material en el que pretende desplegarse la misma¹¹.

Si bien, pueden encontrarse algunos límites o cautelas a una actuación mediadora en algún sector concreto de actividad administrativa, no sería tanto por el temor a infringir nuestro ordenamiento jurídico, como por cuestiones de oportunidad o de estrategia que, en el marco de un procedimiento administrativo, conducen a seleccionar el modelo de respuesta más adecuado, atendiendo a las circunstancias del caso concreto planteado.

En este contexto, la mediación administrativa cuenta actualmente con un apoderamiento especial a través de la apuesta decidida del Consejo de Europa y de la Unión Europea, para introducir esta figura como un medio eficaz de prevención y resolución de conflictos en distintas áreas jurídicas de actividad.

¹⁰ BENJAMIN BOUMAKANI distingue entre «(...)les vraies médiations et les médiations en trompe-l'œil, dans lesquelles le médiateur n'est que l'émanation d'une des parties au litige et soumis à elle». P. 867. *Op. cit.*

¹¹ En Francia y en Alemania se concede gran importancia a los tradicionales instrumentos administrativos postprocedimentales. Los *recours administratifs préalables*, en Francia y el *Widerspruchsverfahren*, en Alemania, son instrumentos que, conforme a las respectivas legislaciones, pueden o deben ser interpuestos antes del recurso jurisdiccional. MASUCCI op. cit. pág. 11.

Gerardo Carballo Martínez

Debe destacarse la Recomendación del Comité de Ministros R/86-12, del Consejo de Europa, sobre las Medidas para Prevenir y Reducir la Carga de Trabajo Excesiva en los Tribunales y, en especial, la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

En nuestro ordenamiento, la mediación administrativa ha tenido un respaldo decisivo a través de los artículos 88 y 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC).

El artículo 88 introduce por primera vez en el derecho administrativo una nueva forma de actuación jurídico-pública, en virtud de la cual se incorporan los módulos convencionales en la terminación del procedimiento administrativo, bien como elementos internos en dicho procedimiento, o bien, como medio eventual o alternativo de finalizar el mismo a través de un acto o resolución administrativos.

La anterior puesta en escena de este sistema convencional, convierte a nuestro país, merced a la indicada Ley 30/1992, en el tercero que adopta estas formas contractuales, habida cuenta de que en Alemania, los «*Öffentlich-rechtlicher Vertrag*» —contratos de derecho público— han sido previstos en la Ley Federal Alemana sobre el Procedimiento administrativo, y en Italia «*L'accordo sostitutivo*»,¹² se encuentra regulado en la Ley Italiana 241/1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo¹³.

De entre los medios convencionales a los que se refiere el citado precepto, la mediación se encuentra implícitamente incluida, al tratarse de una figura que tiene un marcado carácter contractual, de manera que este apoderamiento legal permite su aplicación inmediata, dado que pese a opiniones discrepantes actualmente superadas, debe considerarse que la remisión que hace el artícu-

¹² «*Costituisce conseguenza quasi naturale di tale evoluzione il fatto che l'amministrazione debba rinunciare ad una azione costantemente e necessariamente unilaterale per ricercare il consenso, ora dei privati, ora di altre amministrazioni implicate nello svolgimento della medesima attività*» «*il modello più immediatamente percepibile è quello dell'accordo in funzione sostitutiva del provvedimento, anche perché in questi termini è espressamente definito dalla legge 7 agosto 1990 n. 241*». Vid. FABRIZIO FRACCHIA: *L'Accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*. CEDAM. Padova, 1998; pp. 2 y ss. También vid. GIUSEPPA CRIOLA: «*Accordi tra amministrazione e privati. Tendenze evolutive del Diritto Amministrativo Corso di Alta Formazione*». En *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico*. Direttore: Prof. GIUSEPPE DI GASPARÉ.

¹³ Vid. en Documentos y Dictámenes. «La Ley Italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos»; en la RAP. Núm. 124. Enero-Abril 1991; pp. 461-478.

lo 88.1 LPC a lo que «(...) en cada caso prevea la disposición que lo regule» , sugiere una modulación o una exclusión del ejercicio de su capacidad, y así en unos casos se han dictado normas que no han precisado efectuar una regulación más acabada como se podría esperar de una interpretación restrictiva¹⁴, y en otros supuestos, la modulación se ha dirigido a ratificar el apoderamiento general de la terminación convencional del procedimiento, y al tiempo, introduciendo de forma clara la posibilidad de utilizar la mediación dentro de un conjunto de formas compositivas¹⁵.

Con el mismo criterio, la práctica judicial permite deducir esta eficacia directa, del art. 88.1 de la LPC, y así pueden apreciarse algunas resoluciones judiciales que en sus fundamentos jurídicos invocan acertadamente el debatido artículo, sin otras consideraciones relativas a una específica legislación o reglamentación sectorial de necesaria habilitación¹⁶.

Esta mediación convencional, a diferencia de las que vamos a encontrar incluso en el ámbito preprocesal o procesal jurisdiccional¹⁷, tiene un carácter predominantemente contractual, cuya finalidad es llegar a un acuerdo resolutorio

¹⁴ Así, LUCIANO PAREJO enumera una serie de disposiciones legislativas y reglamentarias que avalan esta posición: Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de la Enajenación de Participaciones Públicas en Determinadas Empresas (art. 5.2 autorizando la terminación convencional). Tb. vid. RD 429/1993 que aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial; RD 677/1993 que aprueba el Reglamento de procedimiento para la concesión de apoyo oficial al crédito a la exportación; RD 2225/1993 aprobando el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas; y RD 1778/1994, por el que se adecua a la Ley 30/1992, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. PAREJO ALFONDO, LUCIANO. Eficacia y Administración. MAP, Madrid, 1995; pp. 164-167; p. 189.

¹⁵ Ver la Ley 3/1998, de 27 de febrero, del País Vasco sobre protección del medio ambiente. BO País Vasco núm. 59, donde se establece la negociación directa o indirecta a través de mediadores o conciliadores.

¹⁶ Sentencia de 4/3/1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; Sentencia 7/9/1998. Sala de lo Contencioso-Administrativo TSJ Las Palmas de Gran Canaria; Sentencia 6/11/1998. Sala de lo Contencioso-Administrativo TSJ Comunidad Valenciana. 1. Sentencia STSJ ICAN 2929/1998, 7 de septiembre. Terminación convencional artículo 88 Ley 30/1992. Alcalde del Ayuntamiento de Aguiques y particular para resolver las diferencias entre ambas partes en relación con los invernaderos propiedad de este último en la Playa de Vargas. STS 5193/2011, de 29 de junio. Sala de lo Contencioso-Administrativo tribunal Supremo. SAN 4758/2010, de 8 de octubre, FJ noveno. SAN 2394/2009, de 6 de mayo. Mediación administrativa respecto a un procedimiento de naturaleza fuertemente singular encaminado a la solución de los conflictos de interconexión entre distintos operadores en el ámbito de las telecomunicaciones. STS 6097/2003, de 7 de octubre: «La terminación convencional no configuraría un acto administrativo, de carácter esencialmente unilateral, sino que nos hallaríamos ante un contrato o convenio por ser fruto de varias voluntades, como entiende la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». STS 5272/2003, de 22 de julio: «El artículo 88 de la Ley 30/1992 solamente permite la terminación convencional del procedimiento administrativo cuando el respectivo pacto o acuerdo no sea contrario al ordenamiento jurídico ni recaiga sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público encomendado a la Administración actuante, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule».

¹⁷ Recordemos que el art. 77 de la LJCA, es posible que admita un modelo de mediación procesal.

Gerardo Carballo Martínez

o preventivo en una relación jurídico-administrativa, dirigido a una composición de los aspectos sustantivos sobre los cuales las partes tienen un interés.

Sin embargo, la mediación que se postula como forma procesal de impugnación de un acto administrativo y que viene regulada especialmente en el artículo 107.2 de referida Ley¹⁸ aparece como sustitutivo de los recursos administrativos, y en concreto como supletorio del recurso de alzada y por el potestativo de reposición en las mismas condiciones para ambos¹⁹.

Contrariamente a como hemos interpretado acerca de la posible eficacia directa de las previsiones contenidas en el artículo 88.1 de la LPC, el artículo 107.2 refleja una eficacia diferida de la mediación, dado que, para poder sustituir los tradicionales procedimientos impugnatorios por un procedimiento de mediación como vía alternativa o eventual a un futuro proceso jurisdiccional, es necesario una ley específica que lo autorice.

Es por ello que nos encontramos con dos ámbitos distintos en los que se desarrolla esta técnica, habida cuenta que la mediación convencional se asienta sobre la base del principio de autonomía negocial (art. 88.1 LPC) y la mediación procedimental o impugnatoria se fundamenta en el principio de defensa (art. 107.2 LPC).²⁰

¹⁸ La propia LPC, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, de 26 de noviembre, reconoce más explícitamente a la mediación como «procedimiento de impugnación» a través del artículo 109: «Fin de la vía administrativa. Ponen fin a la vía administrativa: Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2»

¹⁹ «(...) Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de 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 el procedimiento administrativo.»

²⁰ El libro blanco de mediación en Cataluña se refiere a la mediación en los procedimientos de gestión (art. 88 LPC) y mediación como medio sustitutivo de los recursos. «Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Capítulo 13 «Mediación en Derecho Administrativo», p. 817. GAMERO CASADO se refiere a mediación en procedimiento administrativo de gestión y mediación en procedimiento de recurso dirigido a eliminar el acto preexistente. GAMERO CASADO, Eduardo, «Apunte sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos en el empleo público». *Revista de Administración Pública* 170. Madrid, mayo/agosto 2006. Centro de estudios políticos y constitucionales. P. 345.

4. MODULACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ATENCIÓN AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Actualmente puede afirmarse que la mediación forma parte de un régimen jurídico mixto, tanto en cuanto se refiere a su regulación a través de las leyes de procedimiento administrativo como a la genérica del contrato, de quien toma todas las características más esenciales en el marco del principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, la mediación administrativa no está exenta de determinados límites o cautelas, teniendo en cuenta la idea de servicio y de interés público en los que se fundamenta la acción administrativa en el ámbito de sus potestades de carácter reglado y discrecional.

Si bien es cierto que los conflictos que se derivan de la potestad discrecional o la autoorganizatoria de la Administración pueden encontrar mayor facilidad en el uso de un espacio razonable de solución de controversias a través de la mediación, no es menos cierto que, con respecto a las potestades regladas — salvo situaciones amparadas en reglas de derecho cerradas o de parámetros fijos— también sería posible su aplicación.

En este marco, la doctrina ha destacado que los textos legales pueden permitir elementos de discrecionalidad al existir muchas interpretaciones verdaderas, posibles e incluso contradictorias. Sería tarea de la mediación encontrar, en el marco de las potestades regladas, una interpretación normativa acorde con la solución más adecuada a los intereses en juego, sin que con ello se vea aquietado el principio de legalidad.

Si nos trasladamos a los límites que pueda encontrar la mediación para su efectividad, puede afirmarse que *ab initio*, cualquier materia, competencia o actividad que ejerza la Administración a través de un procedimiento administrativo, podrá realizarse a través de esta técnica jurídica²¹, y ello porque los límites que la administración pública tendría para acordar una resolución consensuada, serían idénticos a los que el ordenamiento jurídico impone a todos los poderes públicos en general, a través del artículo 9.3 de la C.E.,²² y, en particular, el que establece el derecho administrativo de conformidad con lo

²¹ En contra de la opinión que se sostiene en otros escenarios, en los que se llega a afirmar que es muy reducido el campo que se ofrece a la conciliación y la mediación. Vid. SAINZ ALONSO, César, «El recurso de reposición en la esfera local y la nueva LRJAP y PAC», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, septiembre, 1993; p. 2140.

²² Art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza (...)la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Gerardo Carballo Martínez

dispuesto en los artículos 53 y 63.1 de la LPC²³, así como del art. 70.2 LJ²⁴, donde se hace una especial mención a lo que constituye la desviación de poder.

Por otra parte, con relación a los límites derivados del ejercicio de las potestades regladas y discrecionales de la Administración, siguiendo una línea doctrinal que proviene del profesor García de Enterría, las primeras no podrían ser objeto de negociación porque reducen a la Administración «(...) a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente»²⁵ y respecto a las potestades discrecionales, como dependen de un margen de libre apreciación permitido por el ordenamiento jurídico, sí pueden basarse en criterios racionales o en argumentos valorativos sobre los que las partes podrían llegar a consensuar o pactar una solución a través de la mediación.

En todo caso, como la mediación se trata de un negocio jurídico entre dos o más sujetos, presidido por el principio de la autonomía negocial, la manifestación de la discrecionalidad o de los elementos reglados que acompañan a toda decisión administrativa, no van a operar en el mismo plano en que lo hacen cuando los poderes públicos actúan en el marco de la prerrogativa o desde una actividad unilateral.²⁶

Por lo que respecta al supuesto de que la mediación se realice sobre la base de elementos reglados previamente fijados por la norma, tampoco resulta objetable un acuerdo mediante esta técnica de resolución de conflictos, habida cuenta de que la interpretación de la norma permite atenuar su rigor a través de propuestas que permitan conciliar el interés particular con el interés gene-

²³ Arts. 53.1 y 2, Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 26 de noviembre: «Requisitos de los actos administrativos. Producción y contenido: 1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.» Art. 63.1 LPC: «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

²⁴ Art. 70.2, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena edición; p. 447.

²⁶ Sobre el marco contractual en el que se desenvuelve la mediación administrativa, vid. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, «La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo». Thomson Aranzadi. Cizur Menor. 2008. Capítulo IV. Pp. 105 y ss.

ral, teniendo en cuenta que, por otra parte, dicho interés, según ha expresado Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, ya no es un concepto que monopoliza o interpreta unilateralmente un funcionario, sino que, «(...) como ha señalado el Tribunal Constitucional en el año 1984, es un concepto que define armónicamente a través de la intercomunicación, a través del diálogo entre los poderes públicos y los agentes sociales.»²⁷

En este sentido, para lograr una mayor adecuación de la actuación administrativa a las previsiones contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil,²⁸ se hace necesario evitar una aplicación de la norma que sea estricta o rigurosamente reglada, dado que ello frustraría la necesaria labor interpretativa de toda norma, que debería incluir juicios de valor de carácter objetivo,²⁹ teniendo en cuenta además que, como señala SÁNCHEZ MORÓN, en ese ámbito de las potestades administrativas reguladas por ley, resulta normal que se contemplen algunos elementos de discrecionalidad, «ya sea en el -an-, en el -quid-, en el -quommodo- o al menos en el -quando-»³⁰.

Así, para el ejecutor de la ley, no siempre se produce una determinación exacta entre la norma y el acto sobre el que recae, de manera que si la norma aplicable sobre ese acto reglado permite una decisión de entre otras alternativas válidas o bien establece un marco que debe llenarse mediante ese acto reglado, nos encontraremos con un margen mayor o menor de discrecionalidad, con una forma de adaptación del derecho a las necesidades presentes y futuras de la vida social³¹, y en general con una manifestación del principio de interpretación de las normas, articulado en nuestro derecho positivo a través del artículo 3.1 del Código Civil³².

²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «Nuevas Orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública». *Cuadernos de Derecho Judicial. II-2002*. Consejo General del Poder Judicial. P. 15.

²⁸ Art. 3.1 Cc.: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

²⁹ ENTERRÍA considera necesaria la labor interpretativa en la aplicación de la ley, y lo ejemplifica con el proceso aplicativo de las normas fiscales, no obstante ser la potestad liquidatoria típicamente reglada. *Curso...*, op. cit., novena edición. P. 447.

³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 113.

³¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, «Constitución y teoría general de la interpretación jurídica»; *Cuadernos Civitas*. Primera edición; Madrid, 1985, p. 75: «(...) la vida social —afirma el autor— abarca las ideas concernientes a la sociedad con todas sus características estructurales y funcionales consideradas relevantes para el derecho y su interpretación. La vida social corresponde, en general, al contexto funcional de las reglas legales y tiene en cuenta el actual contexto sistémico y lingüístico».

³² CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2008. Pps. 167 y ss.

Gerardo Carballo Martínez

Por todo ello, es razonable que el acto reglado de la administración exija el cumplimiento objetivo de la norma en que se apoya, pero también resulta oportuno ofrecer soluciones adaptativas través de la mediación, facilitando soluciones imaginativas que puedan evitar una práctica excesivamente rigurosa en la aplicación del derecho³³.

Por otra parte, la mediación ejercida sobre aquellas decisiones en que la Administración tiene un margen de elección entre varias alternativas posibles, viene a contribuir —como mecanismo de colaboración— a la realización plena de una actividad administrativa que se caracteriza por la utilización de criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad, sin que, la cuestión de conducir este decisionismo a la discrecionalidad de la libre determinación de los sujetos intervinientes, quiera decir que se está actuando desde criterios antijurídicos, y en ese contexto SÁNCHEZ MORÓN señala que «(...) *el ejercicio de la potestad discrecional no es un mero proceso intelectual de aplicación de la ley, es decir, un proceso lógico íntegramente guiado o dominado por el razonamiento jurídico, sino que es también, al mismo tiempo, un proceso volitivo de decisión que ha de tener en cuenta otros elementos*»³⁴.

En definitiva, no estamos tratando en sentido estricto la actividad reglada o discrecional de la administración, sino de las posibilidades que tales adjetivaciones pueden ofrecer en un marco concertado en el que se encuentra el convenio de mediación, pues en este contexto confluyen un concurso de voluntades con plena autonomía negocial,³⁵ en donde el acto discrecional o reglado va a mostrar tan solo una referencia orientativa frente al ejercicio de una potestad distinta como la consensual o concertada de la administración.

En el campo de los conceptos jurídicos indeterminados o de los llamados «estándares jurídicos» y para valorar situaciones paradigmáticas en las que se trate de apreciar la existencia de «trabajo digno», «justa causa», «urgencia vital», «mala fe» o «temeridad», la mediación permitiría una más clara y mejor adaptación del concepto jurídico a la solución justa que haga posible su determinación para el supuesto concreto que se esté examinando.

³³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración: tres estudios* —1.ª ed.— Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública [etc.], 1995, 213 pp. (*Estudios. Administración general*). Pp. 181-182. El citado profesor fundamenta lo anterior en la discrecionalidad de ejecución, entendida por la doctrina alemana como el margen de actuación concedido a la Administración a la hora de ejecutar o no la ley, cuando esta concede la capacidad de decisión entre alternativas igualmente válidas al respecto.

³⁴ «Discrecionalidad...», *op. cit.*, p. 114.

³⁵ Conviene mencionar que no nos encontramos ante una actividad reglada o discrecional en sentido estricto, sino como señala DELGADO PIQUERAS «... *ante un negocio contractual resultado de la conjunción de una voluntad común de dos o más sujetos*». DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, 1995, p. 213.

La mediación administrativa. Su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal

Es en el ámbito disciplinario, en el sancionador administrativo o en el escenario de los derechos sociales donde estos conceptos operan con normalidad y en los que la mediación ya constituye una alternativa a la vía de los procedimientos estandarizados (conflictos disciplinarios, empleados públicos, conflictos en el marco de la salud o la mediación penitenciaria).

Por lo que respecta a las dificultades que, en el orden competencial, puedan presentarse para que el mediario que represente a la administración adopte acuerdos en la fase final de la mediación, se trata de encontrar fórmulas que permitan que el titular de la competencia administrativa pueda participar directamente en el proceso de mediación y comprometer su voluntad administrativa a través de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento, sin necesidad de pasar, indeclinablemente, por los trámites de elaboración de informes previos o testimonios de los servicios jurídicos.

5. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA INTRAJUDICIAL

La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando como la mediación administrativa está dirigida a resolver conflictos entre la Administración y los ciudadanos, tiene unas características y connotaciones propias, derivadas, en primer lugar, de los sujetos del proceso —la Administración y los sujetos privados— y de su distinta supremacía jurídica. La vinculación de la Administración a los principios de supremacía y sometimiento a la ley pueden limitar y llegar a excluir el espacio para encontrar soluciones acordadas.

Sin embargo, la mediación como «equivalente jurisdiccional» entra dentro de una lógica procesal normativa, teniendo en cuenta que en España, el artículo 77 de la Ley de la jurisdicción contenciosa, aborda la posibilidad de finalizar el proceso a través de distintos medios de composición³⁶.

Para este tipo de «mediación intrajudicial» se deberán cumplir todos los requisitos que singularizan esta figura, de manera que el tercero componedor no será el propio juez o magistrado que ha de resolver en causa, y sí un mediador expresamente autorizado o designado por la autoridad judicial, que trate

³⁶ Artículo 77.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «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».

Gerardo Carballo Martínez

de buscar una solución al conflicto en sede jurisdiccional y cuyo resultado, en el caso de ser aceptado a través de una voluntad consensuada por las partes procesales, conduzca a la finalización espontánea del conflicto y consecuentemente del pleito, una vez convalidado en sede judicial.

En este sentido, debe considerarse que la mediación en el ámbito contencioso-administrativo constituye un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante la interposición de fórmulas procedimentales de composición basadas en la autonomía de las partes y fundadas en la armonía social.

Igualmente constituye un instrumento de modernización de la Administración de Justicia, en cuanto que la instauración de procedimientos sustitutivos de la vía judicial, que impliquen un coste menor, puede contribuir a paliar el colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Llegados a este punto, la mediación administrativa intrajudicial se muestra como un mecanismo de solución complementario de controversias, teniendo en cuenta los siguientes caracteres que constituyen su carta de naturaleza:

- 1) Sustituye la posible resolución judicial por la que hayan acordado las partes a través de una base de propuesta realizada por el mediador. No se trata de una justicia transaccional o de reparto proporcional de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.
- 2) Evita los efectos nocivos de una justicia tardía o la meramente cautelar que no satisface plenamente el derecho constitucional de tutela judicial efectiva. No obstante, debe reconocerse a la mediación su propia sustantividad, con un valor material admitido social y jurídicamente a través de muchas disciplinas.
- 3) En tercer lugar, la mediación reduce la proliferación de recursos innecesarios y ofrece una fórmula poco costosa y rápida de resolución de numerosos conflictos.
- 4) Por último, con la mediación administrativa en este orden procesal se postulan nuevas estrategias participativas para hacer frente a procesos judiciales de difícil concreción, cuya respuesta en el marco de una sentencia, no responde a las expectativas de las partes procesales.

En consecuencia los objetivos de la mediación judicial son los siguientes:

1. Ofrecer un mayor equilibrio entre los derechos e intereses públicos y privados en juego.

2. Conseguir una alternativa a las dificultades que le son propias a la jurisdicción: la complejidad del acceso a la misma, la intervención necesaria del letrado, las dilaciones en la tramitación, el gran incremento que ha habido de litigios en los últimos años, los costes y formalidades del proceso.
3. Trabajar en la transformación de la relación Administración/Ciudadano. La búsqueda de fórmulas flexibles que permitan que el ejercicio de la potestad administrativa se pueda también ejercer mediante la comunicación entre las partes y la introducción por ellas de aspectos subjetivos que suelen quedar al margen del procedimiento formal.
4. Responsabilizar a los ciudadanos de la necesidad de conjugar sus intereses privados con los fines públicos.
5. Conseguir una mayor comprensibilidad de todo el proceso para ambas partes.

6. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA E INTRAJUDICIAL

La mediación administrativa puede desplegar su eficacia en una diversidad de materias en las que interviene la administración en relación con los ciudadanos, ya sea en la fijación de los hechos controvertidos en las potestades regladas, así como en las potestades discrecionales de la administración. No obstante, la prioridad del uso de la mediación intrajudicial administrativa debe establecerse en función de criterios de valoración basados en la oportunidad y, esencialmente, contando con el más ponderado criterio del juez a la hora de acordar el recibimiento del pleito a mediación.

A modo de ejemplo y sin excluir otras competencias podemos anumerar las siguientes:

- a) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
- b) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.
- c) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.
- d) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Gerardo Carballo Martínez

- e) La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.
- f) La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.
- g) Ejecución de sentencias.
- h) Las demás que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el Juez competente.

7. CARACTERÍSTICAS, FASES Y REQUISITOS ESENCIALES PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Para llevar a cabo un proceso de mediación deberá figurar con claridad el objeto del asunto sometido a dicha disciplina y, en todo caso, deberá contener:

- a) La expresa referencia a los principios rectores de la mediación;
- b) La posibilidad de que las partes acudan a una primera diligencia informativa con el mediador o mediadores que designen;
- c) La necesaria previsión de que sean las partes quienes acudan de manera personal a las sesiones de mediación acompañadas de su asesor legal, así como, por parte de la Administración, también el técnico en virtud de cuyo informe o actuación se hubiera llegado al acuerdo impugnado;
- d) La expresa consignación de que mientras duren las conversaciones el procedimiento o el pleito principal quedarán suspendidos, sin que sean computables plazos de prescripción o caducidad;
- e) Las prevenciones necesarias sobre las consecuencias inherentes al incumplimiento de los principios de buena fe y reciprocidad que pudieran ser observadas por el mediador en el transcurso de las sesiones, incluido el apercibimiento sobre imposición de costas.

Por lo que respecta a los principios informadores de la mediación, esta será voluntaria como expresión de la libre autonomía de la voluntad. Sin embargo, debe valorarse la posibilidad de exigir la obligación de participar al menos en las sesiones informativas, dado que la obligatoriedad derivada de la mediación reside en que no pueda imponerse ninguna decisión a ninguna de las partes, pero sí es posible incorporar, a través de la norma correspondiente, el hecho de que se convoque a las partes a un procedimiento de mediación, como garantía de los ciudadanos a un proceso alternativo a la vía administrativa o judicial.

La imparcialidad también constituye un requisito necesario, de tal manera que en el procedimiento de mediación se debe garantizar que las partes interven-

gan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Igualmente, las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, sin que puedan producirse injerencias o imposiciones por parte del mediador, incompatibles con el deber de objetividad que acompaña a la actuación de las administraciones públicas.

La confidencialidad es un elemento básico, y debe extenderse al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. En este sentido, ni los mediadores, ni las personas que participen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

Por lo que respecta a las partes intervinientes en la mediación, no están sujetas a reglas de procedimiento admonitivas ni sancionadoras. Podrán elegir libremente su nivel y grado de intervención en el marco de un procedimiento de mediación que será informal, libre y no ritual. Igualmente, las partes en conflicto actuarán conforme a los principios de buena fe, confianza legítima y respeto mutuo.

Finalmente, las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad, teniendo en cuenta la autoridad que representa.

En efecto, sobre la base de dicha autoridad, el mediador debe ofrecer a las partes una sensación de confianza, respeto y seguridad en el proceso, por lo que, además de la exigencia de que el mediador se halle en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carezca de antecedentes penales por delito doloso, deberá acreditar los conocimientos necesarios y adecuada formación para garantizar la eficacia de la mediación, para lo cual es conveniente que exista un registro de mediadores administrativos y de instituciones de mediación.

La misión del mediador será la de facilitar la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. Se trata de una conducta proactiva tendente a lograr el acercamiento entre las partes, sin que pueda existir ningún interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y per-

Gerardo Carballo Martínez

juicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

El procedimiento de mediación puede terminar con un acuerdo que deberá ser firmado por las partes y sus representantes legales y el mediador en el mismo día de su conclusión. El acuerdo de mediación solo afecta a situaciones jurídicas individuales y no podrá utilizarse como término de comparación a los efectos de infracción del artículo 14 CE.

En este marco de protección, el procedimiento de mediación debe ajustarse al principio de legalidad de la administración y, como se ha indicado, teniendo en cuenta criterios maximizados de interpretación de la norma en el sentido más favorable a los derechos que se ventilen en el procedimiento correspondiente. Por ello, sin perjuicio de que al mediador administrativo le está vedado dirigir o resolver mediaciones ilegales o contrarias a derecho, lo esencial es que deberá guiarse por unos estándares éticos de comportamiento que respondan a una concepción ideológica de contenido democrático inspirada en el respeto a las partes intervinientes y al uso de modelos de conducta que generen una fuente de valor estable para la integridad de la organización en la Administración, por apelación a la calidad y eficiencia de los servicios públicos³⁷.

³⁷ Sobre ética en la mediación vid. LASCOUX, Jean Louis, *Pratique de la médiation. Une méthode alternative à la résolution des conflits*. P. 156.