

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA: UNA REALIDAD JURÍDICA

Beatriz Belando Garín

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Valencia-Estudi General



Resumen

La mediación es un cauce de resolución de conflictos que comienza a abrirse camino en el Derecho Administrativo. Este tipo de instrumentos no sólo responde a la necesidad de reducir el número de asuntos contenciosos, sino igualmente a la búsqueda de una vía complementaria de solucionar conflictos jurídicos de forma satisfactoria. La ponencia pretende poner de manifiesto la existencia de ámbitos donde la mediación ya es una realidad, no sólo en el marco de procedimientos administrativos sino incluso en el seno de procesos judiciales en curso.

1. INTRODUCCIÓN

La insatisfacción de los ciudadanos con la jurisdicción contenciosa como instrumento de reparación de los daños ocasionados por actos y actuaciones contrarios a Derecho de las Administraciones Públicas, ha llevado a que se exploren otros cauces alternativos al proceso judicial. No se pretende sustituir el control judicial que exige el artículo 106 CE sino complementarlo.

Las posibilidades de vías alternativas, ya sean la mediación, la conciliación o el arbitraje o los propios recursos administrativos han sido avaladas por el Tribunal Constitucional que no aprecia obstáculo a su implantación en la medida en que no

impidan el control judicial (caso de los recursos administrativos o las vías previas, STC 60/1989, de 16 de marzo) al tener una naturaleza voluntaria (caso del arbitraje, STC 174/1993), lo que sin embargo no ha servido para impulsar de forma decidida ni el arbitraje ni la mediación. La ausencia de normas específicas sobre estas figuras en el ámbito administrativo no puede hacernos olvidar su importancia actual. Mi interés se centra especialmente en destacar las posibilidades de la mediación administrativa en determinados contextos, donde la resolución del conflicto no se produce por la tan esperada sentencia judicial al seguir el conflicto latente (caso del acoso laboral, o escolar).

2. 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 una forma de reducir la litigiosidad¹. La mediación 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 su resolución definitiva. 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 específicos donde la convivencia es permanente y estrecha, caso de la mediación en centros escolares y penitenciarios.

La mediación en el Derecho Administrativo tiene además una dimensión más amplia, al ser una nueva forma de entender las relaciones entre Administración-ciudadano basadas en el respeto a las posiciones de estos últimos. 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 Europea² (art.41).

¹ 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.

² Igualmente el principio de buena Administración implica una práctica administrativa basada en paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia que configuran el deber

3. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN NUESTRO DERECHO

3.1 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).

Esta posición es compartida en el ámbito nacional por el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Europeo para la mediación y ética pública (IEMEP) a través de la Fundación Valsain. En definitiva, tanto a escala internacional como nacional se redoblan los esfuerzos por difundir la cultura de la mediación en las relaciones

de buena administración. 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, descubra y acuerda propuestas legítimas y estratégicas, hasta alcanzar un equilibrio ponderado entre el principio de legalidad administrativa y el de buena administración”, vid. “Protocolo para la implementación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, CGPJ/Fundación Valsain, 2011, p. 6.

Administración- ciudadano, sin que hasta el momento hayan recibido el impulso definitivo de una ley reguladora propia³.

3.2. 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 ámbitos tan dispares como la función pública (art. 45 EBEP) o el régimen disciplinario. En este último ámbito ha demostrado ser una herramienta importante para solventar los conflictos. Nos referimos en concreto a la mediación prevista en los conflictos producidos en el marco de los centros escolares o en las instalaciones penitenciarias.

En el primer supuesto, el entorno escolar es un espacio propicio para la utilización de la mediación como alternativa al régimen disciplinario, y así parece haberlo entendido el legislador tanto estatal⁴ como autonómico⁵ al impulsar su desarrollo en los centros escolares. En el ámbito estatal, dos normas conectan mediación y educación, en primer lugar, la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y de la cultura de la paz y por otro, la Ley 2/2006, de 3 de mayo, orgánica de educación. En el caso de la Ley 27/2005, recoge una serie de medidas para extender la cultura de la no violencia en las escuelas y en concreto establece en el art. 2.7 la obligación de formar a hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación. En el caso de la LOE, la mediación sólo aparece mencionada expresamente al establecer las competencias de los Directores de los centros (art. 132.f). Esta omisión no ha impedido el impulso de la mediación escolar en la normativa autonómica, especialmente a través de decretos u órdenes, y cuyas previsiones son

³ 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.

⁴ Su impulso ha venido precedido de un debate global sobre el papel de la educación en la extensión de la cultura de la paz y no violencia. En esta línea se ha expresado la ONU que en Resolución 53/25 de noviembre de 1998, ha declarado Década internacional para la cultura de la paz (200-2010), estos últimos años.

⁵ Por ejemplo, en el caso de Andalucía se han promovido Redes de mediación entre centros docentes para favorecer la solución pacífica de los conflictos que se pueden producir, así como para intercambiar información y ayuda mutua, vid. Art. 142.3 de Ley 17/2007, de 10 de diciembre y art. 7 del Decreto 56/2012, de 6 de marzo.

completadas por los reglamentos de régimen interior (RRI) que han de poseer los centros educativos⁶.

En este contexto, la mediación puede aparecer recogida en dos supuestos diferenciados⁷: en caso de conflictos de interrelación entre miembros de la comunidad educativa que no estén basados en conductas contrarias a la convivencia o gravemente perjudiciales para la convivencia; esto es, conflictos producidos al margen del régimen disciplinario; y en caso de conductas contrarias a la convivencia o gravemente perjudiciales⁸.

En el supuesto de los centros penitenciarios la mediación es si cabe más interesante. No sólo permite terminar con conflictos que probablemente concluirían de forma violenta, sino que sirven decididamente a la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (art. 25 CE). Esta función de la mediación no ha pasado desapercibida para las propias instituciones penitenciarias algunas de las cuales han realizado programas de mediación⁹, con un éxito bastante elevado. La práctica en estos casos se encuentra avalada por unos preceptos legales y reglamentarios vagos y ciertamente imprecisos, pero que han servido para dar cobertura a estos programas.

La mediación ha tenido entrada a través de dos vías. En primer lugar, en el caso de sanciones de aislamiento, el art. 255 del reglamento penitenciario permite suspender la medida “cuando las circunstancias lo aconsejen”. En segundo lugar y al margen del aislamiento, la mediación puede ser la causa por la que la Junta de Tratamiento decida reducir la sanción en aras de la reinserción o reeducación” (art. 42.6 LGP).

⁶ En todos ellos, las faltas disciplinarias suelen calificarse como conductas perturbadoras de la convivencia o gravemente perjudiciales para la convivencia, a las que se anudan sanciones que en ocasiones incluyen medidas correctoras. Hay que recordar además que los desarrollos autonómicos son en muchas ocasiones normas reglamentarias sin más apoyo legal que la LOE, vid. Decreto 51/2007, de 17 de mayo, donde se regula extensivamente la mediación lo hace sin el apoyo de una ley específica propia.

⁷ VIANA ORTA, M.I., *La Mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas*, Tesis doctoral (inédita), p. 101.

⁸ Estas son las dos modalidades de infracciones disciplinarias recogidas en los RRIs. En alguna normativa sin embargo (Vid. art 37 Decreto 51/2007, de 17 de mayo de Castilla y León), sólo se tipifican como “faltas”, las conductas “gravemente perjudiciales para la convivencia”, por lo que las conductas menos graves se solventan con otros mecanismos ajenos al Derecho disciplinario: medidas correctoras, acuerdos educativos o mediación. Aquí la mediación es un mecanismo ajeno al procedimiento disciplinario, sin conexión con aquél.

⁹ Ejemplo: Centro penitenciario de Valdemoro, Madrid III, “Mediación penitenciaria. Memoria 2007-2008”, Asociación de mediación para la pacificación de conflictos, Madrid III, Valdemoro, Junio de 2008.

En definitiva, 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 preventiva¹⁰). La mediación no se presenta aquí como una alternativa a la justicia administrativa sino como otra forma de resolver los conflictos. Se configura como un instrumento que permite la resolución definitiva de situaciones de difícil salida en las que se encuentran presentes intereses individuales y colectivos poniendo el acento en la persecución de intereses públicos, tales como la educación¹¹ o la resocialización, desplazados en ocasiones por el fin represivo que contiene la sanción disciplinaria.

3.3.La mediación judicial

La mediación se encuentra igualmente presente en la actualidad en el marco de procesos judiciales ya en curso. A pesar de las limitaciones de la regulación procesal actual que dificulta su implantación, los jueces y magistrados comienzan a hacer uso de la misma¹². En el supuesto de la mediación conectada con el proceso, cabe incluir tanto la mediación intrajudicial amparada por el art. 77 LJCA, como las mediaciones producidas al margen del proceso (extraprocesales) que se traducen en la extinción de éste (allanamiento, art. 75 LJCA o el desistimiento o la renuncia a la acción contencioso-administrativa, art. 74 LJCA). Nos centraremos sin embargo exclusivamente en la mediación intrajudicial (art. 77 LJCA).

Para el CGPJ¹³ la mediación intrajudicial administrativa es aquel medio de solución

¹⁰CARBALLO MARTÍNEZ, GERARDO, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 63.

¹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., “La convivencia escolar y su reflejo en el Derecho. Propuestas jurídicas para mejorar el clima en las aulas y la calidad de la enseñanza”, REALA, nº1, enero-junio, 2014, “*En el ámbito educativo no cabe duda de que permite el diálogo con el infractor de las normas y, en su caso, las personas afectadas. De este modo, aquél podrá darse cuenta más fácilmente de los resultados de su acción y su responsabilidad, lo que favorece su desarrollo personal, la interiorización de su conducta y la medida educativa o correctora resultante*”.

¹² Los resultados altamente positivos del proyecto piloto de mediación intrajudicial en sede contenciosa realizado en Canarias, serán presentados el próximo 21 de Enero, en la sede del Colegio de Abogados de Madrid.

¹³ Conclusión Primera del Seminario “La mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, celebrado en el CGPJ el 9 y 10 de mayo de 2013.

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. Partiendo de esta definición general veamos algunas cuestiones relacionadas con su implementación práctica.

La regulación actual del art. 77 LJCA, establece importantes condicionantes materiales y formales lo que 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, siendo pues, innecesaria una autorización por Decreto¹⁵.

Problemática también es la cuestión de 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”, aunque en la práctica la mediación se extiende a otras cuestiones¹⁶. En este punto la doctrina más clásica¹⁷ recuerda que los acuerdos no son

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

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

¹⁶ El magistrado ROJAS POZO, C. (“Medias compositivas y alternativas en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Colección Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, nº 12, 2013, p. 34) da noticia por ejemplo de procesos donde la mediación giraba en torno a la existencia o no de responsabilidad, y no

posibles sobre materias indisponibles. Los especialistas en materia de mediación¹⁸ no cierran la posibilidad de la misma a controversias en torno a cantidades pecuniarias, sino que la abren prácticamente a todos aquellos asuntos en los que la Administración tiene un cierto margen de actuación, ya se trate de actos administrativos reglados como discrecionales.

A pesar de todas estas dificultades lo cierto es que la mediación empieza a abrirse camino en el orden contencioso administrativo aunque con importantes diferencias respecto a 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 el juez que está conociendo del asunto¹⁹. 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 y puede hacer perder interés en su utilización.

Algunas de estas objeciones pueden salvarse, y así se ha destacado la doctrina²⁰, entre otras medidas asignando el conflicto a un juez o magistrado distinto del que va a resolver. De esta forma se aunaría 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 procesos²¹. La ampliación de las funciones de los

sobre la cantidad de la indemnización (auto de homologación del juzgado nº 1 de Badajoz, procedimiento nº 183/2010).

¹⁷ SANTAMARIA PASTOR, J.S., *La Ley Reguladora de la...*, op. cit., p. 772; GONZALEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 808.

¹⁸ CARBALLO, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas...”, op. cit., pp 13 y ss.

¹⁹ El magistrado Casiano ROJAS POZO, 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.

²⁰ CARBALLO, G., “La mediación administrativa. Algunas propuestas...”, op.cit, p. 818.

²¹ MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 251.

secretarios judiciales permitiría sin duda esta actividad.

En segundo lugar, el espacio donde se desarrolla la mediación intrajudicial suelen ser las propias dependencias judiciales lo que no es exactamente un lugar neutral para las partes²² tal y como exige todo proceso de mediación, al ser la ubicación donde se desarrollará el pleito en caso de no resolverlo las partes.

Finalmente, en cuanto al momento procesal, aunque el art. 77 LJCA prevé que la mediación se realice en el momento en que ya se haya formulado la demanda y la contestación, la práctica ha indicado que el mejor momento sería después del planteamiento de las pruebas por las partes.

En definitiva, a pesar del escaso margen que la redacción actual del art. 77 LJCA otorga a los jueces y magistrados para plantear a las partes la mediación en el marco de un proceso en marcha, lo cierto es que éstos han apostado decididamente por su implantación en el orden contencioso.

CONCLUSIONES

La incorporación de la mediación al Derecho Administrativo posee un doble objetivo: incorporar una nueva forma de solucionar los conflictos jurídicos y erigirse como una vía complementaria a la justicia administrativa. En el caso de conflictos jurídicos en los que se hallan presentes intereses de terceros, caso por ejemplo de los procedimientos disciplinarios en el ámbito escolar o penitenciario, la mediación permite no sólo concluir el conflicto actual sino poner las bases de una convivencia pacífica. En ciertos contextos, el Derecho no soluciona sino que agrava los litigios. La mediación se convierta así en una herramienta eficaz para solventarlos, a la vez para que permite la realización de otros intereses públicos, como la asunción de responsabilidad del agresor, la educación o la resocialización.

Igualmente la mediación se está abriendo paso en el ámbito judicial a pesar de las limitaciones significativas de la regulación actual. La mediación intrajudicial de la

²² 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 LAUROBA *Libro 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.

que dan noticia los propios jueces y magistrados es una mediación sui generis en tanto que el mediador suele ser el propio juez. Una regulación más acorde con el contexto judicial en el que se desarrolla esta herramienta (en el marco de un proceso y con la homologación final de un juez o magistrado) permitiría sin duda una aplicación más extensa.

BIBLIOGRAFÍA

BELANDO GARÍN, BEATRIZ, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, *RAP*, nº 189, 2012, pp. 425-466.

CARBALLO, G.,

- *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi. 2008;
- “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.

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

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A., “La convivencia escolar y su reflejo en el Derecho. Propuestas jurídicas para mejorar el clima en las aulas y la calidad de la enseñanza”, *REALA*, nº1, enero-junio, 2014.

MOYA MEYER, L.H., “Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo”, en *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2010, pp. 247-256.

POMPEU CASANOVAS/JAME MAGRE/M^a ELENA LAUROBA, *Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, ed. Departamento de Justicia/Generalidad de Cataluña, 2011.

ROJAS POZO, C., “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.

- “Medias compositivas y alternativas en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Colección Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, nº 12, 2013.

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

VIANA ORTA, M.I., *La Mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas*, Tesis doctoral (inédita).