



Tribunal Arbitral de Barcelona

Anuario

Justicia Alternativa

DERECHO ARBITRAL

JYB
BOSCH EDITOR

BEATRIZ BELANDO GARÍN

Profesora Titular de Derecho Administrativa
Universidad de Valencia-Estudí General

La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados

FECHA DE RECEPCIÓN: 02 de junio de 2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 02 de febrero de 2015

RESUMEN

El artículo analiza las posibilidades que ofrece la mediación para solventar conflictos en los que se halla presente una Administración pública. Se describe de esta forma, no sólo las distintas variantes que posee este instrumento de justicia alternativa en las relaciones con la Administración sino también el papel que ha de jugar el abogado en estos casos.

PALABRAS CLAVE

Mediación, proceso contencioso administrativo, procedimiento administrativo, abogado.

ABSTRACT

The article analyses the possibilities of mediation to resolve conflicts in which a public authority is involved. It describes not only the variants of this instrument of alternative justice in relation to the public administration but also the role the lawyer has to play in these cases.

KEYWORDS

Mediation, Administrative proceedings, Administrative proceedings, Lawyer.

La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados

SUMARIO

I. LA MEDIACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN. 1. Mediación administrativa. **2.** La administración como mediador. **3.** La mediación en las relaciones de Derecho privado de la Administración. **II. EL SENTIDO DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. III.** LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA SÍ EXISTE. **1.** Impulso desde instancias internacionales y nacionales. **2.** La implementación de la mediación en sectores concretos. **IV. CLASES DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA. 1.** Mediación conectada con un procedimiento administrativo. **A.** La mediación como forma de terminación del procedimiento. **B.** La mediación tras un acto administrativo. **C.** Mediación como vía alternativa al recurso administrativo. **2.** La mediación conectada con un proceso judicial. **A.** La mediación intrajudicial: el art. 77 LJCA. **B.** La mediación y el allanamiento (art. 75 LJCA). **C.** La Mediación tras una renuncia a la acción contencioso administrativa o el desistimiento. **V. EL ABOGADO ANTE EL PROCESO DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA. 1.** La preparación de la mediación por el abogado. **A.** La selección de los asuntos. **a)** Mediación administrativa o mediación con la Administración; **b)** El examen concreto del litigio. **B.** Examen previo de la voluntad de las partes. **C.** La elección adecuada del espacio para desarrollar la mediación. **2.** El abogado y el desarrollo de la mediación. **3.** La firma del acuerdo. **VI. CONCLUSIONES.**

I. LA MEDIACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN

En el momento actual la invocación a la mediación es constante entre la doctrina¹ e incluso en los medios de comunicación, sin embargo poco son los estudios que se

¹ Los trabajos sobre mediación civil o mercantil son muy abundantes, como muestra cabe citar, BARONA VILLAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aproba-*

han elaborado sobre las posibilidades de desarrollo de esta figura en la relación de los ciudadanos con la Administración, incluso cuando ésta se comporta como un particular más?. Creo por tanto que antes de analizar el papel del abogado en estos procesos de mediación, sin duda singulares, es preciso delimitar ciertas cuestiones previas tales como: los límites generales a la mediación administrativa o las clases de mediación en las que puede verse involucrada la Administración (mediación administrativa, mediación con la Administración o la Administración como mediador). El análisis de estos elementos es fundamental para establecer la capacidad real de desarrollo de la mediación en este campo.

Teniendo en cuenta estas prevenciones, la mediación en controversias en las que se encuentra presente una Administración o una entidad del sector público es evidentemente posible, y en el desarrollo de la misma va a desempeñar un papel fundamental el letrado asesor del ciudadano. En el caso de los procesos de mediación con la Administración, el análisis previo de los asuntos en orden a recomendar la sumisión a un proceso de estas características, la confirmación de elementos fundamentales en el proceso (como la elección del lugar de desarrollo de la mediación) es tarea que corresponde al abogado y de su buen trabajo dependerá en buena medida el éxito de dicho proceso.

1. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Por mediación administrativa se entiende aquella que tiene por objeto controversias sujetas al Derecho Administrativo y en el que una de las partes es una Administración Pública. Dado que la Administración puede sujetar parcialmente su actividad al Derecho privado, es preciso destacar que aquí sólo se incluyen los conflictos en los que la Administración actúa en ejercicio de potestades administrativas y por tanto, revestida de *imperium*. Aparentemente el principio de legalidad al que se somete su actuación (art.

¹ La excepción más notable es desde luego la de CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008; idem: «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.; MASUCCI, A., «El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo», *RAP*, nº 178, 2009, pp. 9 y ss.; GAMERO CASADO, E., «Apuntes sobre la mediación como técnica como resolución para los conflictos en el empleo público», *RAP*, nº 170, año 2006, pp. 339 y ss.

²

103 CE) y el carácter indisponible de las potestades administrativas impide la implementación de figuras como la mediación, donde las partes buscan la solución de conflictos a través del diálogo y la negociación.

Estas prevenciones han llevado a concluir tradicionalmente que es imposible que la Administración, como organización que persigue el interés general, negocie una solución pactada a un conflicto de naturaleza administrativa. La indisponibilidad de la materia sobre la que versan este tipo de litigios impediría la utilización de la mediación. Sin embargo, no es menos cierto, que el propio legislador ha habilitado la posibilidad de concluir procedimientos administrativos con acuerdos entre las partes (fijación del justiprecio, responsabilidad administrativa, etc.) sin que por ello se hayan visto perjudicados los intereses públicos, sino más bien al contrario. Hoy en día por tanto, no es suficiente la invocación del principio de legalidad para rechazar la posibilidad de someter el conflicto a una posible mediación.

2. LA ADMINISTRACIÓN COMO MEDIADOR

La Administración puede ser igualmente utilizada por las partes como mediador. En estos casos, estaríamos ante una mediación institucional donde la Administración pone a disposición de las partes, no sólo un panel de posibles mediadores, sino también los medios materiales y personales para su posible desarrollo.

Dentro de esta modalidad cabría destacar especialmente, la labor desarrollada por los Defensores del Pueblo, así como sus equivalentes autonómicos. Igualmente en este apartado habría que incluir a los diversos defensores de los ciudadanos que se han creado al hilo de las diversas legislaciones sectoriales: el defensor del paciente, del estudiante, del cliente bancario, etc.

3. LA MEDIACIÓN EN LAS RELACIONES DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

La resistencia a la sujeción de la Administración a procedimientos de mediación debería de ceder en aquellos litigios en los que la Administración se sujeta al Derecho privado y por tanto se trata de controversias que versan sobre cuestiones de libre disposición por las partes. El mayor obstáculo como sabemos al sometimiento de la Administración a la mediación y al resto de técnicas alternativas a la resolución de conflictos suele ser la invocación al principio de indisponibilidad de las potestades administrativas. Sin embargo, en aquellos supuestos donde la Administración actúa sin ir revestida de

imperium, las posibilidades de la mediación se acrecientan. Pensemos por ejemplo en los conflictos derivados de la interpretación del contenido de un contrato privado entre la Administración y un tercero. En estos casos, no cabe que la Administración ejerza la potestad de interpretación unilateral (art. 2.11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público) puesto que el contrato es privado. Ello implica que las diferencias en torno a los términos del contrato no pueden ser resueltas unilateralmente a través de un acto administrativo. El recurso a un mediador puede en estos casos evitar la vía judicial siempre larga y costosa y facilitar la ejecución de un contrato que es de interés para ambas partes. Atendiendo al gran número de contratos que celebran las Administraciones éste puede ser un campo de gran desarrollo para la mediación.

Sin abandonar la legislación de contratos, la ampliación subjetiva del Texto Refundido de 2011 (art. 3) a entidades del sector público que no son en sentido estricto Administración pública (caso de empresas o fundaciones públicas), abre la posibilidad de sujeta las incidencias de estos contratos a la mediación, puesto que aquí, el Derecho administrativo de contratos se aplica sólo hasta la selección del contratista, estando la ejecución sujeta al Derecho Privado³.

II. EL SENTIDO DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Uno de los grandes errores cuando se analiza la mediación en el contexto de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos es entenderla simplemente como

3 Es preciso señalar que los contratos que celebren ciertos poderes adjudicatadores como fundaciones de interés general participadas por la Administración o las entidades con participación de la Administración sólo se sujetan a la regulación pública de forma puntual, especialmente cuando el contrato alcanza una determinada cuantía, por debajo de la cual el contrato sólo se sujeta a los principios de la regulación. En estos casos, el Derecho Administrativo queda reducido a respetar unos mínimos europeos. Sobre la sujeción de estas entidades al TRLCSP puede consultarse entre otros, CHINCHILLA MARÍN, C., «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», Revista Vasca de Administración Pública, nº 79, 2007; DEL SANZ, S., «La nueva Ley de contratos del sector público ¿un nuevo traje para las mismas rayas?», RAP, nº 174, 2007; GARCÍA-TREVIANO, J.A., «Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de contratos del sector público», REDA, nº 142, 2009; GIMENO FELIU, J.M., «El nuevo ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público, nº 176, 2008; MORENO MOLINA, J.A., «Un mundo para SARA. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», RAP, nº 178, 2009.

una forma de reducir la litigiosidad⁴. El sentido de la mediación es desde luego más amplio y su invocación supone en definitiva implementar estrategias que pacifiquen conflictos. No se trata, o al menos no sólo, de acabar con un conflicto presente sino de poner las bases para el entendimiento mutuo y la resolución definitiva de los litigios. Esto explica el gran éxito que tiene esta figura en conflictos interculturales o familiares, pero incluso en relación con la Administración, su creciente importancia en contextos reducidos donde la convivencia es permanente y estrecha, caso de la mediación escolar y penitenciaria.

La mediación en el Derecho Administrativo tiene además una dimensión más amplia, constituye o representa una nueva forma de entender las relaciones entre Administración-ciudadano basadas en el respeto a las posiciones de estos últimos. Por ejemplo, el silencio administrativo o la inactividad suponen un claro desprecio a la posiciones del ciudadano que no merecen de la Administración si quiera de una respuesta expresa o de la materialización de una actuación obligada y pueden ser combatidas de forma más eficaz a través de esta figura.

Desde esta perspectiva, la mediación conecta con el principio de buena Administración que se exige a nuestras instituciones y que se encuentra reconocido como un derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto el art. 41 de la citada carta reconoce el citado derecho en los siguientes términos:

«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».

Igualmente el principio de buena Administración implica una práctica administrativa basada en paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia que configuran el deber de buena administración⁵. Bajo este enfoque la mediación permite 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,

4 Es precisamente por ello por lo que me parece muy criticable que una mayor implementación de la figura se haya rechazado en el Informe Explicativo y propuesta de Ley de Eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, marzo de 2013, al entender que no supondría una reducción importante del número de asuntos, p. 11.

5 CARBALLO, G., «La mediación administrativa. Algunas propuestas...», p. 4. Con más amplitud el derecho a una buena Administración ha sido analizada por PONCE SOLÉ, J., Deber de Buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Lex Nova, 2001.

descubra y acuerda propuestas legítimas y estratégicas, hasta alcanzar un equilibrio ponderado entre el principio de legalidad administrativa y el de buena administración⁶.

III. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA SÍ EXISTE

1. IMPULSO DESDE INSTANCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES

La atención prestada en los últimos años a la mediación y al resto de técnicas alternativas para la resolución de conflictos (ADR) está directamente conectada con una corriente internacional impulsada del Consejo de Europa que pretende reducir la carga de trabajo de los tribunales. En el ámbito concreto de los conflictos entre autoridades administrativas y ciudadanos caben destacar especialmente tres documentos: la Recomendación del Comité de Ministros R/86-12, del Consejo de Europa, la Recomendación RE (2001)9 del Comité de ministros de los Estados miembros y las Guías para una mejor implementación de la Recomendación anterior, CEPEJ (2007) 15, de 7 de diciembre de 2007.

Este último documento es especialmente interesante, y recuerda el papel de los Estados miembros para impulsar este tipo de vías alternativas en los conflictos con las autoridades públicas. En este sentido por ejemplo, recomienda que en ciertos supuestos sea obligatorio de forma previa a la vía judicial, acudir a procesos como la mediación o la conciliación (Recomendación 15). Igualmente se sugiere que las autoridades administrativas deban someterse a este tipo de procesos cuando sean solicitados por las partes, y el proceso no sea considerado contrario al interés público o represente un abuso de derecho.

Por último, es necesario destacar el papel que asigna a los letrados y a los Colegiados de Abogados en este proceso de impulso e implementación de la mediación en litigios con la Administración. En concreto, sugiere que se incluya en los códigos deontológicos la obligación de considerar las vías alternativas antes de la vía judicial en los casos que ello sea apropiado e informar a sus clientes sobre los elementos esenciales sobre estos procesos (Recomendación 26).

A este esfuerzo por difundir las potencialidades de la mediación en conflictos con la Administración se han unido igualmente dos instituciones nacionales, el Consejo Gene-

ral del Poder Judicial y el Instituto Europeo para la mediación y ética pública (IEMEP) a través de la Fundación Valsain. Desde hace ya algunos años el órgano del Gobierno de los jueces se encuentra embarcado en un largo proceso para difundir las posibilidades de la mediación intrajudicial en el contexto del art. 77 LICA actual.

En esta labor, el Consejo General del Poder Judicial ha contado con el respaldo del IEMEP y la Fundación Valsain con los que, por otra parte, han firmado convenios de colaboración⁷. En definitiva, tanto a escala internacional como nacional se redoblan los esfuerzos por difundir la cultura de la mediación en las relaciones Administración-ciudadano, sin que hasta el momento hayan recibido el impulso definitivo de una ley reguladora propia⁸.

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN SECTORES CONCRETOS

Los esfuerzos por generalizar la mediación administrativa, han ido acompañados por el reconocimiento parcial de la figura en alguna regulación sectorial. El rechazo que en ocasiones ha producido la mediación administrativa desconoce su implementación en ciertos ámbitos del Derecho Administrativo. Nos referimos en concreto a la mediación prevista en los conflictos producidos en el marco de los centros escolares o en las instalaciones penitenciarias.

⁷ Como ejemplo de esta labor de difusión de la mediación en los asuntos administrativos, en el año 2011 se implantó un plan piloto de mediación administrativa por parte de los Cabillos insulares para resolver y prevenir conflictos jurídico-administrativos entre la Administración Canaria y los sujetos privados. Su objetivo era tras el establecimiento de un protocolo previo, dar a conocer a las Administraciones cuándo y cómo era posible derivar sus conflictos a través de la mediación. Junto a esta iniciativa, se encuentra en la actualidad en marcha en Canarias, un proyecto piloto de mediación intrajudicial en el orden contencioso administrativo, de cuyos resultados estamos todavía a la espera.

⁸ En el documento «Protocolo para la implementación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa», CGPJ/Fundación Valsain/IEMEP, 2011, pp. 25 y ss., es posible encontrar un borrador de proyecto de ley de mediación en el proceso contencioso-administrativo.

A. La mediación en los conflictos colectivos de los funcionarios

La Ley 7/2007, por el que se aprueba el Estatuto básico del empleado público, vino a recoger una demanda tradicional en el ámbito de la función pública, la posibilidad de utilizar técnicas conocidas en el ámbito laboral para la resolución de las controversias sobre condiciones de trabajo de los funcionarios. En concreto, la ley recoge expresamente la mediación y el arbitraje (art. 45) para resolver los conflictos relativos a la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos que se celebren entre Administración y las organizaciones sindicales.

Es decir, el arbitraje y la mediación versarán sobre los productos de la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Este concepto tan amplio excluye otros aspectos de la relación administrativa del funcionario que afectan a la organización administrativa, al ejercicio de potestades públicas y en general al régimen jurídico administrativo (STS de 4 de marzo de 2003).

El art. 45 EBEP prevé la mediación en dos momentos distintos: cuando se está negociando el pacto o acuerdo o durante su vigencia, bien porque existen dudas sobre su contenido o bien por el incumplimiento del mismo por parte de la Administración. Se descarta, eso sí, acudir directamente a la mediación como vía de iniciación de las negociaciones.

En el primer caso, acudir a la mediación permite desbloquear las negociaciones y acudir a un tercero imparcial. Recordar que en caso de no llegar a un acuerdo, la Administración puede:

- Regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios
- Prorrogar los pactos o acuerdos previos
- Agotar los medios de solución extrajudicial de conflictos.

Acudir a la mediación, es por tanto, sólo una de las opciones posibles. En cuanto a los sujetos legitimados para formar parte del proceso mediador son los mismos que ostentan legitimación para participar en la negociación dirigida a adoptar el pacto o acuerdo.

La mediación es además obligatoria. A diferencia de lo que ocurría en la Ley 9/1987, donde la mediación era voluntaria, en la actualidad, basta con que una de las partes lo pida para que se produzca la surmisión a la mediación.

Ejemplo, véase la STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2011:

«El tenor literal de los preceptos transcritos pone de manifiesto que la Ley no impone obligatoriamente que, ante el fracaso de un proceso de negociación, hayan de seguirse procedimientos de mediación y arbitraje, sino que prevé la posibilidad de acudir a ellos, pues así ha de interpretarse el término «podrá» contenida en el artículo 45 y la expresión «en su caso» del artículo 38.7, siendo

relevante, en el caso examinado, que en ningún momento el Sindicato recurrente, ni ningún otro, hicieran manifestación alguna sobre la posibilidad de acudir a ellos como medio para resolver la falta de avenencia en la negociación».

La sentencia recuerda que ningún Sindicato reclamó la mediación, dado que en tal caso, la mediación hubiera sido obligatoria para la Administración, al no hacerlo, la Administración estaba perfectamente legitimada para imponer las condiciones unilateralmente.

En cuanto al acuerdo adoptado mediante la mediación, tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos.

B. La mediación en el ámbito disciplinario educativo y penitenciario

La incorporación de la mediación en el ámbito disciplinario educativo y penitenciario trata de conjugar en última instancia las dos vertientes que suelen asociarse a la mediación: la de procedimiento alternativo de resolución de conflictos y la mediación como medio de promoción, de gestión de conflictos (mediación preventiva⁹). La mediación no se presenta aquí como una alternativa a la justicia administrativa sino como otra forma de hacer justicia¹⁰. Se configura como un instrumento que permite la resolución definitiva de conflictos en los que se encuentran presentes intereses individuales y colectivos poniendo el acento en la persecución de intereses públicos, tales como la educación o la resocialización, desplazados en ocasiones por el fin represivo que contiene la sanción disciplinaria¹¹.

En estos supuestos la ley no otorga cobertura expresa a la mediación disciplinaria, aunque ésta se realice (especialmente en el ámbito escolar y penitenciario) bajo coberturas legales y reglamentarias genéricas.

En el caso de la mediación escolar, por ejemplo, la LO2 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE) establece en su artículo 132.f) entre las competencias del Director: «favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de conflictos e imponer medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos, en cumplimiento de la normativa vigente sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Escolar en el art. 127 de esta Ley. A tal fin, se promoverá la agilización de

9 CARBALLO MARTÍNEZ, GERARDO, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 63.

10 GORDILLO SANTANA, L. F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, 2010.

11 Sobre esta cuestión, con más extensión mi trabajo, BELANDO GARÍN, BEATRIZ, «La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria», RAP, nº 189, 2012, pp. 425-466.

los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros». En el caso autonómico, alguna Comunidad Autónoma como Cataluña ha realizado un desarrollo más extenso de esta figura (arts. 23 a 28 del Decreto 279/2006, de 4 julio, Derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña).

En el caso de la mediación penitenciaria, ésta puede estar detrás de la decisión de suspensión de una sanción de aislamiento (art. 43 LOGP). En concreto, el art. 255 del reglamento penitenciario permite suspender la medida «cuando las circunstancias lo aconsejen». Al margen del aislamiento, la Junta de Tratamiento puede reducir la sanción en aras de la reinserción o reeducación» (art. 42.6 LGP).

IV. CLASES DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

La mediación en litigios que versen sobre cuestiones sujetas al Derecho Administrativo puede producirse en diversos contextos, que podemos resumir fundamentalmente en dos, los procesos de mediación conectados con el procedimiento administrativo o aquellos que se producen en conexión con un proceso judicial. En el primer caso, la mediación se enmarca en el propio procedimiento administrativo (art. 88 LRJPAC) o es una alternativa a los recursos administrativos alzada y reposición (mediación impugnatoria, art. 107.2 LRJPAC). En ambos casos, la mediación permite que el conflicto o las diferencias en relación al asunto queden resueltos en vía administrativa sin necesidad de acudir a los Tribunales Contenciosos administrativos. En estos casos, a las ventajas habitualmente invocadas para la mediación, solución pacífica del conflicto, disolución definitiva del mismo, protagonismo de las partes, etc., hay que destacar el ahorro de los costes que en todo caso produce el acudir a este instrumento. Con la elevación de las tasas judiciales tras la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, la innecesariedad de la intervención judicial, es sin duda un importante estímulo para acudir a la mediación. Estímulo que por otra parte en principio alcanza a ambas partes, dado que tras la incorporación del principio del vencimiento en materia de costas procesales (art. 139 LJCA), la Administración puede verse eventualmente afectada por dichas consideraciones.

En el supuesto de la mediación conectada con el proceso, incluimos tanto la mediación intrajudicial amparada por el art. 77 LJCA, como las mediaciones producidas al margen del proceso (extraprocesales) que se traducen en la desaparición del proceso judicial. Esto es, los supuestos de allanamiento (art. 75 LJCA) o el desistimiento o la renuncia a la acción contencioso-administrativa (art. 74 LJCA) que pueden ser fruto de los acuerdos alcanzados por las partes con la ayuda de un mediador al margen del proceso judicial.

1. MEDIACIÓN CONECTADA CON UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Esta modalidad recoge dos variantes diversas de la mediación. Aquella que se encuentra tras un acuerdo con el que la Administración pone fin a un procedimiento administrativo (art. 88 LJCA) como la impugnatoria (art. 107.2 LRJPAC).

A. La mediación como forma de terminación de un procedimiento (art. 88 LRJPAC)

El amparo legal a los intentos de mediación en los procedimientos administrativos ya iniciados lo aporta de forma genérica el art. 88 de la ley 30/1992, que permite la celebración de todo tipo de acuerdos con la Administración siempre que se respeten los límites impuestos en el precepto, a saber, el principio de legalidad, igualdad y publicidad, entre otros. En concreto el artículo 88 establece:

«Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

En este sentido el acuerdo de mediación suscrito por las partes puede suponer una forma de poner fin a un procedimiento administrativo; que el acuerdo con el que se concluye el procedimiento sea fruto de las negociaciones espontáneas de las partes o, por el contrario, se produzca por la intervención activa de un tercero imparcial (mediador), en nada altera su naturaleza.

La regulación¹² del art. 88 LRJPAC ha sido objeto de un amplio estudio por parte de la doctrina que ha destacado las amplias posibilidades que otorga la figura, pero que ha debatido ampliamente sobre la naturaleza de estos pactos y sobre los límites a los mis-

12 BUSTILLO BOLAÑO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Thomson Reuters, 3ª ed., 2010; DELGADO PIQUERAS, La terminación convencional del procedimiento administrativo, Aranzadi, Pamplona, 1995; PALMA DEL TESO, A., *Los convenios procedimentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, entre otros.

mos. Actualmente tanto la jurisprudencia como la doctrina mantienen unánimemente la naturaleza contractual de estos acuerdos.

El anteproyecto de Ley de la Jurisdicción contenciosa de marzo de 2013, prevé precisamente el impulso de este tipo de técnicas permitiendo la paralización del transcurso del plazo para resolver cuando se inicien actuaciones para alcanzar un acuerdo con los ciudadanos. En concreto el nuevo 42.5 LRJPAC, incorpora una nueva letra e) redactada en los siguientes términos:

«e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados».

B. La mediación tras un acto administrativo

Al margen del convenio de medio de finalización de un procedimiento, es interesante recordar también en este momento las negociaciones o acuerdos que pueden encontrarse tras un acto administrativo, y que han sido reconocidas en ámbitos tan cercanos a nuestra disciplina como el Derecho Tributario. En concreto, la Ley General Tributaria reconoce dos instrumentos donde tienen cabida esas negociaciones o acuerdos previos al acto administrativo: las actas de conformidad del art. 156.a), b) y d) LGT y las actas con acuerdo (art. 155 LGT). En este caso el acto administrativo viene precedido de unas negociaciones, dando lugar a lo que la doctrina llama adhesiones a un acto administrativo. En estos casos, no nos encontraríamos ante una terminación convencional dado que el procedimiento no concluye con un acuerdo, sino con un acto administrativo aceptado por su destinatario. La operatividad de la mediación se produciría incorporando en el acto administrativo el contenido del acuerdo de mediación suscrito por las partes (mediación formal) o bien simplemente asumiendo el acto administrativo lo acordado con el particular en la mediación informal que se haya podido llevar a cabo. La mediación, por tanto, tendría cabida a través del propio acto administrativo emitido por la Administración.

C. Mediación como vía alternativa al recurso administrativo

La mediación puede entenderse como un sustitutivo al recurso administrativo (art. 107 LRJPAC). Aunque se ha hablado mucho sobre la viabilidad de utilizar la mediación para resolver un conflicto que se ha materializado ya en un acto (recordar que el recurso administrativo pretende la anulación o modificación de un acto administrativo), lo cierto es que las exigencias del art. 107, que entre otras cosas imponen una ley específica

que lo recoja, han desanimado su implantación. Hay que decir en este sentido que la reforma prevista en la LJCA insiste en esta misma línea, apostando por la implantación de nuevos recursos administrativos.

La mediación como sustituto de un recurso administrativo es una mediación institucional no convencional, dado que las partes no seleccionan a los mediadores, no establecen los plazos, ni las reglas de procedimiento que consideren apropiadas. Igualmente al tratarse de un equivalente del recurso se requiere la aplicación de los plazos y demás garantías que la Ley 30/1992 otorga a los recursos administrativos, lo que dificulta la flexibilidad innata a esta figura.

En cuanto al objeto, requiere de un acto administrativo previo del que se pretende su anulación o modificación, lo que acota el debate jurídico que se desarrolla en dicha mediación.

2. MEDIACIÓN CONECTADA CON UN PROCESO JUDICIAL

La mediación judicial puede producirse a través de varias figuras, principalmente a través de la conciliación prevista en el art. 77 LJCA, o bien puede encontrarse tras un allanamiento (art. 75 LJCA) o una renuncia a la acción contenciosa.

A. La mediación intrajudicial: el art. 77 LJCA

La jurisdicción contencioso-administrativa no recoge expresamente la mediación intrajudicial¹³ aunque sí la conciliación (art. 77 LJCA). El intento de conciliación se realiza una vez formuladas la demanda y la contestación en los procedimientos en primera o única instancia, y el sometimiento a la misma es obligado si lo solicita el juez o una de las partes, aunque la obligación no se extiende a la obtención de un acuerdo.

La doctrina ha destacado la escasa utilidad de la figura, tanto por los requisitos exigidos para llevarla a cabo (necesidad de autorización por parte de la Administración

¹³ Atendiendo a la definición propuesta desde el CGPJ entendemos por mediación intrajudicial administrativa «aquel medio de solución de litigios alternativo y complementario a la Administración de justicia, en el que dos o más partes legitimadas intentan voluntariamente, en el curso de un proceso contencioso-administrativo, alcanzar por sí mismas un acuerdo, sobre la base de una propuesta elaborada por un tercero mediador». Conclusión Primera del Seminario «La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa», celebrado en el CGPJ el 9 y 10 de mayo de 2013.

con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción), como por las materias susceptibles de esta conciliación (sólo pleitos «relativos a estimación de cantidad»). A ello hay que unir las limitaciones temporales, dado que el intento de conciliación no suspende el proceso contencioso, por lo que resulta poco atractivo para las partes someterse al mismo. La regulación actual del art. 77 LJCA, con importantes condicionantes materiales y formales, no incentiva la adopción de acuerdos entre las partes.

Comenzando por los requisitos subjetivos, la Ley requiere que las partes posean capacidad y facultad de disposición, lo que en el caso de las Administraciones implica la necesidad de obtener una «autorización con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos». En el caso de la Administración General del Estado se requiere de una autorización por Decreto del Consejo de Ministros junto con un Dictamen previo del Consejo de Estado¹⁴. Sin embargo, en muchas ocasiones en la práctica sólo se solicita autorización a la Dirección General intentando de esta forma dinamizar estos acuerdos. Esta interpretación, más flexible con los requisitos subjetivos del art. 77 LJCA se funda en el carácter intrajudicial del acuerdo, por lo que no se entiende necesario aplicar las cautelas previstas en la Ley General Presupuestaria. Dado que el acuerdo se produce bajo la vigilante mirada del juez o magistrado que velará en todo caso por el interés público, es innecesaria una autorización por Decreto.

En cualquier caso, la ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas será de aplicación en aquellos supuestos en los que la transacción no verse ni directa ni indirectamente con los derechos de la Hacienda Pública, bastando entonces con la autorización expresa del Dirección del Servicio Jurídico del Estado (art. 7)¹⁵.

Al margen de los requisitos relativos a las partes, es interesante atender a los elementos objetivos del posible acuerdo, en concreto, a la delimitación de los asuntos que pueden ser objeto del art. 77 LJCA. En relación a este punto, la ley habla de pleitos «relativos a estimación de cantidad», de los que GONZÁLEZ PÉREZ¹⁶ enumera por ejemplo las siguientes controversias:

- Derivadas de la extinción de concesiones
- Cuantificación de deudas de la Seguridad Social

14 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, 2011.

15 SANTAMARIA PASTOR, J.S., *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Comentario, Iustel/Gómez Acebo, Madrid, 2010, pp. 770-771.

16 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 807.

- Perjuicios por rescisión de un convenio entre entidades públicas
- Reconocimiento de la titularidad de viviendas a cambio de la renuncia a los derechos que deriven de la financiación

Más conflictivos son los litigios que versan por ejemplo sobre actos discrecionales. En este punto la doctrina más clásica¹⁷ recuerda que los acuerdos no son posibles sobre materias indisponibles. Sin embargo, los especialistas en materia de mediación¹⁸ no dieran la posibilidad de la misma a controversias en torno a cantidades pecuniarias, sino que la abren prácticamente todos aquellos asuntos en los que la Administración tiene un cierto margen de actuación, ya se trate de actos administrativos reglados (caso por ejemplo de los conceptos jurídicos indeterminados de valor) como discrecionales. Esta posición por el contrario, choca con el tenor literal del propio precepto que habla de «materias susceptibles de transacción».

El asunto en cuestión debe implicar una relación jurídica compleja e incierta, sirviendo la conciliación para eliminar dicha incertidumbre por una relación clara y cierta. Junto al elemento de la indeterminación del resultado del pleito, la Ley exige además para que exista conciliación que el acuerdo conlleve recíprocas concesiones, fundamentalmente para distinguir esta figura del allanamiento o la renuncia que analizaremos a continuación.

Alcanzado el acuerdo y para su válida admisión judicial, la ley recuerda la inadmisibilidad de aquéllos que sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico o que incumplan normas procedimentales (ej. no obtener la autorización). Igualmente se exige que el acuerdo no sea lesivo para el interés público o para terceros. En este punto suele ser habitual recordar que la mediación no puede suponer la adquisición por el ciudadano de derechos a que no podría alcanzar por la vía judicial¹⁹.

Otra cuestión importante es la relativa al momento en que debe realizarse este intento de acuerdo. La LJCA establece que puede producirse desde que se formaliza demanda y contestación hasta antes de que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. En aquellos supuestos en los que el acuerdo se produce antes del proceso estaríamos ante una transacción extrajudicial cuyos efectos procesales dependerían de si se produce antes de incoarse el proceso o antes de haberse formalizado la demanda,

17 SANTAMARIA PASTOR, J.S., *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Comentario, Iustel/Gómez Acebo, Madrid, 2010, p. 772; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 808.

18 CARBALLO, G., «La mediación administrativa. Algunas propuestas...», op. cit., pp. 13 y ss; MASUCCI, A., «El procedimiento de mediación...», op. cit.

19 Conclusión Séptima del Seminario «La mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa», celebrado en el CGPJ el 9 y 10 de mayo de 2013.

en cuyo caso puede oponerse como excepción para impedir el proceso; o si se produce después, con lo que puede solicitarse la extinción del proceso por desaparición del objeto litigioso. El cauce normal será el desistimiento o la renuncia. En cualquier caso, una vez dictada sentencia no es admisible la transacción.

a) La utilización de la figura con el limitado marco jurídico actual

La aprobación del Real Decreto Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 6 de marzo) hizo desaparecer de un plumazo las referencias contenidas en los anteriores documentos preparatorios, a la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa. El mantenimiento de la regulación actual del art. 77 LJCA no ha impedido sin embargo que desde el Consejo General del Poder Judicial se haya recordado a los jueces y magistrados la posibilidad de acudir a la mediación, aunque con importantes diferencias con una mediación en sentido estricto.

En primer lugar, la mediación que actualmente se está desarrollando por los jueces y magistrados de este orden jurisdiccional se realiza por el propio juez. Es decir, no se trata de un tercero imparcial que auxilia a las partes en la resolución de un conflicto del que es ajeno, sino del propio juez que está conociendo del asunto²⁰. Esto supone unas limitaciones significativas. Principalmente, la participación del juez vicia en parte el proceso de mediación dado que si el acuerdo no se alcanza, éste habrá tenido acceso a información que puede que las partes no hubiesen revelado en el marco del proceso. Esto quiebra uno de los principios que informan toda mediación, la confidencialidad.

Algunas de estas objeciones pueden salvarse, y así se ha destacado la doctrina²¹, entre otras medidas asignando el conflicto a un juez o magistrado distinto del que va a resolver. De esta forma se aunarían las ventajas de la intervención de un experto en Derecho Administrativo, y se solventarían los problemas de confidencialidad o de imparcialidad frente a las partes. Otra solución que ha sido apuntada es la utilización de los secretarios judiciales para dicha labor, a semejanza del intento de conciliación laboral establecido en dichos procesos²². La ampliación de las funciones de los secretarios judiciales permitiría sin duda esta actividad.

20 El magistrado CASIANO ROJAS lo describe muy gráficamente en, «La mediación intrajudicial en el proceso contencioso administrativo», en *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2010, pp. 257 y ss.

21 CARBALLO, G., «La mediación administrativa. Algunas propuestas...», op.cit, p. 818.

22 MOYA MEYER, L.H., «Apuntes sobre la mediación...», op. cit., p. 251.

En segundo lugar, el lugar donde se desarrolla la mediación intrajudicial suelen ser las propias dependencias judiciales lo que no es exactamente un lugar neutral para las partes²³.

En cuanto al momento procesal, el art. 77 LJCA prevé que se realice en el momento en que ya se ha formulado la demanda y la contestación. Las referencias de supuestos concretos han indicado que el mejor momento es tras el planteamiento de las partes de las pruebas.

Finalmente hay que destacar que en muchas ocasiones los conflictos versan sobre asuntos donde interviene la Administración local, dado que tanto en la Administración General del Estado, como en gran número de CCAA, la celebración de este tipo de acuerdos requiere de la autorización del Consejo de Ministros en el caso de la Administración General del Estado u órgano equivalente en el ámbito autonómico.

B. La mediación y el allanamiento (art. 75 LJCA)

El allanamiento es, conforme a la LJCA actual, una forma de terminación del proceso contencioso administrativo alternativo a la terminación por sentencia²⁴. Sin embargo, al igual que ocurre en el caso anterior, la regulación actual de la figura no incentiva su utilización, y ello a pesar de la existencia en muchos casos de elementos que adelantan una sentencia condenatoria de la Administración.

La figura del allanamiento nos resulta de interés en este estudio puesto que puede suponer la entrada en el proceso de un acuerdo de mediación alcanzado por las partes. Esto es, la consecuencia del acuerdo puede incluir el allanamiento de la Administración en el proceso judicial. La mediación será en estos casos, extraprocesal, pero tendrá consecuencias directas en el proceso, en concreto, el allanamiento de la Administración (art. 75 LJCA) o desde otra perspectiva, la renuncia de la acción contenciosa por parte del ciudadano (art. 74 LJCA).

Desde este enfoque, la regulación legal del allanamiento tiene incidencia en la mediación, en la medida en que permite materializar los acuerdos a los que lleguen las partes. La redacción actual del art. 75 LJCA no facilita el recurso a la misma por lo que

23 Para ello se propone la utilización de la sala de reuniones frente a la sala de vistas, e incluso la desaparición de símbolos judiciales, POMPEU CASANOVAS/JAME MAGRE/M^a ELENA LAUROBALIBRO *Blanco de la mediación en Cataluña*, ed. Departamento de Justicia/Generalidad de Cataluña, 2011, p. 820 y ROJAS POZO, C., «La mediación intrajudicial...» op. cit., p. 262; MOYA MEYER, «Apuntes sobre la mediación...», op. cit., p. 255.

24 Así lo recuerda el Informe de la Comisión General de Codificación, Sala especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, p. 19.

ha sido objeto de especial atención por el Ministerio de Justicia como una de las posibles soluciones articuladas para descongestionar los procesos contenciosos. En este sentido, el informe de la Comisión General de Codificación de marzo de 2013, propone por ejemplo, la posibilidad de un allanamiento parcial superando las dudas sobre su admisibilidad en el contencioso administrativo.

En concreto, se modifica el art. 75.1 LJCA en los siguientes términos:

«los demandados podrán allanarse total o parcialmente a las pretensiones del demandante, cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior».

Por otra parte la nueva regulación otorgada al art. 75.4 LJCA pretende incentivar económicamente su utilización, mediante la reducción de las costas a la Administración que se allana e equiparando su regulación al desistimiento. En este sentido introduce un apartado 4 en el art. 75 LJCA:

«El allanamiento del demandado no implicará necesariamente la condena en costas, que podrán imponerse o limitarse en su cuantía, atendidas las circunstancias del caso. En todo caso, procederá la devolución de las tasas judiciales que hubiera abonado el demandante».

Como advierte la Comisión General de Codificación²⁵, la posible limitación o exclusión de la costas a la Administración allanada bien puede concretarse, en la práctica, en que la Administración sólo sea condenada cuando la existencia misma del proceso se deba a una falta de diligencia o prudencia ostensible del órgano administrativo (silencio administrativos sin causa aparente, o reiteración de resoluciones ilegales, etc.), pero lleve a la reducción o eliminación de las costas cuando el proceso se ha entablado frente a una actuación administrativa diligente, razonada y sólo valorable como ilegal a partir de una participación procesal del letrado de la Administración. En casos como estos, la nueva redacción del apartado 4 del art. 75 hace posible que el órgano judicial limite o no imponga las costas a la Administración allanada. Como compensación para el demandante que se ha visto obligado a pleitear contra la Administración, se impone la devolución de las tasas abonadas.

Una regulación más flexible del allanamiento, en los términos propuestos por la Comisión de la Codificación, no sólo facilitará la adopción de esta solución para la Administración sino que abre la puerta a los contenidos posibles de una mediación extraprocésal, pero conectado con una controversia que ya ha tenido entrada en sede jurisdiccional. El incentivo de fórmulas alternativas a la sentencia en la terminación de

25 Informe de la Comisión General de Codificación, Sala especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, p. 20.

los procesos judiciales supone sin duda un excelente estímulo para la búsqueda consensuada de los litigios contenciosos.

c. Mediación tras una renuncia a la acción contencioso-administrativa o el desistimiento

La mediación administrativa puede encontrarse igualmente tras el desistimiento o la renuncia por parte del ciudadano a la acción en el orden contencioso administrativo (art. 74 LJCA²⁶). Al igual que el resto de las formas anormales de terminación del proceso contencioso, la regulación actual ha dificultado su utilización, pero es una posibilidad en manos del ciudadano. En aquellos supuestos en los que el ciudadano haya acudido a una mediación al margen del proceso tras la cual acuerda renunciar al proceso, la materialización de ese acuerdo necesitará la formalización de la renuncia ante el juez²⁷.

V. EL ABOGADO ANTE EL PROCESO DE MEDIACIÓN

La atención a las partes en el proceso de mediación queda en la mayoría de las ocasiones reducida al examen de la Administración, marginando la posición del ciudadano en el mismo. Este desplazamiento es sin duda lógico en el caso de la mediación administrativa dado que esta figura implica a un poder público cuya capacidad de actuación está constreñida por el principio de legalidad. Esto justifica que se analice por ejemplo, la necesidad de autorización del representante legal de la Administración, pero deja en cierta medida desatendida la posición de los ciudadanos. Es por ello que en este momento es conveniente detenerse en éste, y en concreto en su asistencia letrada que va a jugar un papel relevante en el proceso. Tal y como luego analizaremos, el letrado no puede suplantar el papel protagonista que ha de corresponder a la Administración y al ciudadano, pero desarrolla una labor muy importante tanto en la preparación previa al proceso de mediación como durante su desarrollo, al equilibrar las posiciones de partida de las partes.

26 La posibilidad de articular la renuncia a la acción en el proceso contencioso es una cuestión controvertida. La LJCA actual no regula la figura aunque sí lo hace la LEC que es en todo caso supletoria de ésta. Sobre este particular se ha manifestado claramente a favor, BREMOND TRIANA, L. M., «La renuncia a la acción en lo contencioso-administrativo», REDA, nº 155, 2012, pp. 124 y ss.

27 BREMOND TRIANA, L. M., «La renuncia a la acción...».op.cit., pp. 124 y ss.

1. LA PREPARACIÓN DE LA MEDIACIÓN POR EL ABOGADO

A. La selección de los asuntos

La mediación no es un instrumento admisible para todos los conflictos que surten con la Administración, ya versen sobre asuntos de Derecho Administrativo y por tanto hablemos de una mediación administrativa, como litigios sujetos al Derecho laboral, civil o mercantil. Las limitaciones ya comentadas en torno al principio de legalidad, la indisponibilidad de las potestades administrativas, etc., requieren que la primera consideración antes de iniciar un proceso de mediación, ya sea éste formal o informal, sea realizar un estudio cuidadoso del asunto por parte del letrado.

a) Mediación administrativa o mediación con la Administración

La primera cuestión a examinar por el abogado es si la controversia gira en torno a materias sujetas al Derecho Administrativo (mediación administrativa) o por el contrario se encuentra actuando de conformidad con el Derecho privado.

En el caso de los asuntos sujetos al Derecho Administrativo la doctrina ha determinado materias en las que es posible dicha mediación. En concreto el profesor CARBALLLO²⁸ enumera entre otras las siguientes:

- La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
- Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de Derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones
- Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la creación de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.
- Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
- La inactividad de la Administración, la vía de hecho y el silencio administrativo
- La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración
- Ejecución de sentencias
- Las demás que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el Juez competente.

Por obvias razones la fórmula más segura para el cliente es atender a aquellas materias donde el legislador ha previsto la terminación convencional del procedimiento

administrativo (caso por ejemplo de la responsabilidad administrativa, o en materia sancionadora, etc.) o estamos ante una mediación intrajudicial propuesta por el juez.

No es tampoco descartable la posibilidad de considerar la mediación en materias en las que existe un margen de apreciación o directamente se reconoce a la Administración discrecionalidad administrativa. En estos últimos casos por el contrario, considero que es más conveniente que se reconduzca la cuestión a una mediación informal, sin la entrada de la cuestión un proceso formalizado de mediación, para evitar que la Administración se sienta forzada a tomar una decisión por un tercero en un ámbito donde el ordenamiento le reconoce una absoluta libertad. En cualquier caso, el letrado debe recordar que es más probable reconducir los conflictos a una mediación de este tipo cuando nos encontramos ante una Administración más cercana al ciudadano, como sin duda es la Administración local.

b) El examen concreto del litigio

La Fundación Valsain, junto con el Instituto Europeo para la mediación y ética pública ha establecido una serie de criterios valorativos para orientar a los jueces sobre qué litigios pueden derivar a la mediación intrajudicial. A pesar de que su campo es limitado, estamos hablando de asuntos claramente administrativos y en el marco de un proceso, los reproduzco por su interés, al constituir una pista importante sobre los litigios más permeables a la mediación administrativa.

- Principio de buen derecho a favor del recurrente. La apariencia de buen derecho debe ser clara y manifiesta, sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.
- Asuntos que ya han sido tratados en otros procesos sustanciados e el órgano judicial o Tribunal y que han dado lugar a la estimación o desestimación del recurso
- Asuntos en los que pueda apreciarse dificultad de grado-por falta de aclaración del «petitum», de la demanda- para conocer las pretensiones que se diriman en el proceso por existir cuestiones judiciales, colaterales o incidentales al proceso.
- Asuntos cuya discrecionalidad en la decisión administrativa permite a través de la mediación realizar una valoración más adecuada del acto administrativo que se impugna en la medida en que se pueda buscar otra alternativa de las legalmente posibles.
- Asuntos en los que el Abogado del Estado, letrado o representante rechaza la pretensión del demandante con una «oposición formal».
- Asuntos que, por su propia naturaleza, son resueltos habitualmente por allanamiento, renuncia o desistimiento
- Asuntos que, en ejecución de sentencia, deben someterse a una valoración de las partes por tratarse de la determinación de cuantía económica o de la fijación de unidad métricas de longitud, volumen o de superficie.

28 CARBALLLO, G., «La mediación administrativa. Algunas propuestas...», op. cit., pp. 19-20.

- Asuntos en los que, como consecuencia del «petitium», se prejuzgue que una estimación de la sentencia no satisface el derecho del ciudadano al no resultar posible su eventual ejecución.
- Asuntos en los que, como consecuencia del silencio administrativo, puede persuadirse a la Administración del deber de dictar una resolución definitiva o de pronunciarse sobre una controvertida vía de hecho.

En los supuestos de mediación donde una de las partes es la Administración, pero no estamos ante materias sujetas al Derecho Administrativo, en principio la posibilidad de acudir a este instrumento alternativo es más sencilla, aunque indudablemente la naturaleza pública del sujeto que se somete a este proceso pueda suponer igualmente ciertas limitaciones.

B. Examen previo de la voluntad de las partes

Antes de proponer una mediación es preciso que el letrado evalúe la voluntad de la Administración de someterse a un procedimiento de estas características. Aún a pesar de que la mediación es posible en esta área del Derecho, son muchas las reticencias a su utilización e indudablemente la primera labor del letrado será realizar aproximaciones previas para determinar si la Administración está abierta a esta alternativa.

En caso de que la respuesta sea afirmativa, corresponde al abogado ilustrar a su cliente sobre las ventajas que presenta la mediación en orden a satisfacer sus intereses. Esta fase previa es fundamental dado el carácter voluntario que preside toda mediación.²⁹

C. La elección adecuada del espacio para desarrollar la mediación

Uno de los elementos claves para desarrollar la mediación es la elección de un espacio neutral para las partes, que invite al diálogo. Es por ello que no se considera recomendable en el caso de la mediación con la Administración el desarrollo de la misma en las instancias administrativas, dado que coloca a la Administración en una situación de cierta superioridad («juega en casa») y dificulta el equilibrio de las posiciones de las partes que es imprescindible en toda mediación.

En el caso de la mediación formal, ésta será una circunstancia sin duda analizada por el mediador, pero sobre el que en todo caso debe estar bien precavido el letrado.

29 En el caso de la mediación intrajudicial en el marco del art. 77 LCJCA la doctrina recuerda que esta información la facilita en la actualidad el propio juez en una sesión informativa, donde destaca los beneficios que aporta a las partes acudir a este instrumento, p.

2. EL ABOGADO Y EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

En ocasiones la interacción de los letrados dificulta que las partes logren los acuerdos interponiendo entre ellos una barrera muy difícil de derribar. El uso de un lenguaje complejo, la entrada del conflicto en el entramado judicial hace que las partes pierdan el control sobre la resolución del mismo. La mediación pretende recuperar el protagonismo de las partes en este conflicto, sin desplazar la importante labor que el abogado puede desarrollar en este punto. ¿En qué puede consistir su intervención? En el caso de la mediación administrativa, su presencia puede tener un efecto beneficioso en el ciudadano al restablecer en parte el equilibrio de las partes. El ciudadano suele sentirse intimidado en sus relaciones con la Administración, esto es, por un sujeto de Derecho nutrido por profesionales expertos en los asuntos a tratar. Desde esta perspectiva el asesoramiento del abogado puede ser aconsejable siempre que no interfiera en ese protagonismo que ha de corresponder a las partes. Ha de aconsejar cuando se le requiere, pero sobre todo su labor se desarrolla antes de que comience el proceso de mediación, seleccionando los asuntos que pueden ser remitidos al mismo.

3. LA FIRMA DEL ACUERDO

Una vez concluida la mediación, el abogado debe asegurar que el mismo contiene los exactos acuerdos a los que se alcanzaron. En el caso de la mediación formal, será el mediador el que redacte dicho acuerdo que será firmado por las partes consistiendo la labor del letrado en la comprobación entre lo acordado y el contenido del acuerdo.

Por el contrario, en aquellos casos, que serán muy habituales en los asuntos administrativos, donde la mediación sea informal, la labor del abogado es si cabe más necesaria verificando cada uno de los extremos discutidos.

IV. CONCLUSIONES

La posibilidad de mediar con la Administración, ya sea en conflictos de naturaleza administrativa como civiles o mercantiles es desconocida por gran parte de los abogados de nuestro país. Las reticencias que tanto la Administración, como una parte de la doctrina, han manifestado ante estas nuevas vías de resolver conflictos han producido la marginación de este instrumento en los litigios en los que se halle presente una Administración Pública. Sin embargo, desde el Consejo de Europa, en el ámbito internacional y desde el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito nacional, se está desarrollando iniciativas para difundir la cultura de la mediación entre los poderes públicos

tratando de superar las naturales reticencias de los mismos. Las experiencias que se han venido desarrollando en España tanto en sede administrativa como judicial, demuestran que la mediación es posible en conflictos en los que se encuentre presente una Administración, sin que la alegación no argumentada al principio de legalidad pueda valer como obstáculo insalvable para la implementación de esta figura.

No pretendo con ello afirmar que la mediación sea admisible ni siquiera recomendable en ciertos asuntos, pero sí que es una alternativa, nada desdeñable en conflictos enquistados o eventualmente muy costosos en tiempo y dinero para la Administración y el ciudadano.

En la mediación con la Administración es necesario por ello, destacar el relevante papel que ha desarrollado el abogado realizando un estudio previo del asunto, tanteando a las partes, en especial a la Administración y orientando a su cliente en un ambiente que facilite este tipo de actuaciones. El letrado por tanto, realiza en estos procesos un papel más bien de facilitador de la propia mediación³⁰, más que de asesor legal, dado que en el desarrollo de la mediación los protagonistas deben ser las partes, no sus representantes. Queda sin resolver sin embargo una cuestión también importante para el impulso de la mediación por parte de los letrados: los incentivos económicos. Esto es, la indiferencia que en materia de honorarios debe producirse por la satisfacción de las pretensiones de su cliente en vía judicial o a través de una mediación.

JAVIER JUNCEDA MORENO*

Sobre el arbitraje ambiental: una nota

FECHA DE RECEPCIÓN: 02 de septiembre de 2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 16 de octubre de 2014

RESUMEN

En el artículo se abordan los contornos legales actuales del arbitraje ambiental, en particular desde la óptica del derecho público y con somero examen de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, medio ambiente, administraciones públicas, derecho ambiental, bienes naturales.

ABSTRACT

This article traces the legal outlines of environmental arbitration, particularly from the standpoint of public law, and provides a brief examination of relevant comparative law.

* Director del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Abogado. Arbitro de la Corte de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Corte Europea de Arbitraje y del Tribunal Arbitral de Barcelona. Doctor Honoris Causa en Derecho por cuatro universidades iberoamericanas y profesor honorario por otras cinco.

30 CASIANO ROJAS, recuerda la necesidad que desde los Colegios de Abogados se forme a los letrados en estos asuntos y que se les destaque el éxito que igualmente supone la conclusión de un conflicto por mediación, «La mediación intrajudicial...», op. cit., p. 262.