

Jaime Rodríguez-Arana*

La mediación en el derecho administrativo

Resumen

Examina la mediación como técnica de resolución de conflictos, la que se abre paso en el ámbito del derecho administrativo en pos del interés general. Advierte acerca de los mecanismos que hoy comienzan a admitir esquemas de colaboración entre lo público y lo privado para ayudar a resolver problemas derivados de las relaciones jurídicas entre el administrador y los ciudadanos.

Palabras clave

Mediación institucional, jurisdicción contencioso-administrativa, defensor del pueblo.

Abstract

This paper examines the institution of mediation, a mechanism of dispute resolution that is making its way in the field of administrative law. It warns about some of the mechanisms that today are beginning to admit schemes of cooperation between the public and private sectors, in order to help to resolve problems stemming from legal relations between citizens and the administrator.

Keywords

Institutional mediation, contentious-administrative jurisdiction, the people's advocate.

* *Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña.*

I. Introducción.

La mediación es una técnica de resolución o prevención de conflictos que lógicamente ha ido evolucionando con el paso del tiempo y en función de la intensidad y las necesidades de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, provocando razonables escenarios de equilibrio en sus relaciones con el poder público. En el ámbito civil, la mediación juega sin especiales dificultades en la medida en que se discurre en el ámbito del primado de la autonomía de la voluntad y, por ello, el contrato a que da lugar no ofrece excesivos problemas. En cambio, en el mundo del Derecho Administrativo nos topamos con la no pequeña cuestión del interés general, que es el concepto central que explica el régimen jurídico de la propia Administración pública, también en lo que se refiere a sus relaciones con los mismos ciudadanos.

Ciertamente, la perspectiva francesa del Derecho Administrativo presenta unos contornos de verticalidad y de centralidad del poder y de la autoridad que hoy casan mal con un Estado que se define en la gran mayoría de sus Constituciones como social y democrático de Derecho. Es decir, ahora el Estado ha de asumir como parámetro esencial de su actuación la creación, como dispone por ejemplo el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, de las condiciones necesarias para que cada ciudadano pueda desarrollarse en libertad y en igualdad, así como la evitación de obstáculos o dificultades a tal finalidad. La dimensión democrática del modelo de Estado supone que la participación no sea simplemente una mera aspiración o deseo general de la ciudadanía, sino una obligación que los poderes públicos, como también dice el artículo 9.2 de la Constitución, han de promover permanentemente.

Por otra parte, hay que tener presente que la matriz político-cultural del Estado de Derecho trae consigo la centralidad de los derechos fundamentales de la persona que ahora ya no son meras barreras para la acción de los poderes públicos por constituir espacios inmunes a la intervención pública. Más bien, ahora, en el nuevo modelo de Estado, los derechos fundamentales son también, como bien sabemos, directrices que han de orientar la acción de los poderes públicos, al igual que los denominados principios rectores de la política social. En este marco, pues, el papel y funcionalidad de la Administración pública, poco a poco, ha tenido que adaptarse a nuevas exigencias y requerimientos que se derivan de la principal función constitucional de las estructuras administrativas: servir con objetividad al interés general, tal y como dispone solemnemente el artículo 103 de la Constitución.

En efecto, la nota del servicio permite comprender el alcance de las potestades y poderes de los que dispone la Administración pública. Su significado es bien claro: la Administración está a disposición de los intereses generales, ha de promover las condiciones para la efectividad de la libertad e igualdad de los ciudadanos y ha de facilitar la participación de todos en la vida social, política, económica y cultural. Si esto es así, como parece, entonces se comprenderá sin especiales problemas que los conflictos o tensiones que pueden producirse en relación con el interés general puedan también resolverse con una adecuada y equilibrada participación de los ciudadanos, sea en sede

de mecanismos alternativos a los recursos administrativos de alzada o reposición, sea en virtud de técnicas que puedan alumbrarse para encontrar soluciones a dichos conflictos o tensiones que puedan producirse.

II. Mediación e Interés General

El artículo 103 de la Constitución, por su parte, dispone que el servicio que ha de prestar la Administración debe ser objetivo. Efectivamente, una vez que la subjetividad se ha desterrado del quehacer de las Administraciones como *ressuicio* del antiguo régimen, procede actuar racionalmente, objetivamente, en virtud de argumentaciones, de acuerdo con los más elementales patrones de la lógica. Si esto es así, entonces tampoco debería ofrecer demasiadas resistencias la admisión de la idea de que la Administración, a la hora de servir el interés general, cuente con la opinión de los ciudadanos afectados o interesados. Es decir, el interés general deja de ser un concepto sagrado, místico, del que sólo puede tratar u operar el personal habilitado por un especial nombramiento publicado en el periódico oficial. La perspectiva iluminista de un interés general que interpreta o aplica exclusivamente el personal al servicio de las Administraciones públicas ha dejado de ser una realidad. Ahora, los postulados del Estado social y democrático de Derecho, si proyectan su luz sobre la realidad de las Administraciones públicas, han de permitir que, como ha sentenciado el Tribunal Constitucional del Reino de España el 7 de febrero de 1984, ese interés general, que es el interés de todos y cada uno de los españoles, se defina, no ya unilateralmente por los poderes públicos, sino a través de un quehacer integral y armónico entre las Administraciones públicas y los agentes sociales.

La centralidad del ser humano y de su dignidad, corolario del Estado de Derecho, va a exigir también que las personas dispongan de mayores espacios de participación para que la definición del interés general se pueda realizar tal y como parece querer el modelo del Estado social y democrático de Derecho, en contextos de integración y complementariedad. Cómo haya de hacerse esto en cada caso es algo que ha de resolverse en el marco de la ejecución e implementación de las diferentes políticas públicas. La cuestión es tener claro que el interés general ya no es un concepto estático o cerrado, sino que ha de abrirse permanentemente a la participación social para que pueda tener el grado y la intensidad que reclama su propia redacción.

Esta cuestión es medular para comprender el alcance de la mediación en el ámbito de un Derecho Administrativo que se concibe no ya como un Derecho de la Administración pública en general, sino como el Derecho, al decir del profesor González Navarro, del poder público para la libertad solidaria de las personas. Desde este punto de vista, aplicando los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre el concepto del interés general, clave de bóveda y piedra angular de la esencia misma del Derecho Administrativo, resulta que es menester proceder a un proceso, todavía inacabado, de acercamiento a la ciudadanía porque la ciudadanía, el pueblo

en su conjunto, es el dueño del interés general, es el propietario de las instituciones públicas, de los procedimientos, hasta de las potestades públicas. Por eso, en el Estado social y democrático de Derecho el interés general deja de ser algo inmarcesible para el común de los mortales para constituir una realidad que debe ser definida y evaluada de acuerdo con la comunidad, con la población, con los habitantes.

Hasta ahora se ha entendido que el interés general es algo que debe ser manejado, única y exclusivamente, por funcionarios públicos, por sujetos constituidos en autoridad en virtud de algún título oficial. Es decir, el interés general sólo podía circular por los ámbitos del poder, de la estructura administrativa. La sola aproximación de la ciudadanía al ámbito de lo público se consideraba un sacrilegio burocrático. Ahora, al contrario, lo que ya no tiene justificación alguna es el secuestro del interés general por quienes pretenden erigirse en sus únicos, y definitivos, gestores o administradores.

En este marco de cambios y transformaciones profundas que afecta también a los propios fundamentos del Derecho Administrativo, nos encontramos con instituciones y técnicas que, sin partir exclusivamente de la dimensión administrativa, son convocadas a jugar un papel relevante en la resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos.

El tradicional desequilibrio que ha caracterizado la posición jurídica de la Administración en relación con el ciudadano se está replanteando desde la perspectiva del servicio objetivo al interés general como tarea fundamental de la Administración pública. Esta aproximación ayuda a comprender que a partir de ahora el ejercicio de potestades extraordinarias, exorbitantes, por parte de la Administración pública ha de ser previamente motivado y argumentado en lo concreto en razones de interés general.

En este contexto de elevación de la condición jurídica del ciudadano y abajamiento del estatuto jurídico de la Administración pública, llamada por la Constitución a servir objetivamente el interés general, una institución como la mediación puede tener algún sentido en la medida en que determinados asuntos públicos, conectados a los intereses generales, pueden resolverse fuera de los estrechos márgenes del mundo de los recursos, a partir de una argumentación razonable que, en supuestos de discrecionalidad, permita resolver determinados conflictos, a veces enquistados por misteriosas y, en todo caso, endogámicas causas.

Es verdad que nunca el ciudadano podrá disponer del mismo régimen que la Administración pública porque ésta está convocada a la administración y gestión de la dimensión general con arreglo a parámetros de justicia. Nunca podrá ser absolutamente igual a la Administración, ni en el procedimiento ni en la posición procesal en los pleitos. Pero que esto sea así no quiere decir, ni mucho menos, que la Administración pública esté siempre erguida desde la prerrogativa o el privilegio mirando por encima del hombro al "pobre súbdito". Más bien, ahora ocurre lo contrario, la Administración está obligada a buscar las mejores condiciones para que todos y cada uno de los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones sus derechos fundamentales. Desde esta perspectiva,

pues, una institución como la mediación está llamada a tener, con el paso del tiempo, una obvia funcionalidad.

En este punto es menester recordar que en estos temas peliagudos, en estos asuntos que afectan al nervio, al alma del Derecho Administrativo, la cultura proveniente de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho demanda una nueva versión y entendimiento del interés general en los términos planteados, así como una concepción más humana, más participativa, del interés general. Concepto que sin ser susceptible de manoseo ni por unos ni por otros, ha de abrirse a la vitalidad de la realidad. Por eso hace falta buscar nuevas formas de entender el sentido y la funcionalidad de las instituciones y categorías del Derecho Administrativo, hasta no hace mucho todavía explicadas desde una posición de verticalidad o desde una perspectiva de la potestad o del poder que hoy, en los inicios del siglo XXI, no tiene razón de ser.

Como es sabido, la institución de la mediación nace entre iguales, en un esquema horizontal. Sin embargo, como tantas instituciones que han visto la luz del sol en el ámbito del Derecho Civil, cuando aparece el interés general y nos encontramos en presencia de la Administración, hace falta adecuar las instituciones y las categorías, que son generales, a este nuevo escenario. En otras palabras, ¿es posible que la mediación conviva en un mundo de jerarquía, en un mundo tan vertical como el de la Administración pública? Probablemente sí. El solo hecho de la existencia de la mediación administrativa en la misma realidad así parece sugerirlo. Eso sí, adaptándose a la función de servicio objetivo al interés general que debe caracterizar el quehacer de las Administraciones públicas. Quehacer que está vinculado, como dispone el artículo 9.2 de la Constitución, por la promoción de la participación.

Participación que resulta ser el presupuesto habilitante de la mediación administrativa, dado que se trata, como señala Carballo Martínez (2008, 51), de un derecho fundamental que como señala el artículo 23.1 de la Constitución, faculta a los ciudadanos directamente o por medio de representantes para intervenir en los asuntos públicos y, por lo tanto, para participar activa y directamente en la resolución de sus conflictos con el poder público a través de un diálogo transformador.

Tampoco podemos olvidar que en el artículo 105 de la Constitución se apodera al legislador para que regule las distintas formas de audiencia de los interesados en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas y los actos administrativos.

En los artículos 103 y 105 de la Carta Magna, como señala Carballo Martínez (2008, 51), están los apoderamientos que permiten dotar de carta de naturaleza a la mediación administrativa en la medida en que la mediación se muestra como un vehículo eficaz corrector y cooperador de una actividad administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales. Este camino ha sido abierto, en el régimen jurídico-administrativo español, al haberse regulado la mediación y otras formas de resolución o de prevención de conflictos tanto en un marco convencional como el que prevé el artículo 88 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del pro-

cedimiento administrativo común de 1992 como en el aspecto litigioso en el artículo 107.2 de la misma ley en vía administrativa, y en el artículo 77 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa por lo que se refiere a la vía judicial.

Como es sabido, el principio de autonomía de la voluntad opera en el Derecho Administrativo por la vía del artículo 88 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992, por lo que la mediación administrativa despliega su virtualidad operativa como mecanismo de resolución o prevención de conflictos en materia convencional, que es el ámbito propio de la terminación pactada del procedimiento administrativo, y por ello el contexto en el que puede operar esta institución en el Derecho Administrativo.

Si nos situamos en un plano procesal, el artículo 106 de la Constitución establece que son los jueces y tribunales quienes controlan la legalidad de la actuación administrativa, la potestad reglamentaria así como los fines que justifican el quehacer de las Administraciones públicas. Este precepto, en el que determinadas orientaciones doctrinales encuentran un valladar inexpugnable para la existencia y operatividad de “equivalentes judiciales”, en el que se pretende encontrar un fundamento al monopolio del poder judicial acerca del control jurídico de las actuaciones de las Administraciones públicas, choca, sin embargo, no sólo con la realidad, sino con la inexistencia de precepto constitucional alguno que impida la mediación administrativa. Más bien, tal y como afirma Carballo Martínez (2008, 52), es de destacar que el principio de libertad en el que se inspira la mediación administrativa supera las fundamentaciones en las que opera el poder judicial a través de los artículos 24 y 117 de la Constitución dado que como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional solo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal.

El problema de la mediación en el Derecho Administrativo no es de orden constitucional, sino de naturaleza legal, de cumplimiento, como dice Carballo García (2008, 52), de los presupuestos necesarios para dotar de eficacia a esta institución, de no superar sus límites legales y, sobre todo, de aclarar que en el Derecho procesal litigioso, la mediación no debe comportar una renuncia de la acción ante la jurisdicción porque, a diferencia de lo que acontece en el caso del arbitraje, el sometimiento de las partes al poder del mediador se produce al final del procedimiento, no antes. El arbitraje, bien lo sabemos, está sometido en última instancia al control jurídico de los jueces y Tribunales: por eso se considera equivalente jurisdiccional. En cambio, la mediación no implica equivalencia judicial sino, más bien, complementariedad ya que la tutela judicial efectiva, como principio y como derecho fundamental de la persona, no puede oponerse a la posibilidad de vías complementarias a la solución de conflictos. Igualmente, la existencia de vías complementarias no puede descartar la tutela judicial efectiva que es, como sabemos, principio general y derecho fundamental de la persona.

Es decir, que las partes puedan someterse voluntariamente a mediación administrativa no trae consigo la existencia de áreas inmunes a la revisión judicial ni de espacios exentos del control de legalidad de los jueces y Tribunales. El control judicial es pleno, completo y total de manera que la posibilidad de áreas oscuras u opacas al control judicial es incompatible con un Estado que se define de Derecho.

En el caso de la mediación administrativa es conveniente retener que nos hallamos en el marco de la actividad convencional de la Administración, en un espacio de discrecionalidad. Como afirma Carballo Martínez (2008, 63), el principio de autonomía de la voluntad que preside estos modos convencionales o pactistas de resolución o prevención de conflictos encuentra su razón en el respeto a la ley y al Derecho, de manera que cuando en estos supuestos de mediación se traspasa la frontera de la legalidad y la de los intereses generales siempre es posible, y deseable, un recurso posterior. Porque los ciudadanos disponen del derecho a la tutela judicial efectiva y porque también los jueces y tribunales controlan la legalidad de actuación administrativa. El sometimiento al Derecho de la actividad mediadora tiene especial relación con el sometimiento de la mediación a los principios generales, que son, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, el oxígeno que respira el Ordenamiento y que lo dota de coherencia y vinculación a la justicia y a la equidad.

La mediación es actividad administrativa y, como tal, susceptible de impugnación ante los jueces o Tribunales de acuerdo con el artículo 106 de la Constitución. La cuestión, pues de la existencia de la mediación en el Derecho Administrativo se centra en la tesis de la complementariedad, pues no se trata de sustituir al poder judicial, que siempre tendrá la última palabra como instancia de control jurídico de la actividad administrativa. El propio Tribunal Constitucional, es bien sabido, ha declarado la compatibilidad de tutela judicial efectiva con la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación, reclamación administrativa previa o mediación.

La mediación administrativa, insisto, no cierra definitivamente el conflicto. Es, desde luego, un paso muy importante en orden a la resolución del problema y ordinariamente, si se hace bien, no habrá recurso alguno. Ahora bien, la mediación es una vía de resolución o prevención del conflicto dirigida a dirimir un conflicto entre las partes en materias convencionales. La mediación busca, como el arbitraje o la conciliación, una solución extraprocesal de la controversia. Carballo Martínez (2008, 53) señala en este sentido que buscar la solución extraprocesal del conflicto, de la controversia, resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así, de forma más rápida y acomodada a sus intereses el dilema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo.

III. La Mediación Administrativa

La existencia de un ámbito de actividad convencional, de posibilidades de transacción en el espacio de la discrecionalidad de la Administración, permite que la institución de la mediación juegue un papel cada vez más relevante en el Derecho Administrativo como técnica de solución o prevención de conflictos o como forma de terminación del procedimiento contencioso administrativo.

En el marco de la actuación administrativa es posible articular órganos especialmente dirigidos a resolver conflictos como es, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, figura, donde la haya, especialmente habilitada para asumir un protagonismo estelar en materia de mediación administrativa en la medida que constitucionalmente debe defender los derechos fundamentales de las personas, a cuyo efecto podrá, como dispone el artículo 54 de la Constitución, supervisar la actividad administrativa de la Administración.

En realidad, la mediación ofrece muchas posibilidades en el marco de la actuación convencional de la Administración, especialmente en materia de terminación pactada del procedimiento (artículo 88 LRJAPPAC) si bien en realidad su operatividad se ha centrado en su condición de equivalente jurisdiccional tal y como se nos presenta en el artículo 107.2 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y en el artículo 77 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Aparece, en estos últimos casos, junto a la conciliación y al arbitraje y ofrece un carácter de procedimiento técnicamente transaccional aunque ciertamente persigue componer intereses en conflicto y, por ello, finalizar con éxito la relación jurídica controvertida iniciada por las partes interesadas.

La posibilidad de que el procedimiento administrativo finalice por acuerdo, pacto o convenio y de que el proceso contencioso sea objeto de conciliación está prevista en las normas citadas. En dichas leyes se exige que estos modelos compositivos cumplan los mismos requisitos de validez y eficacia que deben observarse para el convenio de transacción, de manera que esta institución adquiere una especial relevancia al constituir el centro sobre el que giran todos los tipos convencionales de composición exigiéndose para todos ellos, por obvias razones, por la fuerte discrecionalidad que comportan, que antes de llevarse a término se cuente con el informe favorable del máximo órgano consultivo posteriormente ratificado por la correspondiente autorización en la que, a mi juicio, habrá de motivarse conveniente el razonamiento a partir del cual se ha decidido acudir a la mediación administrativa.

En el Derecho Administrativo, la mediación hay que enmarcarla en la cuestión de la resolución o prevención de conflictos en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos y la Administración pública. Hoy por hoy los Tribunales de justicia están colapsados entre otras razones porque no es muy frecuente, está incluso en la cultura general, que los conflictos debe resolverlos el juez. Especialmente en el marco del interés general esto es así ya que no pocas veces los propios ciudadanos piensan que la propia Administración no rectificará o enmendará su punto de vista. Probablemente, la imagen

todavía un tanto “superior” del aparato administrativo en relación con el común de los mortales dificulta el intento de llegar a acuerdos o pactos, no digamos a solucionar futuros pleitos.

En el ámbito del Consejo de Europa encontramos una interesante recomendación del Comité de Ministros, R/86-12, en la que se afirma que debería tomarse en consideración invitar a las instancias competentes a reconocer como obligatoria la búsqueda de la conciliación entre las partes adversas antes de acudir a la vía judicial al igual que en todos los estados del proceso que sean más adecuados. Puro sentido común que choca con la idea, expresada en el epígrafe anterior, de que el interés público es todavía un concepto sagrado que sólo puede custodiarse, por decirlo así, en el templo de la Administración. Son los vicarios y sacerdotes de la Administración quienes pueden exclusivamente manejarlo y quienes pueden administrarlo. El pueblo, todo lo más, puede asistir a las ceremonias más importantes.

Esta deliberada narración del mito de lo sacro en el ámbito del interés general, lamentablemente todavía está vigente y todavía habita en la mente de no pocos estudiosos del Derecho Administrativo. De ahí que la mediación tenga, a pesar de sus obvias posibilidades, un alcance muy reducido. Podría jugar un papel más relevante en lo que se refiere a la evitación de conflictos o a la resolución más rápida de los pleitos, descargando así al poder judicial de un sinfín de asuntos pendientes que terminan por convertir la justicia en algo ilusorio, no real como todo el mundo sabe.

Interesante en esta materia es la recomendación (2001) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en cuya preparación participó Carballo García. En tal instrumento del Consejo de Europa la mediación se incorpora al Derecho Administrativo como uno de los modos alternativos de solución de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas. La apelación a la equidad y la necesidad de confianza de los ciudadanos en la Administración constituyen dos elementos a tener en cuenta en esta materia.

En efecto, la mediación será utilizada más o menos por los ciudadanos en la misma medida en que sea la confianza del pueblo en la Administración. En este tiempo, al menos en España, si bien la confianza en el funcionariado no es baja, sin embargo está por los suelos la confianza en las autoridades públicas, especialmente en una situación de aguda crisis que amenaza incluso la imagen y prestigio de nuestra nación. La referencia a la equidad, que aparece también en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000 constituye para mí una bocanada de aire fresco en un entramado normativo dominado por un positivismo asfixiante y reductor. En los tiempos en que nos ha tocado vivir uno experimenta un cierto balón de oxígeno cuando se topa con este término, que por propia definición y naturaleza va más allá de la pura justicia formal, para acercarse a ese insondable y atractivo mundo de la justicia material, de la justicia legítima, de la justicia humanizadora que tanto necesita nuestro sistema político y jurídico. En puridad, la equidad se dirige a evitar que la aplicación de la norma produzca efectos desproporcionados o incongruentes con el fin del Derecho.

También la equidad ayuda a colmar las lagunas que se presentan cuando se produce un supuesto de hecho no previsto en la norma.

Como recuerda Carballo Martínez (2008, 94), la exposición de motivos de esta Recomendación define la mediación administrativa como un procedimiento no judicial que hace intervenir a un tercero para proponer una solución sobre la base de una decisión o una recomendación de carácter no vinculante. La diferencia con la conciliación es que ésta no contiene la propuesta de un tercero mediador en la que se establezca cual sea la decisión más adecuada desde la perspectiva del Derecho. El arbitraje tiende sobre todo al ámbito contractual mientras que la mediación y la conciliación son más propias de los conflictos extracontractuales.

Bien interesante, para los efectos de este estudio, es lo que dispone esta Recomendación en relación con el ámbito en que puede desplegar su virtualidad operativa la mediación: controversias que se produzcan en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración pública a través de criterios de legalidad y de oportunidad. Carballo Martínez (2008, 97) entiende que la mediación también puede extenderse a las potestades regladas de la Administración, afirmación que este autor funda en la posibilidad de que incidentalmente el mediador, también el conciliador, puede apreciar la legalidad de un determinado acto administrativo y solicitar a la propia Administración que lo revise de oficio.

La Recomendación del Consejo de Europa también establece las características que deben distinguir la actuación del mediador. A saber: especialidad en Derecho Administrativo y en negociación, e imparcialidad e independencia en su tarea, experiencia en relaciones humanas con contrastadas dotes de persuasión y verbo fácil. Es importante, y también se deduce de esta Recomendación, que se pueda garantizar que los mediadores dispongan de este perfil, que el procedimiento sea equitativo y transparente, que tenga una duración razonable y que, si fuera el caso, se pudiera suspender la ejecución del acto administrativo mientras se produce la mediación.

Ciertamente, las recomendaciones del Consejo de Europa son bien relevantes, pero mientras los Ordenamientos de los Estados miembros sigan anclados en una perspectiva estática de la potestad y del privilegio. ¿Estamos realmente preparados para que un mediador pueda alterar el contenido de una potestad administrativa al confiarse su concreción a todo un conjunto de determinaciones, no vinculantes, propuestas por ese tercero a quien se encomienda la solución de un conflicto o controversia con la Administración pública?

La participación de los ciudadanos en el ámbito del interés general puede alcanzar a la celebración de convenios o contratos como nuevas fórmulas de gestión. En un ambiente de mayor conciencia y profundidad de la participación es posible construir escenarios de mayor equilibrio en los que una mayor presencia negocial de los intereses ciudadanos eviten las consecuencias de una perspectiva y la unilateralidad que con frecuencia se distancia de las verdaderas necesidades colectivas del pueblo.

En el caso de la mediación, la Administración acepta que un determinado problema o conflicto se pueda resolver no desde la unilateralidad, sino desde el acuerdo con los sectores implicados. Estamos en el mundo de la denominada acción concertada. En efecto, como señala Carballo Martínez (2008, 106), en la mediación las decisiones se adoptan teniendo en cuenta toda una serie de propuestas realizadas por un mediador, que pueden no ser coincidentes con las que hubieran fundado una decisión unilateral y que, en definitiva, posibilitan nuevas propuestas participativas, por constituir éstas elementos necesarios en la realización de fines legítimos de la acción colectiva.

Este tipo de participación de la sociedad civil en la conformación de la acción pública constituye una manera concreta en que el modelo del Estado social facilita que el interés general sea, como señalábamos en el primer epígrafe de este trabajo, expresión de la proyección de lo social en lo público. Por ejemplo, la mediación se presenta como una nueva forma, para algunos supuestos, en los que los sectores afectados pueden colaborar en la formación real de la voluntad administrativa. En este sentido se puede entender la previsión de la terminación pactada del procedimiento administrativo de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, previsión que permite entender el sentido de los modelos convencionales entre los que se encuentra también el convenio o pacto de mediación.

En un sentido amplio, la mediación también puede proyectarse sobre la participación de determinados colectivos sociales en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general. En efecto, las opiniones y puntos de vista que determinados colectivos sociales afectados por un determinado reglamento pueden hacer llegar a la Administración autora de la norma, constituyen un fenómeno de participación social expresado a través de una concepción de la mediación de carácter general.

La mediación administrativa despliega su virtualidad operativa principalmente como fórmula de solución de conflictos. Pero también, como señala Carballo Martínez (2008, 109) es un instrumento participativo del ciudadano en las funciones públicas, de manera que su concurso individual o a través de organizaciones sectoriales permite la realización de una nueva forma de acción administrativa que ya tiene su parangón en algún sector de su actividad.

En la medida en que la mediación administrativa constituye una función de humanización de la decisión administrativa, la proyección sobre el Derecho Administrativo de los principios que trajo consigo la reforma de 1999 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, más el principio, y derecho fundamental, de buena administración, han permitido dotar a la mediación de mayor operatividad, especialmente cuando nos encontremos ante supuestos de mala administración. En estos casos, será el mismo Defensor del Pueblo quien asuma un importante papel como mediador para resolver estos casos de mala praxis administrativa, de mala administración.

La mediación administrativa como técnica jurídica puede expresarse a través de la vía contractual o a través de la denominada acción concertada de la Administración. La

realidad, como muestra Carballo Martínez (2008, 111), ofrece algunos ejemplos de actividad mediadora en el ámbito de las Administraciones públicas.

Efectivamente. En el marco de la negociación colectiva en la función pública, actividad paccionada donde las haya, el estatuto básico de la función pública de 2007 establece la posibilidad de acudir a medios extrajudiciales de solución de los conflictos colectivos que puedan surgir en la interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos, ya sea la mediación, obligatoria a instancia de una de las partes, o el arbitraje voluntario. Existen también un sinnúmero de acuerdos o pactos entre la Administración pública y los ciudadanos, a través de transacciones judiciales o extrajudiciales, a través de mediaciones, que se concretan posteriormente en un acto administrativo que disfruta de la misma condición que los actos administrativos consecuencia de la actividad mediadora del Defensor del Pueblo. Por ejemplo, la ley vasca de protección del medio ambiente de 1998 establece la mediación en su doble vertiente: convencional o procesal. Igualmente se encuentra positivizada la mediación en la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas de 1987.

La mediación como figura jurídica, también en el caso de su vertiente administrativa, parte de un acuerdo entre las partes, normalmente un contrato, un convenio de composición, que puede dirigirse a la terminación de un procedimiento administrativo o a resolver un conflicto entre Administración y ciudadanos.

IV. La Mediación en el Artículo 88 de la LRJAPPAC

El artículo 88 de la LRJAPPAC introduce por primera vez en el Derecho Administrativo Español un mecanismo de finalización pactada del procedimiento administrativo. El precepto, como es sabido, abre la puerta, en su párrafo primero, a la posibilidad de que tales convenios, además de su condición de finalizadores del procedimiento administrativo, puedan insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a las resoluciones que le pongan fin. Es decir, es posible que estos convenios se confeccionen antes o después del proceso y, en el caso, de que tengan la condición de terminadores del procedimiento administrativo, tal y como establece el artículo 42 LRJAPPAC, hacen superflua la resolución formal de la Administración porque, lisa y llanamente, tienen la consideración jurídica de pactos o convenios finalizadores de dicho procedimiento administrativo.

El artículo 88 de la LRJAPPAC señala límites claros a la mediación en estos supuestos: que la mediación no sea contraria al Ordenamiento jurídico, que no trate sobre materias no susceptibles de transacción y que tenga por objeto satisfacer el interés público que las Administraciones públicas tienen encomendado. Es decir, el legislador admite, como es lógico y coherente con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, que

el interés público se puede encontrar en el marco del diálogo entre Administración y ciudadanos, que es el ámbito en el que se mueve la mediación administrativa.

En estos casos, sea mediación previa al procedimiento o en el procedimiento mismo con el fin de terminarlo, nos encontramos ante una nueva modalidad de actividad de la Administración que se puede denominar consensual, acordada o pactada. En realidad, se trata de una cierta quiebra de la prerrogativa de la acción unilateral de la Administración al permitirse que en ciertos casos sea posible que la unilateralidad se transforme en una bilateralidad a la que se dota de la misma eficacia jurídica.

Sin embargo, en la doctrina se ha puesto de manifiesto la abstracción, generalidad y deficiencia técnica del precepto que, en todo caso, ha hecho posible que en la realidad lo que suceda es que en el trámite de audiencia el particular asuma una determinada posición que la Administración acepta y, a su vez, asume en la decisión final que pone fin al procedimiento administrativo.

Por eso, buena cosa sería que se dicte una norma en la que se regulen estas formas de actividad convencional administrativa de manera que se tenga en cuenta la experiencia de estos años y se facilite este tipo de soluciones que, si son acordes al interés general, no habría por qué desconfiar de ellas.

Con un ánimo de superar las evidentes dificultades a la introducción de esta nueva forma de resolver los procedimientos administrativos, es lo cierto que también hay algunos autores que han efectuado una interpretación extensiva del precepto a partir de la expresión “la disposición que lo regule” y son partidarios de la aplicación directa de la ley general sin que sea necesaria una ley sectorial que regule estos pactos o convenios.

En la práctica, encontramos leyes que han ratificado el apoderamiento general del artículo 88 y normas que incluso, yendo más lejos, han introducido de forma clara, como señala Carballo Martínez (2008, 147), la posibilidad de utilizar la mediación dentro de un conjunto de formas compositivas. Es, por ejemplo, el caso del artículo 13 de la ley de 27 de febrero de 1998 de protección del medio ambiente en el País Vasco, el artículo 4.1 de la ley foral Navarra de 5 de julio de 2005 reguladora del deporte, o el artículo 23 de la ley balear de 21 de junio de 2002 en materia de subvenciones.

V. La Mediación en el Artículo 107.2 LRJAPPAC

En el artículo 107.2 de esta ley aparece el término mediación en materia de mecanismos alternativos a los recursos administrativos que se concibe como equivalente impugnatorio. En este caso es menester, por previsión expresa del legislador, que se regule expresamente en una ley, sea estatal o autonómica, el régimen jurídico del arbitraje, la conciliación o la mediación.

A estas alturas, son pocos los que se oponen a la admisión de fórmulas que permitan desatascar los juzgados y tribunales. Pues bien, como señala Carballo Martínez (2008,

151), a través de la mediación se busca que el ciudadano sea copartícipe de una decisión que adoptada mediante un pacto consensual produce un efecto equivalente a una resolución confirmatoria o revocatoria dictada por la propia Administración. Se trata de evitar los efectos del acto administrativo dictado por la Administración así como poder evocarlo a través de una técnica de composición.

En estos supuestos, la mediación, como mecanismo alternativo a los recursos administrativos, es realizada por una parte teniendo en cuenta la técnica procedimental general elaborada para la mediación en abstracto y tiene por objeto solamente los elementos del conflicto que hayan sido motivo de impugnación (Carballo Martínez, 2008, 152).

En estos casos la mediación se nos presenta como un técnica de negociación directa entre las partes con la intervención de un mediador, un tercero, que será un órgano colegiado o comisión específica según la letra de la ley, que deberá evaluar el conflicto, realizando el acto, o los sucesivos actos que sean necesarios para conseguir una solución acordada. Si así se consigue se evita la jurisdicción contencioso-administrativa.

En punto a algunas cuestiones del régimen jurídico de la mediación en estos supuestos, se puede afirmar, en términos generales, con Carballo Martínez (2008, 153), que la mediación se podrá solicitar a instancia de parte siempre que se dirija contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de acordar el procedimiento. Producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. La legitimación exigida será la misma que para la presentación del pertinente recurso administrativo. De acuerdo con los términos del artículo 107.2 LRJAPPAC, se deben garantizar los requisitos de audiencia al interesado, limitando la mediación a aquellos hechos, documentos o alegaciones del recurrente aportados en el trámite previo a la resolución impugnada, aunque posteriormente puedan admitirse otros, cuando no se hayan acompañado en su momento, por circunstancias ajenas a los sujetos de la relación jurídica controvertida. La mediación ha de ser convenida entre las partes, no obligatoria. Debe siempre quedar a salvo el derecho a la tutela judicial efectiva ya que se trata de un medio de impugnación procesal. Estamos en presencia de una mediación que ha de resolverse con criterios de legalidad, al igual que si estuviéramos ante la resolución de un recurso administrativo. El mediador ha de ser un experto en Derecho Administrativo y en el sistema mediador. Al mediador ha de exigirse imparcialidad y neutralidad en el ejercicio de sus funciones.

En realidad, de los términos del artículo 107.2 LRJAPPAC aparece claro que el mediador ha de ser un órgano colegiado o comisión específica no sometida a instrucciones jerárquicas. También se desprende de lo dispuesto en este precepto que el procedimiento de mediación debe realizarse, como en los casos de conciliación y arbitraje, con respeto a los principios, garantías y plazos, que la presente ley reconoce a los interesados en todo procedimiento administrativo, previsión del legislador que tiene naturaleza básica, como la relativa a la naturaleza del órgano mediador, por lo que deberán ser

asumidas por el legislador, sea estatal o autonómico, al regular el régimen concreto de esta modalidad de mediación administrativa.

En estos casos estamos no ante un convenio o pacto, sino ante un equivalente procesal de los recursos administrativos de alzada o reposición, que es sustancialmente distinta a la mediación "stricto sensu" del artículo 88 LRJAPPAC. En un caso es una mediación sustitutiva o alternativa, en otro es puramente convencional.

VI. La Mediación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La exposición de motivos de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 dispone que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias a la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de solución de numerosos conflictos. Es decir, las vías complementarias, entre las que estaría la mediación judicial, siempre serían compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva y tendrían que construirse en un marco de colaboración con las Administraciones públicas en el que, como señala Carballo Martínez (2008, 178), sea posible una búsqueda consensuada de una solución que conduzca a través de estas vías complementarias a una terminación espontánea del proceso judicial en curso que tendrá que estar presidida por la cooperación práctica y fáctica entre el juez instructor y las partes.

Este tipo de mecanismos complementarios son, eso, complementarios, por lo que en todo caso estarán abiertos a una posible impugnación. Surgen en el marco de la colaboración entre el juez y las partes de manera que el juez, en el momento procesal adecuado, puede acordar que las partes, voluntariamente, intenten poner fin al pleito a través de las técnicas convencionales. El artículo 77 de la LJCA permite tal posibilidad introduciendo por primera vez la terminación convencional del proceso jurisdiccional contencioso administrativo siempre que el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre cuestión de cantidad.

Es verdad que en el artículo 77 se hace referencia a conciliación, transacción y acuerdo. Sin embargo, en el párrafo tercero de este precepto la generalidad del término acuerdo podría acoger la institución mediadora en el proceso contencioso administrativo. Al mencionar el acuerdo al que pueden llegar las partes en este parágrafo, Carballo Martínez (2008, 194) entiende que puede ser la consecuencia de la transacción, de la conciliación o, también, el marco de la mediación.

VII. Mediación Institucional y Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo juega un papel relevante en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. Es más, el artículo 54 de la Constitución encomienda a esta institución la defensa de estos derechos para lo que podrá supervisar la actuación de las Administraciones públicas. De esta manera, ante quejas concretas ante el funcionamiento de la Administración que puedan traer consigo la lesión de derechos fundamentales, el Defensor del Pueblo puede realizar una importante mediación.

La mediación del Defensor del Pueblo se conoce como mediación institucional en la medida en que es realizada por una institución, en este caso de relevancia constitucional. Es una mediación que permite comprender hasta qué punto la participación de un tercero con una especial autoridad puede alcanzar, bien interviniendo directamente entre dos o más personas para conseguir un arreglo, bien facilitando los medios operativos para que la intervención se produzca en las mejores condiciones de efectividad.

El Defensor del Pueblo, al supervisar la actividad de la Administración para defender los derechos fundamentales de las personas puede intervenir eficazmente para conseguir que la Administración modifique sus criterios de actuación y así se pueda ejercer, por ejemplo, un derecho fundamental en mejores condiciones.

En este punto, tal y como adelantamos con anterioridad, debe señalarse que el concepto de la buena administración, y su cara oscura, la mala administración, proceden en buena medida del Ombudsman europeo tal y como, por ejemplo, se pone de manifiesto en el código europeo de conducta administrativa aprobado a instancias del Defensor del Pueblo europeo. Pues bien, siendo como es, además, la buena administración, más allá de un principio general de actuación administrativa, un derecho fundamental de la persona, el Defensor del Pueblo, en su labor de censura o denuncia de la Administración pública puede colaborar a que la mala administración se reduzca considerablemente.

En el ámbito del Consejo de Europa, la recomendación del Comité de Ministros (2007) ha subrayado la trascendencia del concepto de buena administración para la calidad de los servicios públicos, para la participación de los ciudadanos en la información, el acceso y una mejor adecuación de los derechos de los ciudadanos a la realidad social. Frente a la mala administración, la mediación institucional del Defensor del Pueblo puede activarse para la mejor defensa de los derechos fundamentales, muchas veces seriamente lesionados a causa de supuestos de mala administración pública.

De acuerdo con Carballo Martínez (2008, conclusiones), la mediación institucional del Defensor del Pueblo enfrenta una doble función. En primer lugar, la denominada mediación en Derecho o mediación reglada se realiza con el fin de la defensa de los derechos fundamentales de las personas frente a una actividad ilícita de la Administración pública. En segundo término nos encontramos con la llamada mediación de equidad, pensada para reaccionar contra la mala administración ilegítima, a veces no necesariamente ilegal. En virtud de esta segunda modalidad de mediación se estimula una actividad correctora y cooperadora del Defensor del Pueblo tendente a disminuir

algunas de las inmunidades del poder, por seguir una expresión bien familiar a los administrativistas, que todavía perviven y se van detectando con el tiempo en función de la proyección de la fuerza de la cláusula del Estado de Derecho sobre toda la realidad y el aparato administrativo del poder.

En el procedimiento de actuación del Defensor del Pueblo, una vez que éste instruye una queja o grupo de quejas y formula la recomendación a la Administración activa que asume, según Carballo Martínez (2008, conclusiones), la actuación del Defensor puede revestir tres posibilidades. Primera, se trata de un acto administrativo en sentido estricto siempre que tenga vocación y compromiso decisorio pues la aceptación administrativa es un título jurídico ejercitable tanto en vía administrativa como judicial. Segunda, la actividad administrativa desplegada con ocasión del procedimiento administrativo de queja ante el Defensor del Pueblo, puede concebirse como el exponente de un negocio jurídico en donde confluyen un conjunto de voluntades que se exteriorizan a partir del principio de autonomía negocial en los términos en que está planteado, por ejemplo, el artículo 88 I.RJAPPAC. Y, en tercer lugar, si estamos de acuerdo en que la efectividad de los derechos fundamentales es una cuestión de interés general y el Defensor del Pueblo supervisa la actividad administrativa en orden a la defensa de estos derechos, entonces la competencia constitucional ejercida por el órgano constitucional dispone de una presunción de constitucionalidad que debiera conducir a la obligatoriedad de cumplimiento de la recomendación del propio Defensor del Pueblo.

Carballo Martínez (2008, conclusiones) ha estudiado la trayectoria de las recomendaciones del Defensor del Pueblo desde 1983 hasta el momento. Llama la atención que en un primer momento, 1983 a 1988, el contenido de sus actuaciones estaba impregnado de una profunda axiología, de una supervisión de valores para componer intereses con el fin de alcanzar acuerdos consensuados Administración y sujetos privados. En un segundo momento, entre 1988 y 1994, su actividad fue presidida por el respeto prioritario a la legalidad, si bien en algunos casos, aislados, se observa mediación de equidad a partir de supervisiones de la actividad administrativa en las que se aplicaba una idea de justicia material para evitar al ciudadano, en el ejercicio de sus derechos fundamentales, situaciones perturbadoras. En la tercera etapa, ya con antecedentes de terminación convencional de procedimientos y de mediación como mecanismo alternativo a los recursos administrativos, se estimula en el Defensor del Pueblo la mediación de equidad, entendiendo la equidad como elemento necesario de corrección del Derecho.

La mediación del Defensor del Pueblo, aunque no tiene respaldo constitucional expreso, es la consecuencia de su propia lógica constitucional puesto que la supervisión de la actividad administrativa con el fin de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos conduce necesariamente a actuaciones propias de esta figura jurídica. Es más, la mediación de equidad ofrece, en el marco de la actuación del Defensor del Pueblo, unas grandes posibilidades. En efecto, la humanización de la Administración, la sensibilidad del aparato administrativo en relación con el ejercicio y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, constituye una tarea que encaja a la

perfección en la mediación de equidad que se espera del Defensor del Pueblo en su tarea de supervisión de la actividad de las Administraciones públicas.

Sea criterio de integración del Ordenamiento o fuente del Derecho, la equidad permite al Defensor del Pueblo, en esta modalidad de mediación, recordar a las autoridades administrativas que el compromiso constitucional con los derechos fundamentales vincula a todos los poderes públicos, especialmente a la Administración pública.

VIII. Reflexión Final

La proyección de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho sobre el entero sistema del Derecho Administrativo y sobre la actuación de las Administraciones públicas está provocando cambios y transformaciones relevantes en el entendimiento de los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo. El concepto mismo de interés general, antaño asociado a una perspectiva de la unilateralidad dogmática y estática, hoy contrasta con nuevos esquemas y formas de actividad de las Administraciones públicas a partir del criterio de la participación como elemento básico para la definición, ejecución o evaluación de las políticas públicas.

En el marco de un acercamiento más abierto y dinámico de la participación al concepto de interés general, hoy nos encontramos con fórmulas o mecanismos que comienzan a admitir en su seno esquemas de colaboración entre lo público y lo privado que pueden ayudar a resolver conflictos y problemas derivados de las relaciones jurídicas entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. La mediación, como técnica de composición de intereses, sea en el marco de la resolución de conflictos, como mecanismo alternativo a los recursos administrativos, en el seno de un procedimiento contencioso administrativo, o en el ámbito de la supervisión de la actividad administrativa para la defensa de los derechos fundamentales de la persona, ofrece en nuestro tiempo grandes posibilidades de desarrollo. Siempre que se tenga presente que no es una panacea ni que es la regla general. Más bien, lo que la mediación puede resolver en este tiempo es un considerable número de conflictos que existen entre Administración y particulares que un simple esfuerzo de composición podrían verse solucionados evitando recursos administrativos o judiciales

Bibliografía

- G. CARBALLO MARTÍNEZ, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Madrid, Pamplona, 2008.
- C.I. ALFONSO MELLADO, *La mediación en el Derecho Positivo español*, Tribuna Social, 1991, nº 8-9, páginas 29 a 36.

- J.M. BAÑO LEÓN, Terminación convencional del procedimiento administrativo, Jornadas de estudio de la reforma de la Ley 30/92, MAP, Madrid, 1997, páginas 151-169.
- B. BOUMAKANI, La mediation dans la vie administrative, Revue de Droit Public de la Science Politique, 2003, nº 3, páginas 863-888.
- R. BUSTILLO BOLADO, Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- D. CANALS I AMETLER, El ejercicio por particulares de funciones de autoridad, Comares, Granada, 2003.
- S. DEL REY GUANTER, Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública, MAP, Madrid, 1991.
- K.G DUJJY, La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores, Paidós, Barcelona, 1996.
- V. FISAS, Cultura de paz y gestión de conflictos, Barcelona, 1998.
- J. GONZÁLEZ PÉREZ, La transacción en el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, RAP, enero-abril 1998, nº 154, páginas 7 a 28.
- S. GONZÁLEZ-VARAS, La irrupción de las negociaciones en el Derecho Administrativo: transacciones, convenios, arbitrajes, Revista de Estudios de la Administración Local, mayo-diciembre 2001, nº 286-287, páginas 53 a 90.
- J.F. MERINO MERCHAN, El equivalente jurisdiccional en el derecho público español, CEPYCO, Madrid, 2002.
- M. SÁNCHEZ MORÓN, La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, IVAP, Oñate, 1995.
- J. TORNOS MAS, Medio complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos, RAP, nº 136, 1995, páginas 149 a 177.

