

ANÁLISIS Y PROPUESTAS PARA EL IMPULSO DE



LA MEDIACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS



Resultados del Grupo de Trabajo de GEMME España

Colabora



Autores/as:
Grupo de Trabajo de GEMME (España)

Maquetación:
www.trvdm.es

Edita:
GEMME (España) y Escuela de Mediación

Dirección:
Fernán González, 50 - 28009 Madrid

Teléfono:
914 02 00 61

Email:
fundacion@f3e.com
hola@mediacionesjusticia.com

Web:
www.mediacionesjusticia.com
www.diariodemediacion.es

Imprime:
Diario de Mediación

ISBN:
978-84-09-57576-3

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| PRESENTACIÓN | 4 |
| PRÓLOGO | 7 |
| 1. PREÁMBULO Y OBJETIVOS: | 10 |
| 1.1. GEMME | 10 |
| 1.2. El grupo de trabajo e integrantes | 12 |
| 1.3. Objetivos del trabajo | 14 |
| 2. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES POR ÁREAS DE TRABAJO: | 15 |
| 2.1. Mediación administrativa | 15 |
| 2.1.1. Introducción a la mediación administrativa. Marco jurídico y experiencias en España | 15 |
| 2.1.2. Ámbitos de la actuación administrativa para la mediación | 28 |
| 2.1.3. Contextos de la mediación administrativa | 36 |
| 2.1.4. Mediación administrativa en el metaverso, IA y ODR | 48 |
| 2.1.5. Guía práctica para una mediación | 50 |
| 2.2. Mediación contencioso-administrativa | 64 |
| 2.2.1. Aproximación a algunas experiencias en España (Barcelona, Burgos, Madrid, Murcia y Valladolid) | 64 |
| 2.2.2. Dificultades y propuestas | 79 |
| 2.3. Administración y ámbito sanitario | 96 |
| 2.3.1. La salud como derecho y su necesaria humanización | 96 |
| 2.3.2. Mediación administrativa y responsabilidad patrimonial | 100 |
| 2.3.3. Aproximación al panorama judicial | 109 |
| 2.3.4. Las compañías aseguradoras | 112 |
| 2.4. Formación | 117 |
| 3. CONCLUSIONES | 124 |
| 4. AGRADECIMIENTOS | 126 |

PRESENTACIÓN

Si en algo existe consenso es en que hay una diversidad de planteamientos sobre la mediación con las Administraciones públicas: desde quienes afirman -con o sin matices- que este medio de solución de controversias no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico hasta quienes sostienen lo contrario, pasando por aquellos que la contemplan con cierto temor reverencial o como una futura conquista, si es que tiene que llegar.

La posición de GEMME a este respecto ha sido y es que la presencia de una Administración pública en el conflicto no excluye, por esta sola circunstancia, el recurso a la mediación, aunque necesite una regulación específica que lo tenga en cuenta, y que nuestro sistema legal permite acudir a la misma.

El estado actual de la mediación con las Administraciones públicas nos permite afirmar que este posicionamiento era y es correcto.

Con este punto de partida, consideramos que era el momento de recoger en un trabajo las razones por las que sostenemos que es posible la mediación en los conflictos administrativos con base en la normativa actualmente vigente, teniendo en cuenta sus especialidades, y también de demostrar su aplicación práctica, con referencia a los distintos proyectos y experiencias que se están llevando a cabo.

Nuestra tarea ha sido, más que convencer, exponer el actual marco legal y presentar las iniciativas desarrolladas al amparo del mismo.

Pero el cumplimiento de esta doble tarea puso de manifiesto que el marco legal del que hoy disponemos, aun cuando permita el recurso a la mediación, es insuficiente, incompleto e inseguro, produciendo situaciones de desigualdad entre unas partes y otras del territorio nacional.

De este modo, como si se tratara del juego de las muñecas rusas, apareció otro reto que inevitablemente también teníamos que afrontar, por lo que nos atrevimos a salir de un análisis académico de la mediación con las Administraciones públicas para tratar de encontrar caminos y soluciones que pudieran servir de guía para la aprobación de un marco legal más sólido y claro, que contemplase esta mediación en todos sus aspectos, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa, y que tuviese en cuenta sus especialidades, al ser una de las partes del conflicto una administración, algo, por otro lado, muchas veces anunciado y casi prometido.

En honor a la verdad hay que decir también que esta nueva tarea no nos cogió realmente por sorpresa.

Y, porque estábamos ya preparados, sabíamos que solo podríamos conseguir nuestro objetivo, el inicial y el que surgió, reuniendo a personas que tuviesen distintos perfiles profesionales y trayectorias, pero que al mismo tiempo compartiesen idéntico propósito, a saber, el compromiso de difundir la mediación con las Administraciones públicas y de ofrecer soluciones posibles y prácticas para normalizar este modo de solución de controversias, profesionales que también compartiesen el firme convencimiento de que esta mediación constituye una vía para mejorar la relación entre las Administraciones públicas y la ciudadanía y que, al igual que evoluciona la sociedad, los medios de solución de conflictos deben evolucionar con ella.

De otro modo, así lo entendemos, será inevitable la brecha entre la sociedad y los mecanismos puestos a su disposición para la resolución de sus controversias con consecuencias nada deseables para la convivencia y el progreso social.

Esta es verdaderamente la argamasa del trabajo que hemos hecho y que ahora presentamos, donde se han respetado las aportaciones que para lograr ese objetivo común hemos hecho las personas que hemos participado.

Reconocemos abiertamente que cada uno de nosotros hemos conocido y explorado la mediación con las Administraciones públicas por distintos caminos, fijando nuestra atención en distintos aspectos, generando, a partir de ahí, nuestro propio análisis individual y gestando nuestras propias inquietudes.

La puesta en común de estos diecinueve análisis (que es el número de las personas que hemos participado) nos ha permitido ver y estudiar la mediación desde puntos de vista muy diversos en cuanto a la forma y el fondo, y de este modo, todos, desde la diversidad y el respeto, nos hemos enriquecido, encontrando nuevos enfoques, confirmando iniciales posiciones, admitiendo matices para las mismas o corrigiendo y superando errores y prejuicios.

Y así lo hemos querido plasmar.

Por esta razón, la unidad y coherencia del trabajo se aprecia en el objetivo común que nos hemos marcado más que en la forma o en el estilo.

Quienes lo lean apreciarán desde el primer momento esta diversidad, incluso cómo la misma idea está expresada de distintas maneras y analizada desde diversos ángulos.

De este modo esperamos que los lectores y las lectoras obtengan una visión transversal -no lineal- de todo lo que hemos tratado, que igualmente se enriquezcan con todas y cada una de las aportaciones que hemos hecho y, en definitiva, que encuentren en ellas también sus específicos puntos de interés y coincidencias, ya sean juristas, profesionales de la mediación o cualquier persona con inquietudes por esta forma de solución del conflicto administrativo.

La tarea que hemos llevado a cabo no nos lleva a caer en la ingenuidad de creer que siempre y en todo caso es posible el recurso a la mediación con las Administraciones públicas.

Al contrario, cada conflicto exige una determinada vía para su solución.

No obstante y sin perder de vista este enfoque, hemos querido singularizar un conflicto, como es el que se produce en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en el que, por sus especiales características, se puede palpar todo lo que ofrece la mediación y nos permite así demostrar su viabilidad y potencialidad para tratar y resolver los distintos matices y capas de una controversia, ofreciendo las soluciones que se necesitan y que trascienden lo estrictamente jurídico.

Nos ha servido como “banco de pruebas” para su exportación a otras controversias que puedan producirse con ocasión de la actividad administrativa.

En suma, creemos haber cumplido con la recomendación de Amos Bronson Alcott cuando escribía: “Un buen libro es aquel que se abre con expectación y se cierra con provecho”.

Luis Miguel Blanco
Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

 **PRÓLOGO****D. Jesús Maeztu Gregorio de Tejada***DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ*


Si algo tiene claro este Defensor, tras la experiencia acumulada, es la **fortaleza de la mediación como método de gestión eficaz y eficiente para dar cumplimiento a los objetivos de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible**, que aprobó la Organización de Naciones Unidas. Estoy convencido de la relevancia de la mediación como instrumento para la consecución del objetivo 16, siendo mi empeño particular como Defensor contribuir a su implementación e impulso en Andalucía y colaborar en dicho sentido con el resto de Defensorías españolas e iberoamericanas. Más aún, en mi calidad de miembro del Consejo Rector de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen (FIO), voy a impulsar en la Asamblea de octubre 2023 en Colombia la creación de un grupo de trabajo para el desarrollo institucional de la mediación.

La particular normativa de la ley reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz celebra en 2023 sus 40 años de vigencia -1983-, siendo la primera defensoría que se constituyó tras la creación del Defensor Estatal -1981-. Para nuestra institución, la mediación ha venido a dotarnos de un enfoque directo, transversal y participativo, innovando con ello la tradicional mirada de la supervisión de las actuaciones de las Administraciones, que impone resoluciones a los conflictos de manera unilateral. **El cambio de paradigma que ha supuesto la mediación, ha sido dejar un espacio para la autocomposición de soluciones a Administraciones y ciudadanía, apoyado con profesionales y técnicas mediadoras.** Me congratula afirmar que las administraciones públicas comparecen desde la voluntariedad a nuestra invitación a mediación en un ejercicio de cultura de paz, dando así respuesta con “carácter urgente y preferente” como les obliga la ley. Por ello, el apoyo de administraciones y del arco parlamentario andaluz está siendo relevante y sostenido en el tiempo desde que iniciamos esta experiencia.

La mediación en el ámbito administrativo materializa la involucración ciudadana en el ejercicio de las políticas públicas, potenciando los derechos humanos desde **una participación directa** de las personas y los colectivos y desde el ejercicio de la **voluntariedad como vía prioritaria de gestión, dirigida a lograr consensos** y contribuir a la buena administración. En esa línea de trabajo, nos sumamos en el dPA con nuestra experiencia de mediación administrativa desde el ámbito institucional, constituyendo además un valuarte preventivo para la deriva contenciosa de muchos asuntos. De ahí, que próximamente abordemos la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, en virtud del acuerdo suscrito con el Consejo General del Poder Judicial, con el propósito de dinamizar estas intervenciones y la cultura de mediación en Andalucía.

Me complace mucho el encargo de realizar este prólogo y he de **otorgar mi reconocimiento y felicitar la motivación y el contenido realizado por este grupo de trabajo a instancias del Grupo GEMME**, inspirado en la preocupación y la voluntad de aportar en estas páginas la experiencia acumulada en diferentes contextos a lo largo de todo el territorio nacional, enriqueciéndonos con los diferentes enfoques y prácticas, y con el propósito de contribuir al avance e implementación de la mediación en el ámbito administrativo y en todos sus posibles escenarios. Me siento honrado de poder sumar con nuestra experiencia, a la que avalan los resultados sostenidos de un trabajo mediador que iniciamos en 2016 de forma humilde y siempre fiel a la esencia de esta metodología.

Saludo con mucha satisfacción **el esfuerzo y la profesionalidad** requeridos en la elaboración de este trabajo, **convencido de su utilidad para impulsar la mediación, como fórmula de promover un acceso a la justicia que garantice la participación, la reparación y la inclusión social.**

Como es sabido, es destacable la ausencia de una regulación específica que obligue a los Estados a regular los mecanismos ADRA (Administrative Dispute Resolution Act); Sin embargo, estos mecanismos se están acreditando como **una vía útil, ágil y satisfactoria, en la que la ciudadanía halla cauces de participación y toma de decisiones respecto de sus asuntos con las administraciones públicas, pudiendo basar los resultados de un debate sereno y confiable en la equidad y la justicia, dentro de un marco jurídico que generalmente le resulta complejo.**

Las experiencias de los ADRA en la actividad de la Administración Pública en nuestro país han consolidado servicios y programas de mediación que además han propiciado la mejora de la convivencia y la paz social. También la experiencia mediadora de esta Defensoría permite ratificar desde el punto de vista práctico, todas y cada una de las ventajas de la mediación administrativa que esta publicación contempla. Nuestro Informe Especial sobre mediación de 2023, que mientras suscribo estas líneas está en fase de edición, aportará los detalles del modelo concreto y los resultados obtenidos.

El documento que presento con este prólogo **resulta relevante por su espíritu preventivo** tanto en el ámbito administrativo como en el escenario contencioso, destacándose el esfuerzo por encuadrar la mediación en el procedimiento administrativo. Por otro lado, resulta clave la recopilación de **experiencias de mediación existentes en nuestro territorio, así como en los distintos espacios: convencional, institucional y contencioso.** Además de ello, aborda magistralmente **la transformación digital de la Administración, así como la necesidad de simplificación de trámites y la incorporación de la inteligencia artificial como un reto complejo.**

Esta obra recoge importantes programas de intervención mediadora que se van consolidando, lo que favorecerá su proliferación. Y particularmente nos servirán de guía a quiénes, como en mi caso, estamos asumiendo nuevos compromisos para afrontar la mediación en el ámbito contencioso-administrativo.

En resumen, todos los agentes que trabajamos en mediación buscamos fórmulas eficaces. Los diferentes escenarios y estilos que encontramos en este trabajo nos aportan información rica y valiosa y deben ser entendidos desde la flexibilidad, que afortunadamente caracteriza a la mediación, y su adaptabilidad a los diferentes contextos.

Resta por mi parte resaltar el **valor de tantas personas, profesionales de la mediación**, que a lo largo de nuestra geografía nacional, en un contexto tan burocratizado como es el administrativo, contribuyen con su buen hacer al desarrollo de esta metodología social y flexible, tratando de no desnaturalizarla. En este sentido, aplaudo la **labor de GEMME, consciente de la necesidad de garantizar el derecho a la justicia y de las necesidades del sistema judicial**. La actividad incansable en la promoción de los ADRA forma parte del compromiso con la mediación que compartimos desde la Defensoría con el grupo GEMME, como demuestra nuestro convenio de colaboración vigente.

Esta obra supone un apoyo y un decidido avance para el desarrollo de la mediación administrativa. Marca una ruta contrastada que abre caminos a formulas flexibles e integradoras para la transformación y la mejora de las relaciones ciudadanía-Administración.

Fdo. Jesús Maeztu Gregorio de Tejada



1. PREÁMBULO Y OBJETIVOS



1.1. GEMME

El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (**GEMME**) nació como asociación para el impulso de la mediación y los métodos autocompositivos de solución de conflictos desde los tribunales de justicia. Es consultora del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Europa y de la Comisión Europea en esta materia.

En España está implantada y desarrolla sus actividades por medio de su sección nacional (**GEMME España**), apostando por el desarrollo de diferentes iniciativas relativas a la gestión de controversias.

GEMME España, como asociación de carácter no gubernamental y sin ánimo de lucro, tiene entre sus fines (art. 2 de los Estatutos):

Fomentar la cultura del diálogo y los mecanismos de autocomposición en la administración de justicia, al objeto de preservar al proceso contencioso a aquellos litigios en los que resulte necesaria una decisión de autoridad.

Promover el estudio, la recopilación de material bibliográfico y la investigación legal y doctrinal sobre los métodos alternativos y complementarios de resolución de controversias, en especial la conciliación y la mediación; constituir grupos de trabajo con el referido fin (...).

Además, a través de sus miembros viene impulsando desde hace muchos años la implantación de la mediación en el entorno de los tribunales de justicia, desde antes de la transposición al derecho español de la Directiva 2008/52/CE, mediante numerosos proyectos en todos los ámbitos jurisdiccionales y en diversas Comunidades Autónomas, colaborando con instituciones y colegios profesionales y con el apoyo del Consejo General del Poder Judicial.

Algunos miembros de **GEMME España** forman parte de los grupos de expertos que han contribuido a la elaboración y revisión de la Guía para la práctica de la Mediación Intrajudicial, a la que han aportado el conocimiento derivado de su preparación profesional y experiencias, teniendo en cuenta las Directivas europeas de aplicación, las Resoluciones del Parlamento Europeo, el derecho comparado, la legislación estatal y las legislaciones autonómicas existentes en cualquier ámbito de la mediación, extra e intrajudicial.

GEMME España también participa en el Foro para la Mediación constituido por el CGPJ en 2019.

Asimismo, esta asociación realiza numerosas actividades de difusión e impulso de la mediación dirigidas a profesionales, a estudiantes y a la ciudadanía en general, todo ello en la concepción de la administración de justicia como servicio público, con el objetivo de proporcionar a la sociedad las respuestas más adecuadas a sus necesidades, en aras de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución Española (CE) otorgando la mejor justicia en el caso concreto y actuando de conformidad con el art. 15 de la Carta Magna de los Jueces Europeos, aprobada por el Consejo Consultivo del Consejo de Europa, que dice:

El juez debe actuar para asegurarla consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos.

La actividad de la sección española de **GEMME** se proyecta también a nivel internacional, con intervenciones de sus miembros en actividades académicas y de estudio, así como formando parte de mesas redondas y comités de expertos en mediación, no solo en Europa, sino también en Iberoamérica o Israel. en proyectos de implantación y/o impulso en distintos ámbitos, incluido el intercultural, en el seno de la Unión Europea y en países tan diversos como Israel o República Dominicana, entre otros.

1.2. El grupo de trabajo e integrantes

Durante cinco meses, un grupo multidisciplinar integrado tanto por miembros de **GEMME** como por profesionales no asociados, han investigado y reflexionado acerca de la conveniencia de implementar la mediación en los conflictos mantenidos entre la ciudadanía y la Administración, partiendo de la base de que es un derecho de la sociedad poder solventar las controversias administrativas y contencioso-administrativas a través de métodos autocompositivos y en especial la mediación. Dichas personas proceden de diversos estamentos, organismos, entidades y profesiones, tales como la judicatura, LAJ, Defensor del Pueblo, Comunidad de Madrid, abogacía, mediación, compañías aseguradoras, etc., y son las siguientes:

Amo de la Fuente, Lourdes del

Abogada y mediadora

Avilés Hernández, Ángel

Abogado y mediador. Miembro de GEMME

Avilés Navarro, María

LAJ Unidad Funcional de Mediación contencioso administrativa del TSJ Madrid. Miembro de GEMME

Ayala Muñoz, Noelia

Abogada. Exabogada del Estado

Blanco Domínguez, Luis Miguel

Magistrado de la Sala de lo contencioso.-administrativo del TSJ Castilla León. Miembro de GEMME

Carballo Martínez, Gerardo

Abogado. Director del Instituto de Mediación y Ética Pública (IEMEP). Profesor de Derecho Administrativo

Díaz Marco, Juan Ignacio

Abogado. Jefe de área de responsabilidad patrimonial del SERMAS

Espinosa de Rueda Jover, Mariano

Exmagistrado. Mediador. Miembro de GEMME

Ferré Giró, Natàlia

Abogada y mediadora.

Fresco Simón, Patricia

Magistrada de lo contencioso administrativo de Burgos

García Roqueta, Carles

Abogado y mediador. Presidente de la Societat Catalana de Mediació en Salut. Diputado de la Junta de Gobierno del ICAB. Miembro de GEMME

Hernando González, María Jesús

Abogada. Responsable de siniestros y Complex Claims de REYLENS

Marín Álvarez, Carmen

LAJ Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia. Vocal Junta Directiva de GEMME España.

Martínez González, Natividad

Abogada y Mediadora

Quintana Carretero, Juan Pedro

Magistrado. Presidente de Sala del TSJ Madrid. Miembro de GEMME

Quintana García, Amparo

Abogada y mediadora. Secretaria Gral. de GEMME España

Raga Marimón, Montserrat

Magistrada de lo contencioso administrativo de Barcelona. Miembro de GEMME

Sánchez López, Beatriz

Abogada y mediadora

Tarrazón Rodón, Mercedes

Abogada. Junta Directiva del Club Español de Arbitraje

El trabajo ha sido coordinado por Amparo Quintana, en virtud del mandato de la Junta Directiva de **GEMME**.

Asimismo y para facilitar el trabajo en su conjunto, se han distribuido en las cuatro áreas de trabajo que se entendió fundamentales a la hora de sensibilizar a los poderes públicos y a la sociedad sobre la conveniencia de que los conflictos con la Administración se aborden desde la mediación, fomentando procesos de consenso.

Estas cuatro áreas de trabajo son: mediación administrativa, mediación contencioso-administrativa, Administración y ámbito sanitario y formación.

1.3. Objetivos del trabajo

El objetivo del trabajo ha sido analizar la mediación con la Administración desde una perspectiva global tanto teórica como práctica. Por ese motivo, se expone el marco normativo que la contempla, desde un punto de vista general, como un medio adecuado para resolver los conflictos en este ámbito, analizando pormenorizadamente cómo puede llevarse a la práctica a partir de las normas que actualmente existen en nuestro ordenamiento jurídico que, aunque resulta insuficiente, sí da cobertura a las experiencias llevadas a cabo en nuestro país.

Asimismo, el trabajo recoge distintos modelos de mediación con las administraciones públicas (institucional, convencional y jurisdiccional), se reflexiona sobre el llamado entorno digital y las distintas relaciones que surgen con ocasión del mismo, lo cual sitúa las relaciones entre aquellas y la ciudadanía, así como los conflictos que pueden surgir y las formas de solucionarlos, en un nuevo y distinto escenario.

Se ha pretendido, finalmente, que el trabajo sea de la mayor utilidad posible y accesible a la sociedad entera.



2. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES POR ÁREAS DE TRABAJO:



2.1. Mediación administrativa

2.1.1. Introducción a la mediación administrativa. Marco jurídico y experiencias en España

MARCO EUROPEO

En el contexto que nos ocupa, la mediación puede definirse como un medio de solución de conflictos en los que interviene una Administración Pública, que se realiza a través de un procedimiento contestado, mediante la intervención de un tercer mediador independiente e imparcial, cuya misión es facilitar la comunicación y el diálogo con las partes para alcanzar un acuerdo de voluntades;¹ y se conoce bajo el acrónimo ADRA, de acuerdo con la denominación empleada en la Administrative Dispute Resolution Act, de 1990 en EUA.²

Si bien, a diferencia de otros ámbitos como civil, mercantil o consumo, a nivel europeo no existe una regulación específica que obligue los Estados a regular los mecanismos ADRA, no se puede obviar que bajo la óptica europea³ el uso de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos se concibe como una manifestación más del derecho de acceso a la justicia,⁴ en términos de eficiencia y equidad (arts. 6 y 13 CEDH y art. 47 CDFUE), por lo que su pertinencia y necesidad de impulso es extensible a todos los ámbitos.

¹ Carballo Martínez, Gerardo, *la limita a los conflictos entre sujetos privados y administraciones públicas, pero debe también incluir los casos en que los sujetos en conflicto sean varias administraciones públicas*. Véase Carballo Martínez, Gerardo *La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal*. Revista Jurídica de Castilla y León, Arbitraje y Mediación, Número 29, enero de 2013, p.8. <http://www.jcyl.es>

² Director Bauzá Martorell, Felio José, *Capítulo I, Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración*, Ortiz Pradillo, Juan Carlos.

³ Recomendación R(86)12 del Consejo de Ministros de Europa, de 16 de septiembre, orientada a evitar la excesiva labor de los tribunales. <https://rm.coe.int/16804f7b86>

⁴ Como procedimiento extrajudicial alternativo, voluntario y confidencial, la mediación puede ser un instrumento útil para aliviar los sobrecargados sistemas judiciales en determinados casos, y sujeta a las necesarias salvaguardias, ya que puede permitir la resolución extrajudicial rápida y barata de litigios entre personas físicas o jurídicas, teniendo en cuenta que la duración excesiva de los procedimientos judiciales puede constituir una violación de la Carta de los Derechos Fundamentales, al tiempo que garantiza un mejor acceso a la justicia y contribuye al crecimiento económico (Considerando C) Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017.

En esta línea, el Consejo de Europa emitió una recomendación sobre la idoneidad de aplicar ADR en asuntos entre la administración y los particulares REC 9(2001)⁵ en la que recomendaba a los Estados miembros alentar a las autoridades administrativas a proponer medios alternativos de resolución de disputas cuando estuvieran disponibles, así como a aceptarlas, a requerimiento de los particulares, siempre respetando el interés público, el principio de legalidad y evitando un uso indebido o abusivo de dichos mecanismos.

Cabe destacar, ya en aquel entonces, la amplia mirada de la Recomendación respecto a los diferentes momentos en que se puede llevar a cabo la mediación: con carácter preventivo (justicia administrativa), como fase previa a la vía judicial -incluso expone la posibilidad de que pueda ser con carácter obligatorio⁶- (mediación prejudicial) o una vez el proceso se ha iniciado (mediación intrajudicial). Considerando, en cualquier caso, que dichos mecanismos son una vía idónea para rebajar los altos índices de litigiosidad y la sobrecarga judicial.

Otras voces se pronuncian en la misma dirección, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) en sus recomendaciones sobre las mejoras del sistema judicial en términos de equidad y eficiencia, menciona la posibilidad de aplicar los ADR en procedimientos judiciales administrativos (2004)⁷. Por su parte, el grupo de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ)⁸ también ha reiterado la necesidad de implementar la mediación en el ámbito administrativo, alentando a los Estados a regularla, pero también a que las administraciones promuevan proactivamente los ADRA en su actividad ordinaria, ya sea con carácter preventivo, implementándolo en su actividad (en contratos, subvenciones y otras ayudas) o en una fase judicial, siempre que no sea contrario al interés público.

Por su parte, la Comisión de Justicia del Parlamento Europeo en sus informes relativos a la evaluación de la transposición de la Directiva 2008/52/EC sobre mediación civil y mercantil, recoge que determinados países, más allá de los asuntos de carácter privado, no han excluido la aplicación de los ADR en materias de carácter administrativo⁹, recomendando al Parlamento Europeo que, en el marco del

⁵ R(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. Se refiere al acuerdo negociado, la mediación, la conciliación y el arbitraje. <https://rm.coe.int/16805e2b59>.

⁶ La Directiva 2008/52/CE permite a los Estados establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incentivos o sanciones. El TJUE no se opone a que una norma nacional establezca que en determinados litigios pueda exigirse una mediación o conciliación previa como requisito de admisibilidad, siempre que no prive a las partes del acceso a la justicia y se cumplan determinadas condiciones (STJUE de 14 de junio de 2017 Asunto C-75/16 Menini Rampanelli. Bauzá Martorell, op cit. P.60, 61

⁷ Informe (2004) OP N. ° 6 , sobre el derecho a un proceso equitativo, en un plazo razonable y el papel de los jueces en el proceso teniendo en cuenta los ADR, <https://rm.coe.int/168074752d>

⁸ Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties CEPEJ (2007)15. <https://rm.coe.int/16807475b6>

⁹ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ' Mediation Directive ' Comisión Europea (2013) <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bba3871d-223b-11e6-86d0-01aa75ed71a1#>

“La falta de transposición de la expresión “derechos y obligaciones que no están a disposición de las partes” por parte de varios Estados miembros podría generar ambigüedad en cuanto a si las disputas que les conciernen podrían ser objeto de mediación o no. Además, muchos Estados miembros no han excluido explícitamente la mediación en asuntos fiscales, aduaneros o administrativos o por la responsabilidad del Estado por actos y omisiones en el ejercicio de la autoridad estatal. En algunos casos, esto podría, en principio, permitir el uso de la mediación en estas disputas. Alemania permite la mediación en cuanto a asuntos administrativos al no limitar sus normas de transposición a asuntos civiles y comerciales.”

Parlamento Europeo que, en el marco de la revisión normativa, promueva una regulación que permita ampliar la mediación a las cuestiones administrativas (15). Recomendación que el Parlamento hizo suya, mediante la Resolución de 12 de septiembre de 2017, pidiendo a la Comisión buscar soluciones normativas que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación para las cuestiones administrativas.

Recientemente, (diciembre 2022) la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) ha publicado el Informe sobre la promoción de la mediación para dar solución a los conflictos creados entre la Administración y la ciudadanía en los Estados miembros del Consejo de Europa, en el que presenta la mediación como un instrumento para mejorar la calidad y la eficiencia de la justicia, pero también como un mecanismo que contribuye a equilibrar las relaciones de los particulares con la administración. Entre las principales novedades cabe destacar que realiza una definición amplia del concepto de mediación administrativa otorgándole un estatus específico.

Reconoce explícitamente el valor de la mediación como mecanismo preventivo, fuera del ámbito estrictamente judicial, diferenciando entre:

- Mediación institucional: realizada por un mediador institucional, resaltando la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo. Especialmente útil para cuestiones vinculada a la mala administración.
- Mediación convencional: el mediador es un tercero no institucional.
- Mediación jurisdiccional: iniciado el procedimiento judicial.

Refleja un amplio campo de aplicación en lo que se refiere a la tipología de conflictos tratables, incluyendo aquellos que tradicionalmente se han resuelto en los tribunales, pero también los relacionados con el concepto de “buena administración”, resaltando que el proceso de mediación puede suponer un cambio importante en los principios que rigen el funcionamiento de la administración y entendiendo la mediación como un proceso que mejora la calidad de las relaciones entre la ciudadanía y la administración, especialmente en el caso de los más desfavorecidos.

¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_ES.html

¹¹ Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states CEPEJ (2022) <https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promoting-administrative-mediation-en-adopted/1680a95692>

¹² El informe recoge buenas prácticas desarrolladas en los diferentes países, destacando como buena praxis la definición realizada por el Protocolo de mediación administrativa de Madrid “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro” https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/aud/justicia/protocolo_mediaci3n_contencioso_administrativo_madrid.pdf

¹³ Ponce Solé, Juli. “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración”, Revista internacional de transparencia e integridad, núm. 6, 2018, pp. 1-19. Mala administración expresión recogida en el art. 43 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según el autor la buena administración hace referencia al modo cómo el poder ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos.

CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En otro orden y retomando el concepto de derecho a la justicia, no es complejo asociar los mecanismos alternativos con los Derechos Humanos.¹⁴ Desde la comprensión que engloba no solo el acceso a un sistema judicial o extrajudicial, sino también el acceso a un servicio de justicia competente y eficaz, y una ciudadanía más informada respecto a sus derechos y forma de ejercerlos (art. 10 DUDR, art.14 ICCPR).¹⁵

De hecho, si analizamos las experiencias de los ADRA en la actividad ordinaria de la administración pública en nuestro país durante los últimos 20 años, se observa que se han consolidado servicios y programas de mediación vinculados a la mejora de la convivencia¹⁶, y en los que, mayormente, se ofrecen vías de solución alternativas a los conflictos existentes entre particulares, si bien la línea entre lo privado y lo público a veces confluye por cuanto también están reguladas en ordenanzas municipales. Dichas experiencias encuentran su marco en los denominados derechos humanos de proximidad. Cabe recordar en este punto que el art. XXV de la Carta Europea de los Derechos Humanos en la Ciudad¹⁷ establece el compromiso de las ciudades firmantes a desarrollar en favorecer la solución extrajudicial de los conflictos civiles, penales, administrativos y laborales, mediante la implantación de mecanismos públicos de conciliación, transacción, mediación...

La implementación de la mediación administrativa, desde la nueva concepción del ejercicio de las políticas públicas desde el enfoque basado en derechos humanos, implica a las administraciones a adoptar como marco referencial de su actuación¹⁸ a los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados tanto en instrumentos internacionales, como en las constituciones y normas nacionales.

¹⁴ Ornelio Landero, Eglá, "Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano", en Barataria, Revista Castellano Manchega de Ciencias Sociales, número 17, p. 81-95, junio de 2014, red: <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>

¹⁵ El art.10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

La Carta de las Naciones Unidas contempla la justicia como uno de los principios básicos. Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 67/1 de 24 de septiembre de 2012, ratificó su objetivo de garantizar la igualdad en el acceso a la justicia y manifestó su compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para ello.

¹⁶ Bajo las denominaciones de Mediación comunitaria o mediación social.

¹⁷ Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint-Denis, 2000) <https://uclg-cisdp.org/es/noticias/carta-europea-salvaguarda-los-derechos-humanos-ciudad>

¹⁸ Vaquer Caballería, Marcos. Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad. Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 2, 2003, págs. 139-145 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=650449>

La Carta está llamada a integrarse en el sistema de fuentes del derecho local en los municipios que la ratifiquen. Ahora bien, por su misma textura normativa, los preceptos que se contienen en ella tienen una eficacia principal. En efecto, la mayoría de "derechos" proclamados en la Carta constituyen en realidad principios, esto es, normas de segundo grado. (...) Como también ocurre con los mencionados derechos/principios del capítulo III del título I de la Constitución española, la eficacia de estos preceptos consistirá cabalmente en informar en lo sucesivo la actividad (normativa y ejecutiva) del municipio y su aplicación o control judicial. Desde esta óptica, su virtualidad no puede ser ignorada.

Finalmente, el 2015 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, (ODS) en la cual se establecen objetivos desde una perspectiva de los Derechos Humanos. El objetivo número 16 plantea: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.” y pone el foco entre otras cuestiones en promover el acceso a la justicia, garantizando en todo momento una colaboración social inclusiva.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Ventajas frente a la vía judicial como medio de solución de conflictos

Se viene apuntando que, como medio de solución de conflictos alternativo o complementario de la vía judicial, la mediación presenta un innegable beneficio para esta, al servir de instrumento para descongestionarla.^{19 20 21 22}

No obstante, y como es bien sabido, la mediación no solo produce este efecto reflejo, de reducir la carga de los tribunales, sino que la solución del conflicto mismo de forma autocompositiva presenta también ventajas, al margen de que es un procedimiento más rápido y por consiguiente, más económico.

¹⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Exposición de Motivos: *Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.(...)* A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal. La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquellos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

²⁰ Mediación y Arbitraje en la Administración Pública, Director Bauzá Martorell, Felio José, Capítulo I, Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración, Ortiz Pradillo, Juan Carlos. La crisis de la vía judicial se debe, entre otros motivos que ahora procede condensar muy sintéticamente a la excelente formación de los operadores jurídicos y a la conquista del garantismo aplicado a tales procedimientos, lo cual ha dado lugar a unos niveles de litigiosidad que el sistema no puede digerir.(Pág. 53)

²¹ Razón por la cual la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, Consejo de Europa, se ha ocupado de la promoción de la mediación en los distintos ámbitos.

²² La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)) reconoce que, como procedimiento extrajudicial alternativo, voluntario y confidencial, la mediación puede ser un instrumento útil para aliviar los sobrecargados sistemas judiciales en determinados casos, y sujeta a las necesarias salvaguardias, ya que puede permitir la resolución extrajudicial rápida y barata de litigios entre personas físicas o jurídicas, teniendo en cuenta que la duración excesiva de los procedimientos judiciales puede constituir una violación de la Carta de los Derechos Fundamentales, al tiempo que garantiza un mejor acceso a la justicia y contribuye al crecimiento económico.

En efecto, la mediación permite buscar otras soluciones posibles, igualmente respetuosas con el principio de legalidad, que rebasan los estrictos confines del litigio, resultando soluciones más flexibles y adaptadas a las necesidades de las partes y no necesariamente ceñidas al caso en que la disputa concreta encuentra su origen.

Por otro lado, la solución del conflicto en mediación permite la satisfacción de las partes, al consistir en un acuerdo que compone sus mutuos intereses, de manera que estas no se enfrentan y polarizan tras la decisión, sino que encuentran un punto común satisfactorio.

El cumplimiento del acuerdo y su perdurabilidad, al ser las partes sus coautoras y responsabilizarse de él, queda garantizado por ellas mismas.^{23 24}

Y no solo como medio de solución de conflictos, sino que la mediación como proceso, al ser de diálogo y cooperativo, presenta también indudables ventajas para las partes y para la sociedad en su conjunto, fomentando la que se ha llamado cultura de mediación. En el proceso de mediación, la comunicación y el entendimiento de perspectivas ajenas cobra protagonismo, lo que incide positivamente en la paz y la convivencia social.²⁵

²³ Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Exposición de Motivos: *Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.*

²⁴ ¿Qué es la mediación? Lorenzo Aguilar, Jesús y González Morales, María del Mar, Ed. Tébar Flores, 2018, pág. 10, contempla entre las ventajas de la mediación que: *Aumenta la creatividad. La mediación es más flexible, permite que las partes opinen con respecto a su situación, y los acuerdos no están sujetos a nada, por lo puede adaptarse más a las necesidades de las personas. Aumenta el protagonismo de las partes, con lo cual aumenta la responsabilidad de estas. Los acuerdos son más duraderos. La responsabilidad que proporciona ser coautor de estos acuerdos facilita que las partes se esfuercen por mantenerlos en el tiempo. Se produce un “deuteroaprendizaje”. Al solucionar un conflicto, la persona puede adquirir capacidad para solucionar otros futuros conflictos en la misma área o áreas diferentes.*

²⁵ Una mirada diferente a la educación. Mediación y Resolución de conflictos en una escuela. García Raga, Laura y Crespo Ginés, Alberto, 5 de junio de 2012: *Entre otras herramientas idóneas para mejorar la convivencia, la mediación se nos presenta como una estrategia con múltiples posibilidades pedagógicas. Respetando la diversidad de matices que puedan englobarse en un concepto amplio de mediación, la podemos entender como “un proceso estructurado de transformación positiva de conflictos que, mediante el diálogo, colaboración y respeto entre las personas implicadas y con la ayuda de una tercera persona o varias (mediador o mediadora), permite explorar el conflicto producido, buscar soluciones al mismo, y restablecer relaciones deterioradas por el enfrentamiento” (García Raga - Heras, 2008: 17). (...)Esta visión de la mediación como instrumento de más amplia base, denominado por algunos especialistas como cultura de mediación (Boqué, 2003: 12), supone ir más allá de la simple intervención que facilita la superación de los conflictos en los centros educativos; significa “un pequeño empujón hacia la anhelada cohesión social, puesto que, al incluir a los distintos participantes en un conflicto, promueve la comprensión; al aceptar diferentes visiones de la realidad, defiende la pluralidad; y al fomentar la libre toma de decisiones y compromisos, contribuye a la participación democrática”. Bonafé-Schmitt (2000: 24-26) entiende, en un sentido similar, que la mediación, más que una técnica eficaz de resolución de conflictos, es sobre todo un proceso realmente educativo para todos sus participantes que permite la creación de nuevas solidaridades entre los miembros de la comunidad educativa. En definitiva, parece evidente que la mediación es, junto con otras estrategias educativas, un instrumento que contribuye al desafío de la convivencia y prepara a la ciudadanía para el desempeño de competencias cívico-sociales necesarias*

Aplicación de la mediación como medio de solución de conflictos en el ámbito administrativo

La solución de los conflictos a través de la mediación favorece la realización práctica de los principios de legalidad, eficacia y eficiencia en la actuación de la Administración (arts. 9.3 y 103.1 CE). El proceso de mediación evita la polarización de las posturas de la Administración y del ciudadano, lo cual, si es en cualquier caso máxima para una relación correcta, en el caso de la Administración se erige en garantía de la objetividad con que debe servir a los fines de interés general (art. 103 CE), que se concreta en cada una de las potestades que tiene atribuidas, y favorece la participación del ciudadano (art. 105 CE). En definitiva, la mediación se orienta a la satisfacción del derecho del ciudadano a una buena administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (DOCE 18/12/2000).

Participación de la ciudadanía en la interpretación y aplicación de la ley: garantía del principio de legalidad

Efectivamente, la mediación favorece el acierto y objetividad en la aplicación de la ley, que es exigencia del principio de legalidad, gracias al diálogo y participación del ciudadano que están implícitos en ella. Toda aplicación legal exige el curso de un proceso lógico de determinación de hechos y selección de normas, para el que es imprescindible tener en cuenta la perspectiva del ciudadano afectado. Así, la mediación, incluso en el ámbito del ejercicio de potestades regladas, tiene cabida para profundizar en la necesidad, utilidad y realización efectiva del derecho de audiencia del interesado.

No constituye una transacción sobre derechos de la Administración

El sometimiento a mediación de un asunto que no esté decidido por acto administrativo firme y no revisable, no constituye una transacción, ni está por tanto sujeto a sus requisitos²⁶. Si no hay acto administrativo, o este ha sido objeto de impugnación o bien puede ser revisado, no puede hablarse con rigor de que la Administración tenga efectivamente un derecho (subjetivo), de modo que el cambio de criterio de la Administración en el proceso de mediación sobre los hechos determinantes de la aplicación de la norma, sobre la norma aplicable o sobre su interpretación, que lleven a negar la existencia de tal derecho, no implica transigir sobre él, sino seguir un proceso adecuado y profundo para determinar si tal derecho le correspondía o no efectivamente.

²⁶ Véase, entre otras, la Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Art 7.3 no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.

Solución de conflictos de forma duradera, satisfactoria y preventiva: garantía de los principios de eficacia y eficiencia

El modo en que la mediación permite solucionar los conflictos es acorde también con los principios de eficacia y eficiencia que rigen la actuación de las Administraciones Públicas al permitir una solución definitiva del conflicto de forma satisfactoria para ambas partes. La simplicidad y singularidad del procedimiento, frente a la tecnificación y estandarización del normal proceder administrativo, permite que las personas, (la/el ciudadana/o y representante de la Administración), se vean directamente involucrados e implicados en la solución del conflicto, y con ello se facilite la aproximación de las posturas. En este aspecto, es de gran interés que no se limita a la solución a posteriori del conflicto, como es propio del carácter revisor de los mecanismos de impugnación del acto administrativo, sino que permite la creación de un estado de cosas para el futuro que prevenga nuevos enfrentamientos. Previene así disputas futuras que en otro caso surgirían con la consiguiente implicación de medios humanos y materiales.²⁷

Flexibilidad en la solución de conflictos por la vía de la participación de la ciudadanía en el ámbito de la discrecionalidad administrativa

La intervención de la Administración no cercena tampoco las posibilidades que ofrece la mediación de brindar una solución creativa y flexible al conflicto, puesto que, tanto en el ejercicio de las potestades discrecionales, como en la decisión misma de ejercitar una potestad, la Administración cuenta con un ámbito para valorar elementos de oportunidad en el que la utilidad de la mediación es relevante. En otras vías de solución de conflictos la intervención del ciudadano suele quedar limitada a contrastar la actuación administrativa con el marco normativo aplicable, así es de modo taxativo en el caso de la revisión del acto, de forma que toda cuestión de oportunidad queda fuera de su alcance. Sin embargo, la mediación permite al ciudadano adentrarse en el núcleo de la discrecionalidad o dialogar sobre la procedencia de realizar nuevas actuaciones administrativas, introduciéndose así elementos de oportunidad en el debate creado entre la Administración y él.

Cultura de mediación: acorde con el progreso de los valores constitucionales en la sociedad

Por otro lado, la 'cultura de mediación' en el ámbito administrativo favorece el progreso democrático de la sociedad, caminando hacia la realización de los valores propios del Estado social y democrático de Derecho proclamado por el art 1.1. CE, al establecer un sistema de relación con el ciudadano más accesible, que amplía y promueve la participación ciudadana (art 9.2 CE) y empodera a la persona, dándole voz de manera directa y situando la dignidad del ciudadano, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE), en el centro de la solución del conflicto.

²⁷ *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública, Director Bauzá Martorell, Felio José, Capítulo I, Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración, Ortiz Pradillo, Juan Carlos una solución consensuada de la controversia no solo dotará de mayor rapidez y agilidad al procedimiento sin que también posibilitará hacer efectivos los principios de proximidad a los ciudadanos y participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa (Art 3.1 LRJSP) considera que el principio de legalidad está completado por el principio de eficacia y al efecto de alcanzar los fines públicos encomendados y hacer efectivo el principio de eficacia, la administración deberá buscar la colaboración y el consenso de los propios afectados (Pág. 64)*

En este sentido, la guía para la Promoción de la mediación para resolver disputas administrativas en los estados miembros del Consejo de Europa de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPJ) destaca como beneficios de la mediación en materia administrativa, mejorar la calidad de la relación entre ciudadanos y administraciones, al facilitar el diálogo y acercar a ciudadanos y Administración, la accesibilidad del lenguaje y del procedimiento de mediación, y su adecuación a las necesidades de resolución de las disputas de la Administración con los más desfavorecidos.

La aceptación del proceso de mediación por la Administración comporta el desarrollo de un poder más equitativo y justo, que abandone su posición de preeminencia para no imponer sus decisiones de forma unilateral. De modo que implica la comprensión por parte de la Administración, de que toda norma legal admite distintas interpretaciones, a veces no coincidentes con la que en una primera visión ha podido ser tenida en cuenta por ella, y de que la sociedad requiere una Administración preocupada por acertar y ser justa, y no una Administración enfrentada a los ciudadanos.²⁸

Precisamente, esta posición de la Administración legitima su autoridad y con ello favorece la conciencia de vigencia del ordenamiento jurídico, que es imprescindible para lograr la voluntariedad de su cumplimiento y con ello garantizar su efectiva aplicación.

La mediación administrativa constituye un plan de acción a favor de las personas, compatible con la Agenda 2030, con la intención de fortalecer la paz universal, el acceso a la justicia y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

En este marco de la cultura de paz, ponemos en valor el uso de este sistema ADRA-MASC como un medio esencial para mejorar las relaciones entre la administración y los ciudadanos, facilitando una mejor comunicación y participación pública en los términos en que se concreta el derecho de buena administración y siempre bajo la idea de servicio objetivo efectivo en los términos que contempla el art. 103.1 de nuestra Constitución.

²⁸ *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública, Director Bauzá Martorell, Felio José, Capítulo I, Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración, Ortiz Pradillo, Juan Carlos: Cuando las fuerzas o el nivel de poder son claramente desiguales, uno de los miembros puede imponer su voluntad unilateralmente sobre el resto, sin necesidad de dialogar de modo que no considera necesario someter su decisión al consenso, pues basta con que el más fuerte tome una decisión para que el resto del grupo tenga que cumplir con la misma. Precisamente, la desigualdad en las fuerzas o poderes con las que cuentan los partícipes de la relación administrativa con una entidad o autoridad administrativa será, como veremos, una de las principales causas por las que no se ha avanzado apenas en la introducción de mecanismos de solución de conflictos basados en el consenso o en negocios compositivos en el Derecho Administrativo. (Pág. 52)*

Se puede pues concluir que la mediación en la solución de conflictos en los que intervenga la Administración se enmarca en el Estado social y democrático de Derecho y debe ser promovida por los poderes públicos de acuerdo con el art. 9.2 CE, que les exhorta a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.²⁹

ASUNTOS DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA LLEVADOS A CABO EN ESPAÑA DURANTE 2021

Se analizan a continuación las experiencias habidas en la Unidad de Mediación del Ayuntamiento de Madrid , el GAIP de la Generalitat de Catalunya y el Defensor del Pueblo Andaluz , debiendo precisar que no son las únicas porque están en marcha también proyectos de mediación administrativa en otras ciudades del territorio español (Comunidad de Valencia, Diputación de Valladolid, Ayuntamiento de Burgos...).

Asimismo, se ha tomado como dato de comparación un único año, el 2021, por ser la información más reciente publicada en los informes y memorias elaborados por estos organismos.

Unidad de Mediación administrativa del Ayuntamiento de Madrid

Esta Unidad se creó en el año 2019 y desde entonces se han tratado asuntos de diversa índole, siendo las materias de mayor aceptación las molestias medioambientales, tanto en disciplina ambiental como urbanística, así como los asuntos de urbanismo en las Juntas de Distrito. Las propias ordenanzas municipales han incluido expresamente la potestad de acudir a un proceso de mediación en asuntos de Disciplina Urbanística y Medio Ambiente.

En la Unidad de Mediación del Ayuntamiento de Madrid parten de la base de que “los acuerdos facilitadores son aquellos que se realizan en sesiones conjuntas entre el solicitante del proceso de mediación y el personal municipal competente en el procedimiento administrativo (inspectores e instructores); favorecen la comprensión sobre el proceso y facilitan el cumplimiento de lo requerido en el procedimiento administrativo.”

Distinguen entre “intermediación administrativa” y “proceso de mediación administrativa”, exponiéndose lo siguiente:

La intermediación se produce cuando, tras haber realizado las sesiones informativas con las partes implicadas, no concurren las circunstancias adecuadas para iniciar el proceso de mediación, pero sí favorece el hecho de trasladar de una parte a otra, a través de la persona mediadora, información de interés para la adopción de las medidas exigidas en el procedimiento administrativo (por ejemplo, trasladar un proyecto técnico o fechas de ejecución).

Mediación y Arbitraje bajo la premisa del derecho a una “Buena Administración” el Estado ha de desarrollar instrumentos que lo hagan efectivo. (Págs. 121 y 122)

³⁰ La información facilitada ha sido obtenida gracias a los datos facilitados por la propia Unidad de Mediación del Ayuntamiento de Madrid.

³¹ <https://www.gaip.cat/ca/inici>

³² <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/el-dpa-media>

³³ Se ha tomado como dato de comparación un único año, el 2021, por ser la información más reciente publicada en los informes y memorias elaborados por estos organismos.

La mediación se produce cuando las partes implicadas han realizado las sesiones informativas y, además, han aceptado iniciar el proceso de mediación. En esta fase se dan tanto sesiones individuales (caucus) como conjuntas. De este proceso se derivan los resultados de la mediación: sin acuerdo y con acuerdo parcial y/o total.”³⁴

Desde el 15 de junio de 2019 a 31 de diciembre de 2022, los asuntos recibidos que han pasado por un proceso de mediación son 38, de los cuales 8 terminaron sin acuerdo, 13 con acuerdo parcial y 17 con acuerdo total.

Los acuerdos parciales en el proceso de mediación suelen estar relacionados con la disminución de las molestias (usos, horarios...) y con la planificación en la adopción de medidas correctoras (plazos para presentar propuestas técnicas).

Los acuerdos totales son aquellos que van encaminados a adoptar completamente las medidas correctoras o a un cese de molestias porque el vecino afectado ha visto satisfechos sus intereses.

Aquellos asuntos en los que no se han conseguido acuerdos parciales o totales en mediación suelen finalizar con:

1. cambio de local/emplazamiento,
2. inicio de demanda judicial civil,
3. adopción de medidas correctoras fuera del proceso de mediación.

El porcentaje de acuerdos parciales o totales asciende a 78,9%

Si se unen a los acuerdos totales son parciales de los procesos de mediación los acuerdos facilitadores y las actuaciones de intermediación entre las partes, aumenta el resultado positivo en resolución y prevención de conflictos: 102 asuntos con algún tipo de acuerdo que ha favorecido la resolución del procedimiento administrativo (el 93% de los casos concluidos).

Por lo tanto, en un 94,1% del total de los casos recibidos en la Unidad que han iniciado algún tipo de contacto (sesión informativa al menos), se ha conseguido algún tipo de acuerdo que ha facilitado o logrado la adopción de medidas exigidas por el Ayuntamiento.

Actualmente hay en tramitación 39 casos, de los cuales 33 provienen de Medio Ambiente y el resto son 3 de la Agencia de Actividades, 1 del Área de Urbanismo y 2 de Juntas Municipales de Distrito.

De estos 39 casos en mediación hay 13 y 7 de ellos han firmado acuerdos parciales.

³⁴ Documento de elaboración interna de la Unidad de Mediación del Ayuntamiento de Madrid, facilitado para la elaboración de este trabajo.

Además, hay en seguimiento 4 en los que se están ejecutando acuerdos de mediación totales que suponen la adopción de medidas correctoras y/o el cese de molestias.

Por lo demás, 16 casos se encuentran en actuaciones informativas (asistencia de una de las partes, o de las dos, pero sin respuesta aún a aceptar la mediación). También existen 6 casos en intermediación.

El GAIP de la Generalitat de Catalunya

El GAIP es la Comissió de Garantía del Dret d'Accés a la Informació Pública de la Generalitat de Catalunya. De los datos publicados en su Memoria de actividades de 2021³⁵, se ha recogido una síntesis de la tipología de todas las solicitudes tratadas en el citado organismo, incluyéndose las tratadas en el servicio de mediación que tienen incorporado. Este servicio no se rige por las reglas del procedimiento de mediación, ya que no siguen los mismos principios informadores del proceso de mediación, ni tampoco las fases o los efectos de los acuerdos.

De otro lado, ello no obsta para que pueda resultar interesante analizar cómo la ciudadanía solicita este servicio de mediación, dentro de su derecho constitucional de acceso a la información pública, tratándose de temas de gran diversidad temática, siendo los más recurrentes la solicitud de información de los relacionados con personal, servicios públicos, urbanismo, licencias, estudios e informes y enseñanza, principalmente.

La mera utilización del servicio por la ciudadanía pone de relieve el interés por los ciudadanos en obtener una respuesta a un interés legítimo, además de ser una forma de control político brindando una oportunidad de cumplimiento del principio democrático de sometimiento de las administraciones públicas a los ciudadanos.

El Defensor del Pueblo Andaluz

Con el propósito de ayudar a la ciudadanía y a las administraciones a encontrar una solución que respete los intereses de cada una y resuelva el problema a ambas, el Defensor del Pueblo Andaluz creó el servicio de mediación administrativa para garantizar los derechos y libertades de las personas, como recoge en su propia web.

La mediación la puede solicitar cualquier colectivo de ciudadanos o ciudadanas, así como cualquier administración pública, e incluso de oficio el propio Defensor puede proponerla ante una queja interpuesta, si considera que la mediación puede ser una fórmula más eficaz de gestionarla.

En el año 2021 se atendieron 354 asuntos en mediación, habiéndose obtenido una resolución favorable (acuerdo o negociación posterior) de 150 de ellos, es decir, el 62.6 %, y de los cuales, 11 fueron rechazos a participar en la mediación por la administración pública.

Las administraciones que han participado suponen el 70 % la administración local y el 30 % la administración autonómica y sus entes locales.

³⁵ <https://www.gaip.cat/web/.content/memories/2021/Memoria-GAIP-2021-castellano.pdf>

En cuanto a los niveles de satisfacción, la memoria de actividades del 2021 refleja que el 95 % de la ciudadanía tiene niveles de satisfacción positivos, porcentaje de alta satisfacción que se mantiene desde el año 2016.

Análisis de la tipología de los asuntos tratados en mediación en los tres organismos referidos

Partiendo de la información obtenida y para poder hacer un análisis de la tipología de asuntos que se han llevado a cabo en las tres instituciones, se han agrupado los asuntos en grandes grupos de materias por políticas administrativas, tomando el modelo del análisis realizado en el Informe Anual 2022 dPA, Defensor del Pueblo Andaluz³⁶, desglosándose en los siguientes grupos:

- **Políticas sociales**, en las que se encuentran los Servicios Sociales, Salud, Empleo, Vivienda, Igualdad de Género y Educación.
- **Políticas territoriales**, se encuentran asuntos relativos a Movilidad, Urbanismo, Cultura y Tic, Obras Públicas y Medio Ambiente
- **Administración Pública, Tributos y Ordenación del Territorio**, en los que se tratan asuntos sobre Administración Tributaria y Gestión Administrativa y Ordenación Económica. Y,
- **Justicia**, abordándose temas de Seguridad ciudadana y Administración de Justicia, en general.

Partiendo de estos cuatro grupos de materias, se han obtenido los siguientes datos:

- En Andalucía, los asuntos más números tratados en mediación han versado sobre **políticas territoriales** (57%), dentro de las cuales, han sobresalido asuntos de Medio Ambiente con el 41% y de movilidad con el 38%, seguido de **políticas sociales** (30%), donde la educación tiene el 40 % de los asuntos tratado, seguidos por Servicios sociales con el 23 % y Salud con el 21 %.
- Respecto de Madrid, el 93 % de los asuntos tratados versaron sobre políticas territoriales, siendo en su mayoría relativos a medio ambiente (88,3 %).
- En Catalunya, los asuntos de Administración Pública comprenden el 42 %, siendo la gestión administrativa y ordenación económica en su mayor número, seguido de políticas sociales con el 35 %, en los que destaca los asuntos de empleo y por último, las políticas territoriales (23 %), siendo los asuntos de urbanismo los más tratados en mediación.

En cuanto a la totalidad de los asuntos tratados, los mayoritarios en conjunto versan sobre políticas territoriales (48%) seguidos por políticas sociales (30%).

³⁶ <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-anual-2021/>

2.1.2. Ámbitos de la actuación administrativa para la mediación

MEDIACIÓN AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

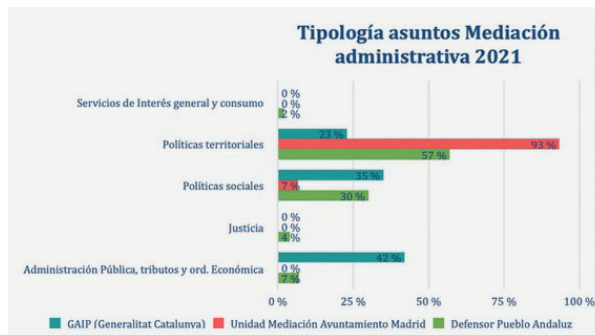
Dando por sentado que ninguna norma jurídica prohíbe la mediación administrativa y que el conflicto con la Administración puede surgir con un ciudadano al margen de un procedimiento en el que intervenga como interesado, es claro que la mediación administrativa puede tener aplicación en cualquier ámbito de actuación administrativa. Únicamente quedaría excluido del ámbito de la mediación el caso de que pudiera entrar en contradicción con un acto firme, caso en el que se precisaría articular su revisión, por alguno de los cauces previstos para ello, o bien la transacción sobre los derechos en él reconocidos, con las formalidades previstas legalmente.

El conflicto que puede ser solucionado por la vía de mediación administrativa puede pues surgir en el ámbito de un procedimiento administrativo, articulándose la mediación como mecanismo para su terminación, pero puede también surgir o solucionarse al margen de tal procedimiento.

A continuación nos centraremos en su encaje en el procedimiento administrativo y en vía de recurso, como medio para su terminación, pero debemos subrayar también otros momentos de la actuación administrativa en los que puede ser de aplicación que no son desdeñables en la práctica.

En efecto, en el proceso de mediación el ejercicio de potestades administrativas susceptibles de ser iniciadas exclusivamente de oficio puede servir para la solución del conflicto, pudiendo así el ciudadano intervenir efectivamente en la decisión de ejercitarlas, que de otro modo solo podría instar con la limitada eficacia del derecho de petición.

Por tanto, la mediación puede ser útil para la solución de un conflicto surgido sin haberse iniciado un procedimiento administrativo, o incluso, una vez iniciado el procedimiento administrativo, para solucionar el conflicto surgido en él ofreciendo una solución al margen o en paralelo a su terminación.



MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Sobre la finalidad del procedimiento administrativo

No existe una regulación expresa y comprensiva de la mediación en el procedimiento administrativo. Por este motivo, nos enfrentamos al reto de resolver cómo la encajamos dentro del procedimiento administrativo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Para ello, debemos tener presente que el procedimiento administrativo, lejos de ser una carga para el ciudadano que retrasa su acceso a los Tribunales, debe ser útil y ofrecer la posibilidad de satisfacer sus legítimos intereses de una manera más sencilla, accesible y económica que la vía judicial, ya que no requiere asistencia técnica y sus costes son menores que los judiciales.

La exigencia procesal de agotamiento previo de la vía administrativa debe encontrar una compensación en la utilidad del procedimiento.

Para lograr el encaje de la mediación en el procedimiento administrativo es necesario prestar atención a dos ideas esenciales, que tienen que ver con la concepción de procedimiento y con las distintas formas de terminación del mismo.

En términos generales, el procedimiento administrativo aparece como una sucesión de trámites (art. 70 LPACAP) impulsados de oficio por la propia Administración (art. 71 LPACAP) que tiene por finalidad el dictado de un acto administrativo o resolución que le pone fin (art. 88 LPACAP).

Todo acto administrativo goza de una presunción de validez y eficacia y es inmediatamente ejecutivo en los términos que indica la ley (art. 38 y 39 LPACAP).

Esta presunción encuentra su fundamento en la tramitación del procedimiento con arreglo a la ley, respetando todas las garantías, y es necesaria para la eficacia de la actuación administrativa y para cumplir con su finalidad de satisfacción del interés general (art. 103 de la Constitución).

Esta presunción produce el efecto inmediato de trasladar al interesado la carga de recurrir la resolución si no está de acuerdo con ella.

Pero más allá de esta concepción formal, encontramos que ese acto o resolución no solo pone fin al procedimiento resolviendo la cuestión que planteen los interesados, sino que, debe resolver todas aquellas cuestiones derivadas del mismo (art. 88 LPACAP) y su contenido, además de ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debe ser adecuado a los fines que persigue (art. 34 LPACAP).

Por ello, podemos concluir que, si bien, no rige en el procedimiento administrativo un principio inquisitivo que obligue a la Administración a indagar la verdad, tampoco responde a un modelo de tramitación formal, rígida y burocrática.

Esta concepción del procedimiento resultaría incompatible con la posición que tiene la Administración Pública en nuestro sistema legal, según resulta del art. 103 de la Constitución.

Por otro lado, la resolución a la que se refiere el art. 88 LPACAP es la forma habitual de terminar el procedimiento, pero no es la única, ya que los art. 84 y 86 LPACAP contemplan otras formas, tales como el desistimiento, renuncia, declaración de caducidad o terminación convencional del procedimiento.

No hay, pues, un modo único, ni predeterminado de finalizar el procedimiento, sino que tendrá lugar uno u otro, según cada caso.

En este contexto, y esta sería la segunda idea, la mediación se presenta no como una forma adecuada para poner fin al procedimiento sino que encaja en el mismo, como la forma de terminar el procedimiento de conformidad con el art. 84 y 86 LPACAP.

La terminación convencional del procedimiento

El artículo 86 LPACAP es la base positiva que nos permite introducir la mediación como forma de terminación del procedimiento administrativo, una vez que hemos establecido su compatibilidad con el sentido y finalidad del procedimiento. De su lectura cabe hacer las siguientes consideraciones.

La primera de ellas es que, aunque no contempla de manera expresa la mediación (a diferencia de otros preceptos de la misma ley donde sí se contempla, como es el art. 112.2 LPACAP), introduce la idea del acuerdo de voluntades como forma de finalizar el procedimiento.

Este acuerdo de voluntades da entrada a la mediación y marca la diferencia con otras formas de terminación del procedimiento a las que se refiere la ley que son actos unilaterales, como la resolución, el desistimiento y la renuncia, o que se producen al margen de la voluntad, como es la imposibilidad de continuar el procedimiento o la caducidad (art. 21 LPACAP).

La segunda consideración es que la terminación convencional puede tener lugar en cualquier procedimiento.

La Ley 39/2015 hace una concreta aplicación de la terminación convencional para determinados procedimientos, tales como el de responsabilidad patrimonial (art. 91 LPACAP) y de determinación de daños y perjuicios (art. 90.4 LPACAP), pero es claro que el artículo 86 LPACAP tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio.

Refuerza esta afirmación que la previsión de suspender el procedimiento cuando se está analizando la posibilidad de ponerle fin de manera convencional tampoco se limita a procedimientos específicos (art. 22.1.f) LPACAP).

El tercer aspecto que debe ser también examinado es el que hace referencia a los límites que de manera expresa recoge el art. 86 LPACAP.

Tales límites son realmente aplicables a cualquier procedimiento y a cualquier forma de terminación del mismo, debiéndonos remitir en este punto a los art.s 93 y 94 LPACAP.

En efecto, ningún acto administrativo puede ser “contrario al ordenamiento jurídico”. Conviene, no obstante indicar en este punto, que la mediación no supone una aplicación alternativa de la norma sino, al contrario, la realización del principio de legalidad. Lo único que cambia es cómo se llega al dictado de ese acto que ponga fin al procedimiento que, como cualquier otro, deberá ser conforme a derecho.

En el mismo sentido, hay que decir que todo acto administrativo tiene “por objeto satisfacer el interés público”, ya que así resulta del art. 103 de la Constitución.

La exigencia de que el acuerdo “no verse sobre materias no susceptibles de transacción”, tampoco limita los procedimientos en los que es posible la terminación convencional. A este respecto, hay que decir que no hay potestades administrativas enteramente regladas o discrecionales o materias susceptibles de transacción y otras que no lo sean.

En este sentido, sería más correcto referirse a aquellos elementos que son susceptibles de transacción. Esta última consideración resulta muy relevante, ya que un aspecto sobre el que puede versar la mediación es sobre los hechos que dan lugar al ejercicio de la potestad correspondiente, sea reglada o discrecional.

Finalmente, el artículo 86 LPACAP admite que estos acuerdos (y por lo tanto la mediación) pongan fin al procedimiento o que se inserten en el acto que lo finalice. De este modo, la terminación convencional implica no solo el acuerdo, sino que también puede dar lugar a una renuncia o desistimiento.

La tercera idea es que la terminación convencional es una forma de poner fin a cualquier procedimiento y que puede tener un contenido muy amplio.

La mediación en el desarrollo del procedimiento administrativo

En general y salvo especialidades procedimentales, no hay concordancias del artículo 86 LPACAP con otros preceptos de la Ley 39/2015, de modo tal que sabemos que el procedimiento puede terminar por acuerdo, pero no hay una previsión legal de cómo, cuándo se puede llegar al mismo y con qué contenidos o efectos, lo cual dificulta el desarrollo de la mediación.

Esta falta de concordancias demuestra, por otro lado, que el procedimiento administrativo, pese al artículo 86 LPACAP, está concebido para que termine a través de una resolución en los términos que prevé el artículo 88 LPACAP.

Propuestas para integrar la mediación en el procedimiento administrativo

Esta falta de concordancias y de previsión legal, más allá del genérico artículo 86 LPACAP, dificulta la introducción y desarrollo de la mediación.

A partir de la finalidad del procedimiento administrativo, de su regulación y de la concepción de la mediación como medio para la terminación convencional del procedimiento podemos establecer las siguientes pautas para su integración.

En primer lugar, debe despejarse la cuestión de quien puede derivar a mediación.

El órgano administrativo puede por propia iniciativa derivar a mediación, ya que corresponde al órgano administrativo el impulso del procedimiento a través de todas sus fases hasta su conclusión (artículo 71 y 75 LPACAP) y la mediación se integra como una forma de terminación del procedimiento en los términos que antes hemos expuesto.

La especialidad del artículo 91.1 LPACAP puede generalizarse a todos los procedimientos en los que sea posible la terminación convencional del procedimiento.

Pero, también, puede el interesado puede solicitar la derivación a mediación. El artículo 66 no lo contempla (y el artículo 67 LPACAP tampoco), pero el contenido de las solicitudes de iniciación no es cerrado.

Al hilo de ello, resultaría muy útil que los interesados en el procedimiento conociesen la posibilidad de acudir a la mediación y que la ley permite la terminación convencional, pero lo cierto es que no hay una previsión general en este sentido. Ni tan siquiera se contempla en el artículo 65 LPACAP.

Únicamente encontramos en el artículo 64 LPACAP, referido a los procedimientos de naturaleza sancionadora, la “especialidad” de informar al presunto responsable de la posibilidad de reconocer voluntariamente los hechos con los efectos beneficiosos para él que prevé el artículo 85, que puede servir de guía.

En todo caso, el artículo 53.1.f) LPACAP apoya el derecho del interesado a obtener esa información.

Otras cuestión que puede resultar de interés es cómo se tramita el procedimiento de cara a una solución convencional.

A este respecto, resultaría útil para el órgano responsable de la tramitación del procedimiento contar con “marcadores” que le orienten y también resultaría útil contar en cada Administración Pública con una referencia al mediador al que acudir (posteriormente se analizarán los modelos de mediación a estos efectos).

Otro elemento clave en la tramitación del procedimiento son los informes que realizados con total imparcialidad y siendo entendidos por los interesados pueden centrar el conflicto.

En este punto, hay que recordar que rige en el procedimiento administrativo un principio antiformalista, pudiendo el instructor solicitar, además de los informes preceptivos, todos aquellos que tenga por conveniente (artículo 79 LPACAP).

El artículo 81 LPACAP puede servir de modelo y también los informes de los expedientes de responsabilidad patrimonial sanitaria en los que el Inspector Médico hacer una propuesta de resolución sobre la posible infracción de la *lex artis*.

Otra actuación útil a los efectos que ahora analizamos es la prevista en el artículo 87 LPACAP.

Paralelamente, hay que tener en cuenta también que el procedimiento administrativo contempla una intervención activa del interesado (artículo 76 y 82 LPACAP), lo que le permite hacer alegaciones en todo momento, proponer pruebas e, incluso, pedir informes (artículo 77.6 LPACAP).

Particularmente, el artículo 75.1 LPACAP prevé que los interesados puedan proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

De este modo, el interesado no solo puede plantear desde el principio un proceso de mediación para terminar convencionalmente el procedimiento, sino que, durante su tramitación, puede formular esa solicitud y orientar su intervención con esa finalidad.

Ventajas de la mediación en el procedimiento administrativo

Además de todas las ventajas propias de los procesos de mediación en el ámbito administrativo (a que se ha hecho referencia más arriba) cabe incluir las siguientes ventajas que presenta la mediación en el procedimiento administrativo:

1. Permite la simplificación de los procedimientos administrativos (artículo 96 LPACAP), ya que tanto si se llega a un acuerdo como si no se llega, la mera clarificación del conflicto facilita la tramitación del procedimiento para dictar la resolución que sea procedente.

Elo puede ser de mucha utilidad para administraciones con escasez de recursos humanos y materiales y poca capacidad de gestión o en procedimientos que afecten a una pluralidad de personas o en los que se planteen varias cuestiones.

2. Evita tanto los recursos administrativos como jurisdiccionales y, en su caso, ejecución forzosa de los actos administrativos, ya que la resolución definitiva a la que se ha llegado y que pone fin al procedimiento será aceptada por los interesados y se cumplirá voluntariamente, sin necesidad de ninguna actuación administrativa de ejecución.

3. Los inconvenientes legales propios de la mediación intrajudicial aquí no se dan, porque estamos dentro del procedimiento administrativo y las exigencias presupuestarias que debe cumplir todo acto administrativo para su dictado son las mismas que las que necesita el acto que se dicte tras un procedimiento de mediación.

4. No debemos olvidar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (con todos los matices que se quieran introducir), de modo que un procedimiento administrativo que no ha logrado centrar adecuadamente la controversia va a dificultar que la respuesta judicial sea la esperada y necesaria, con las consecuencias tan negativas que ello provoca, incluso aun cuando la sentencia sea estimatoria, además de todos los problemas de ejecución que se originan.

El proceso de mediación, cuando no concluye en un acto que ponga fin al procedimiento administrativo, contribuye a clarificar el conflicto, permitiendo deslindar lo controvertido de lo que no lo es, facilitando así la labor de los Tribunales con efectos beneficiosos para las partes en conflicto.

También la mediación puede servir una vez dictado el acto administrativo, como proceso de entendimiento en vía de recurso administrativo. A efectos de llevar a la práctica estas posibilidades de mediación, fuera del ámbito del procedimiento, desarrollaremos posteriormente los modelos de mediación, y la mediación en vía de recurso.

En medidas cautelares

Aun cuando el art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas únicamente prevé como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, entendemos posible la adopción de otras medidas, que pueden incluso, ser consecuencia de la suspensión, teniendo en cuenta la finalidad de éstas (evitar que la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación), la exigencia de valorar todas las circunstancias concurrentes y la previsión legal de poder adoptar medidas que aseguren la protección del interés público o de terceros y la eficacia del acto impugnado.

En este contexto, la mediación puede ser un instrumento adecuado para superar las limitaciones que ofrece el art.117 en el ámbito de las medidas cautelares administrativas y llegar a soluciones (tras un proceso de mediación) que conjuguen todos los intereses en conflicto.

Revisión de actos administrativos

Por lo que respecta al ámbito impugnatorio, se parte de la premisa de que no todos los recursos de alzada o de reposición pretenden un control de legalidad de la actividad administrativa. Es cierto que el artículo 112 LPC establece que en los recursos de alzada y reposición podrá invocarse cualquier causa de anulabilidad o nulidad de los arts. 47 Y 48 LPC.

Pero esto no excluye -y es normal en la práctica- que mediante la alzada y la reposición el interesado pretenda, simplemente, una distinta valoración de su caso (sin necesidad de cuestionar la legalidad de la inicialmente realizada) , un ejercicio diferente de la discrecionalidad, o del margen de apreciación técnica que corresponde al órgano administrativo o, por último, una mayor y mejor concreción de los derechos de los particulares a la hora de ofrecer una solución justa en la valoración de los conceptos jurídicos indeterminados.

En estos casos, en los que no hay parámetros normativos suficientes para que un órgano pueda enjuiciar una decisión administrativa, la mediación administrativa puede sustituir el criterio de oportunidad o técnico del órgano administrativo que resuelve la Alzada o la Reposición.

Es cierto que el artículo 112 LPC, a diferencia de lo que ocurre en la terminación convencional (art. 86 LPC), parece exigir un apoderamiento legal para la sustitución de los recursos de alzada y de reposición. Sin embargo, el anterior requisito o límite legal podría superarse a través del instituto de la revisión de oficio (arts. 106 y ss LPC) momento procesal en el que las partes podrán requerir un comportamiento administrativo revisor de una actuación administrativa a través de una fórmula mediadora que sustituya a los recursos administrativos.

Aunque también cabe sostener que la previsión del art. 112.2 en relación a la posibilidad legal de regular la mediación y otras formas de resolución del conflicto como sustitutivos de los recursos administrativos, es simplemente una opción que no excluye que durante la tramitación del propio recurso se pueda llegar a un acuerdo en los términos del art. 86 Ley 39/2015.

Ejecución de actos administrativos

La mediación puede ser también un método adecuado para la ejecución del acto administrativo firme. A este respecto deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, salvo que se trate de actuaciones que requieran la intervención judicial, es una actividad administrativa (artículo 99 LPACAP). De ahí que, en términos generales, resulte de aplicación todo lo que hemos expuesto con anterioridad.
- b) En segundo lugar, la actividad ejecutiva empieza con apercibimiento por parte de la Administración (artículo 99 LPACAP), esto es, se abre un trámite en el que se conmina al obligado a que cumpla el acto administrativo y ello puede propiciar un momento para iniciar un procedimiento de mediación.
- c) En tercer lugar, la actividad ejecutiva entraña un espacio para la mediación teniendo en cuenta que el artículo 100 LPACAP recoge los medios a través de los cuales se va a ejecutar el acto y positiviza el respeto al principio de proporcionalidad.

Así pues, dentro de este marco legal el procedimiento de mediación tendrá por objeto resolver cómo se va a ejecutar el acto y a través de qué medios.

2.1.3. Contextos de la mediación administrativa

La Sección constituida en el Ministerio de Justicia el 27 de septiembre de 2012, que elaboró el Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia en la Jurisdicción contencioso-administrativa (marzo de 2013), dejó constancia de la viabilidad jurídica de la mediación administrativa, tanto voluntaria como obligatoria (en este último caso, siempre que no se impida el acceso a la Jurisdicción contenciosa: SSTC 174/1995, FJ 3; y 352/2005, FJ 4).

El informe indica que, en una aproximación inicial a la cuestión, una hipotética regulación de la mediación administrativa podría encauzarse en dos niveles normativos: Primero, una regulación organizativa y procedimental general (del Estado) que dotase de un régimen jurídico básico y estable a la mediación administrativa voluntaria; y segundo, diversas leyes sectoriales (del Estado o de cada Comunidad Autónoma) que implantasen los mecanismos de mediación a cada sector de actividad.

La ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas incorpora nuevos usos para la terminación convencional del procedimiento a través de diversas formas de composición, no solo en áreas razonablemente susceptibles de transacción o de mediación como pueda la responsabilidad patrimonial de la administración, sino también en otras materias del régimen sancionador, pese al gran reto que -en el escenario de la mediación- implica ponderar el interés público que se deriva del “ius puniendi” del Estado, con aquellos otros bienes o derechos que reclaman los sujetos privados.

Además, en el marco de los recursos administrativos (alzada, reposición y revisión) la propia ley 39/2015 reconoce la posibilidad legal de sustituir estos recursos por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

El impulso dado a la mediación administrativa (ADRA³⁷ o MASC³⁸) por nuestras instituciones europeas a través de iniciativas legislativas incorporadas en nuestro derecho interno, junto con las experiencias y proyectos piloto de mediación administrativa e intrajudicial llevados a cabo en España en los últimos años, han ofrecido unos resultados extraordinarios que han permitido resolver una variedad de asuntos de enorme complejidad en distintos momentos y escenarios procesales en el orden contencioso-administrativo.

Con ello se ha demostrado de forma fiable la importancia de la mediación en derecho público como una técnica de composición que permite anticiparse a cualquier tipo de conflicto entre los particulares y las administraciones públicas, simplificar su grado de complejidad, potenciar la armonización de intereses y articular un dispositivo procedimental que facilite la aceptación consensuada y pacífica de las decisiones.

³⁷ *Alternative Dispute Resolution Administrative*

³⁸ *Medios Adecuados de Resolución de Controversias*

En el contexto de la mediación en la terminación convencional (art. 86 LPC) y como vía sustitutoria de los recursos administrativos (art. 112 LPC) debemos reconocer las implicaciones transversales y otras cuestiones de especial complejidad –tanto técnica como de regulación normativa- que exigen un tratamiento singular para cada escenario de mediación administrativa, partiendo de la idea esencial de que este sistema compositivo no solo se desarrolla en vía jurisdiccional, sino previamente y “ad cautelam” en el marco del procedimiento administrativo común, con incidencia directa -según el informe explicativo anteriormente referido- sobre la economía de las jurisdicción contencioso administrativa.

Lo anterior quiere decir que procedimiento administrativo y proceso judicial se encuentran directamente concatenados, de manera que cualquier propuesta de actuación de mediación intrajudicial en el escenario de la jurisdicción, tendrá que acudir a los precedentes acaecidos en el procedimiento administrativo, dado que, una vez intentada sin éxito la mediación preventiva anterior a la formulación del acto administrativo o incluso como sustitutiva de los recursos de alzada y reposición, no parece oportuno – salvo que se trate de una ejecución de sentencia- promover una mediación posterior tras una demanda judicial, en donde las posiciones de las partes y el grado de conflictividad han alcanzado niveles de confrontación que desaconsejarían otras alternativas de terminación convencional dentro del proceso contencioso administrativo³⁹.

La Guía de la Mediación Administrativa editada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) de 7 diciembre 2022 “Promoción de la mediación para resolver disputas administrativas en los estados miembros del Consejo de Europa”, ofrece unas reglas o principios regulatorios con distintos escenarios en función de los tres modelos de mediación que atesora y que se concretan en la siguiente clasificación:

- a. la mediación institucional
- b. a mediación convencional
- c. a mediación jurisdiccional (dado que este trabajo dedica un capítulo específico a este ámbito, en el presente capítulo solo se enuncia).

Aunque existen en los países del Consejo de Europa una importante diferencia en cuanto a las distintas concepciones del sistema de justicia administrativa, En el caso español y francés, podemos trabajar con esta clasificación a la hora de determinar los escenarios y modelos de mediación administrativa, dado que presenta una identidad sustancial con la configuración doctrinal que se ha realizado en España a la hora de determinar los modelos de mediación administrativa posibles en sus aspectos formales, materiales así como en los escenarios en los que se va a desarrollar su actividad⁴⁰.

³⁹ En parecidos términos a los que contiene la Guía de Mediación del Consejo de Europa. “3° Velar por que la mediación se introduzca en la fase más temprana posible, desde la fase precontenciosa, mucho antes de que cristalice el conflicto jurisdiccional. Esto requiere la definición de una guía de buenas prácticas dentro de las administraciones para enmarcar el procedimiento y dotar de herramientas a los servicios competentes”. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) “Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states”.

⁴⁰ Vid. Gerardo Carballo Martínez. “La mediación interadministrativa: hacia un enfoque práctico para resolver los conflictos entre Administraciones Públicas”. En Obra colectiva dirigida por Raquel Castillejo Manzanares.: “La Mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques” Edit. Universidad de Santiago de Compostela. 2017. Pág. 105.

La primera mediación (Institucional) tiene unas características propias acordes con la definición académica de la mediación a la que de ordinario hemos estado acostumbrados por nuestra doctrina⁴¹ y que nuestro diccionario de la Real Academia en su XX edición ha venido a definirla como el resultado y acción de “interceder o rogar por uno” o “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos o unirlos en amistad”⁴².

Esta concepción abstracta o amplia de la mediación ha sido definida como el género⁴³ de la mediación, siendo sus especies aquellas otros modelos más singularizados que pertenecen a sistemas estructurados como los que tradicionalmente han elaborado para el derecho administrativo el sistema de justicia norteamericano en el marco de los ADRA (Alternative Dispute Resolution Administrative) y que en su versión española podrían encontrar su emparentamiento con los Medios Adecuados de Resolución de conflictos (MASC) tal como así se ha configurado en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de Justicia⁴⁴.

Será en el marco de los modelos ADRA o MASC donde podemos resituar la mediación convencional e impugnatoria junto con la mediación intrajudicial, en un escenario procedimental o procesal en el que se requiere la elaboración de un sistema de mediación más sofisticado en su concepción originaria inspirado naturalmente en las distintas corrientes doctrinales tradicionales que se concretan en los modelos lineal tradicional (vulgo Harvard), circular narrativo y transformativo.

Un escenario que sea compatible con la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible promoviendo la paz, la justicia e instituciones sólidas, (Objetivo 16) diseñando Alianzas para la obtención de los mismos, (ODS 17) y es en el marco de la nueva realidad virtual que se impone, en el nuevo espacio virtual de experiencia inmersiva que supone el metaverso, donde se pueden desarrollar nuevas formas de resolución de conflictos con la Administración, más allá de los estándares, a través de la interacción digital que supone la implementación de la IA en el ámbito de la Administración.

⁴¹ Así, para Alcalá Zamora, la mediación que, a primera vista presenta la estructura del arbitraje, posee el contenido de una composición y “(...) más concretamente el de una transacción, dado que mientras el árbitro resuelve el litigio (es decir se encuentra supra partes), el mediador se limita a proponer una solución que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o de modificar”. En “Proceso, Autocomposición y Defensa”. México. Imprenta Universitaria. 1947; p. 71-72.

⁴² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. XX edición. Tomo II; p. 891.

⁴³ “Ha de tenerse en cuenta que la mediación que singulariza a estas instituciones constituye el género y no la especie, y por lo tanto, la tarea mediadora que incumbe al Defensor del Pueblo, se centra esencialmente en el uso imaginativo y eficaz de los instrumentos más adecuados en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos en relación con la actividad de la Administración.” Vid. Gerardo Carballo. “la Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo”. Thomson-Aranzadi.

⁴⁴ BOCG. Congreso de los Diputados XIV legislatura. PROYECTOS DE LEY 22 de abril de 2022 Núm. 97-

Por lo que respecta a la mediación administrativa en los escenarios del metaverso es indudable que ha habido un cambio de paradigma debido a la pandemia de la COVID-19, reforzándose la idea de la interdependencia y el uso de las tecnologías por buena parte de la población.

La idea transformadora del metaverso permitirá impulsar el cambio para la digitalización de las Administraciones, permitiendo la interacción con el ciudadano, simplificando los trámites, diseñando infinidad de aplicaciones que permitan recrear el mundo real en simulaciones para experimentar con la solución extrajudicial de conflictos analizando las posibilidades de éxito, para finalmente trasladarlo a la realidad física y descartar o reducir cualquier margen de error, actuando por tanto como método de prevención de conflictos.

LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL

La mediación institucional⁴⁵ -como se ha indicado- forma parte del género de la mediación, dado que es consustancial con las funciones de todo ombudsman al expresar la interrelación de una tercera persona que, a través de un apoderamiento instituido, detenta una autoridad “de facto” o de derecho, que le permite intervenir directamente entre dos o más personas para alcanzar un arreglo pacífico o un acuerdo⁴⁶.

La consideración de que todo ombudsman es un mediador tiene su origen en la vertiente institucional en la que se inspira su funcionamiento, cuyo objeto social está destinado a una intervención cooperadora y facilitadora, preservando los intereses de los sujetos privados frente a las acciones de los poderes públicos, a la búsqueda de un equilibrio necesario como factor de convivencia y de armonía social.

Por ello, la institucionalización de la mediación a través del ombudsman adopta la forma de un servicio público, con una dimensión también pública destinada a garantizar los derechos de todos los ciudadanos, facilitarles el acceso a la justicia y ofrecerles soluciones equitativas que permitan la cohesión del grupo social bajo un deber de solidaridad⁴⁷.

De ahí que un defensor del pueblo se perciba como una institución mediadora de consenso, de justicia y de paz social: Esto es, una institución verificadora de hechos que promueve la solución de los problemas a través del atributo de una racionalidad concebida como un bien de “interés público” y siempre a la búsqueda de soluciones facilitadoras que tiendan a evitar la confrontación social⁴⁸.

Cualquiera que sea la organización que los acoja, el mediador institucional emplea generalmente un método de mediación atípico caracterizado por los elementos siguientes:

- Una mediación basada en el principio de escritura a partir de los documentos que aportan las partes y los escritos en los que se recogen los argumentos a sus reclamaciones.
- Una mediación evaluativa del mediador institucional o de los miembros de su equipo acerca de la conformidad en derecho de la actuación del órgano en cuyo marco se ha generado el conflicto.

⁴⁵ Vid. Carballo Martínez, Gerardo. *La autoridad de la Mediación Administrativa en los Defensores del Pueblo (Ombudsmen): análisis comparativo de los modelos ADRA. Capítulo 17* página 323 y ss. En obra colectiva “Mediación y Arbitraje en la Administración Pública” Editorial Bosch.

⁴⁶ Sobre Mediación Institucional vid. PELLETIER, JACQUES. “El Ombudsman como Mediador”; en memorias del VI Congreso Internacional del International Ombudsman Institute, celebrado 20-24 de Octubre, 1996. Buenos Aires (Argentina), titulado “el Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI”; «pág. 108»

⁴⁷ Pelletier, Jacques. «Vingt ans de médiation à la française», *Revue française d’Administration Publique*», Octubre-décembre 1992, Número 64, pág. 604.

⁴⁸ PINKER, STEVEN. *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*, Paidós, primera edición, Octubre 2021.

- Una evaluación en equidad de dicha actuación por parte del mediador que goza de una autoridad moral “intuitu personae” o calidad inherente a personas determinadas, en la medida en que ha sido reconocida por quienes se la otorgan, gracias a la facultad de ascendencia sobre el grupo social.
- Una respuesta personal del mediador a través de una sugerencia o recomendación que las partes son libres de aceptar atendiendo a la capacidad de convicción del mediador institucional.

La característica esencial de la mediación institucional es que la comparecencia es obligatoria al menos para la Administración y que, no son las partes quienes proponen las soluciones, sino el propio mediador bajo la forma de una resolución no vinculante; por lo que esta especialidad se inscribe en el modelo “mediador evaluativo” por oposición al “mediador facilitativo”, más propio del sistema de mediación ADRA que examinaremos más adelante⁴⁹.

No se produce tampoco un proceso de negociación (Shuttle negotiation) al modo del sistema ADRA, de ahí que se haya considerado que la mediación institucional desarrolla un papel híbrido entre un “árbitro intelectual” y un “mediador/conciliador”⁵⁰.

Escenarios de la mediación institucional

El desarrollo de este tipo de mediación se desarrolla en la propia institución a través de un equipo interdisciplinar de técnicos o asesores integrado en áreas que desarrollan un conjunto de estrategias dirigidas a supervisar la actuación de la administración, desde una perspectiva fiscalizadora, denunciadora, inspectora y crítica.

Esta mediación cercana al arbitraje informal se ha considerado como una mediación en derecho, habida cuenta de que la función de supervisión está dirigida al modo en que lo hacen los tribunales ordinarios a decir el derecho del caso concreto a través de una resolución no vinculante pero derivado del poder de convicción del titular de la institución a través de la auctoritas que representa y su capacidad de persuasión.

Cuando las circunstancias lo aconsejan y el supuesto en que como consecuencia de la aplicación estricta de la ley se pueden generar situaciones injustas para los ciudadanos el Defensor del Pueblo utiliza reglas de equidad y de derecho material que impulsan el ejercicio de una actuación mediadora y pacificadora que se identifica con una mediación informal.

Esta mediación carece de reglas precisas en un procedimiento no estructurado en el que la persona mediadora, ya sea el propio titular de la institución o cualquier de los técnicos que han evaluado o dirimido el conflicto, se convierten en mediadores improvisados utilizando los atributos que acompañan a los “boni homines” en la concepción tradicional en la que se dirimían los conflictos en nuestro derecho antiguo.

⁴⁹ PEKAR LEMPEREUR, A.; SALZER, J y COLSON AURÉLIEN, *Méthode de Médiation*, editorial DUNOD, 2018, « La doctrine française distingue “médiateur aviseur” por oposición al “médiateur-accoucheur” », pág. 19 y 20.

⁵⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, MICHÈLE ET DE DONCKER, CLAUDE, *la médiation dans le service public et la vie sociale*, en libro *Art et techniques de la médiation*, lexis Nexis, Paris 2004, pág. 227.

Si bien esta facultad o competencia se enmarca en las atribuciones mediadoras que en España y en nuestras comunidades autónomas se han asignado a los defensores del pueblo a través de nuestra constitución y los Estatutos de autonomía, obteniendo resultados eficaces en aquellos asuntos que ofrecían interés público o una situación de alarma social, lo cierto es que la mediación “ad hoc” a través de un procedimiento estructurado como el que ofrece el sistema ADRA ya ha tenido su implementación en el Defensor del Pueblo Andaluz.

Esta mediación, junto con la que también realizan más de cincuenta ombudsmen de todo el mundo, constituye uno de los mejores y más modernos ejemplos del uso del modelo ADRA en Europa, toda vez que, desde su inicio en el año 2016, está ofreciendo unas respuestas acordes con las finalidades a las que tiende el Defensor del Pueblo en su doble condición de Ombudsman y mediador, en su papel de ayudar a la ciudadanía y a las administraciones a encontrar una solución que respete sus mutuos intereses.

A la vista de la naturaleza originaria de los defensores del pueblo como mediadores en abstracto junto con la existencia de una sistema de mediación “ad hoc” para los defensores del pueblo (casos de Andalucía, Navarra y Canarias) es necesario regular, coordinar y establecer pautas de actuación con las administraciones públicas y otros órganos para derivar los asuntos que reciben a mediación y firmar acuerdos o pactos que permitan crear escenarios eficaces para el desarrollo de la mediación administrativa en todo tipo de materias que permitan la disponibilidad.

Esa es la línea directriz que ha defendido la Guía de mediación 2022 del Consejo de Europa al proponer que se encomiende a un solo órgano, como el Defensor del Pueblo en los países donde exista esta institución, la tarea de armonizar y articular las diversas prácticas de mediación⁵¹.

Parece conveniente seguir las orientaciones del Consejo de Europa y animar a los ombudsmen de España y en especial al Defensor del Pueblo estatal para que con la colaboración y la cooperación del ministerio de justicia, Consejerías de justicia y el Consejo General del Poder judicial, establezcan hojas de ruta para garantizar que los ciudadanos que acudan al Defensor del Pueblo puedan ser derivados a mediación administrativa.

Deben establecerse canales de diálogo y de participación con las administraciones públicas para resolver aquellos conflictos en los que la discrecionalidad administrativa permita la elección de las alternativas más justas desde la perspectiva del derecho o donde la interpretación de la regla jurídica pueda ser aplicada evitando que una aplicación rigurosa de la norma pueda generar situaciones injustas a los particulares.

Asumir ese compromiso forma parte de la función del ombudsman y ayudaría a crear valor a la organización y a generar una mayor confianza de los ciudadanos en el funcionamiento de los servicios públicos.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states.*

El modelo de mediación del Defensor del Pueblo Andaluz⁵²

Cabe resaltar el trabajo llevado a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz, en cuyo plan de acción estratégico para el periodo 2021 – 2024 incardina sus líneas de actuación en valores como el compromiso social, la justicia, el diálogo y el consenso, entre otros claramente vinculados a la llamada cultura de paz.

En este orden de cosas, esta defensoría ha implementado un sistema de MASC para gestionar las quejas que llegan hasta ella. La ley reguladora de dicha institución⁵³ recoge una secuencia lineal de gestión de las mismas:

- 1) Análisis, esclarecimiento e investigación del caso.
- 2) Tramitación del mismo.
- 3) Tratar de resolverlo.

Esta estructura es compatible con la incorporación de prácticas y métodos propios de la cultura de paz, para facilitar la evolución de los asuntos a una mayor flexibilidad, transversalidad, y cercanía. En dicha institución se viene apostando por tales métodos y muy concretamente la mediación desde el año 2016.

Basándose en las propuestas del profesor Ramón Alzate⁵⁴, el Defensor del Pueblo Andaluz parte de las siguientes premisas:

- Desarrollar una nueva visión de las quejas, entendiéndolas como oportunidades de mejora, innovación y responsabilidad social.
- Dotar a todas y cada una de las personas que forman parte de la institución de competencias en las llamadas "habilidades blandas", para poder llevar el valor genérico de la colaboración a los comportamientos concretos en su actividad diaria.
- Establecer a nivel interno un conjunto de buenas prácticas respecto a la gestión de los recursos humanos, el trabajo en equipo y la solución de problemas.
- Proporcionar a los usuarios y al personal la posibilidad de gestionar los conflictos cotidianos mediante procesos preferentemente colaborativos.
- Diseñar e implementar sistemas de prevención y gestión constructiva de conflictos.
- Planificar la integración de todo lo descrito en las políticas prioritarias de la institución y darlo a conocer.

⁵² En *Extraído de la ponencia del Defensor del pueblo Andaluz en unas jornadas de coordinación de defensorías.*

⁵³ *Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.*

⁵⁴ *Alzate, R. (1998), Análisis y Resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica, UPV Bilbao.*

De todo ello podemos decir que están desarrollando un modelo de mediación en el que una de sus notas características es la transversalidad, es decir, aplicar la mediación a todos los ámbitos o áreas de trabajo.

En relación con los principios generales de la mediación, cabe destacar lo siguiente:

- A) En lo que a la voluntariedad del proceso se refiere, el Defensor del Pueblo mantiene una sesión informativa a la que son invitadas las partes (ciudadanía y administraciones involucradas en el asunto), en la cual pueden decidir no iniciar el proceso. Esta primera reunión se destina a analizar el conflicto, explorándolo y esclareciéndolo.
- B) En cuanto a la imparcialidad, la mediación llevada a cabo en la defensoría vela por conjugar los intereses de la ciudadanía con los intereses colectivos de la sociedad.
- C) Como no podía ser de otra forma, la confidencialidad es uno de los elementos más rigurosos que definen la mediación. Este principio deriva de manera directa de la imposición legal a la institución del Defensor del Pueblo Andalúz respecto de los asuntos y la identidad de las personas involucradas en las quejas que se tramitan. No obstante, en la mayoría de los asuntos las partes acuerdan exonerar del deber de confidencialidad para que la información trascienda a otras personas (físicas o jurídicas) implicadas en la solución planteada.

Las características propias de la mediación llevada a cabo por este organismo son comunes a otros modelos y sistemas (flexibilidad, fomento de la creatividad, etc.). Igualmente, con la mediación se persigue un triple propósito:

- 1) Ayudar a las partes a encontrar una posible solución al problema que afecta a la garantía de los derechos controvertidos.
- 2) Procurar una mejora del clima de diálogo y entendimiento entre las partes.
- 3) Trasladar la cultura mediadora a la ciudadanía y a las administraciones, en un proceso de aprendizaje directo y de prevención del conflicto.

Para concluir este apartado y a modo meramente ilustrativo, las quejas derivadas a mediación por parte del Defensor del Pueblo Andalúz son:

- A) Conflictos en los que se debate un derecho controvertido que en su interpretación permite un análisis común y una posible negociación entre las partes. (tributos, Seguridad Social, etc.)
- B) Conflictos en los que existe una necesidad o interés insatisfecho y que podría no estar regulado legalmente (asociaciones de vecinos y corporación municipal con la que se ha roto el diálogo, por ejemplo).
- C) Quejas en relación con un conflicto sub iudice, por lo que la defensora no puede entrar en el fondo del asunto. Aquí las partes acuden para lograr mejorar el clima de diálogo entre ellas mientras esperan la resolución judicial. La mediación se dirige en este caso solo a redefinir y mejorar la relación entre partes.
- D) Conflictos en relación con un derecho no desarrollado o un derecho no condicionado y calificado como tal, es decir, que solo aparece enunciado o recogido en la ley como principio general.

Por su parte, habida cuenta del escaso número de personas mediadoras y a la extensión del territorio de la comunidad autónoma, solo atienden quejas promovidas por un colectivo (asociaciones, plataformas cívicas, etc.) o entre administraciones. En ningún caso, además, atienden en mediación las quejas individuales, salvo que haya afectación de un interés general, al igual que los conflictos sobre condiciones de trabajo.

Formas de actuación en materia de mediación de los Defensores del Pueblo en general

Llegados a este punto, parece posible establecer un contacto inicial con las defensorías para trasladarles las potencialidades del sistema de mediación ADRA o MASC, en la que medida en que promuevan políticas activas para incorporar una regulación de mínimos que contemple la posibilidad de utilizar el sistema ADRA en las defensorías del pueblo.

De no existir una regulación de mínimos y hasta tanto se complete la misma, resulta conveniente dar a conocer al Defensor del Pueblo nacional y a los defensores autonómicos el presente trabajo, acompañando una solicitud a estas instituciones en el marco de sus competencias para que incluyan en sus procedimientos un sistema de derivación ADRA y recojan el testigo lanzado por la guía editada por el Consejo de Europa en la medida en que asuman el compromiso y la tarea de armonizar y articular las diversas prácticas de mediación tanto en su propia organización como en el conjunto de las administraciones públicas en el marco de sus procedimientos.

La forma o los medios con los que se cuente dependerán de la propia disponibilidad de cada defensoría como organismo, de su autonomía y de su propio criterio, si bien es cierto que tanto GEMME como otras organizaciones o instituciones podrán firmar convenios de colaboración instrumentales que ayuden a poner en práctica el sistema de mediación sobre la base de un proyecto uniforme que sirva de guía general y hoja de ruta para llevar a cabo el proceso.

Por último, es preciso señalar que los convenios estarán destinados a ofrecer cauces de colaboración que permitan en sede administrativa y judicial derivar los procedimientos o procesos de mediación a los defensores del pueblo o instituciones homólogas de supervisión de las administraciones públicas con el fin de que determinados asuntos sean resueltos a través de la terminación convencional o la vía sustitutoria de los recursos a los que se refieren los artículos 86 y 112 de la LPC, así como el artículo 77 de la LJCA.

Para ello, se sugiere proponer a los defensores del pueblo la creación de grupos de trabajo con personas especializadas que ayuden a incorporar este sistema de resolución de conflictos, estableciendo una unidad de mediación en las propias sedes de los defensores del pueblo y concluir con una propuesta legislativa que regule el sistema sobre la base de las experiencias alcanzadas.

LA MEDIACIÓN CONVENCIONAL

La mediación convencional, impugnatoria o legal ofrece escenarios múltiples para dirimir las contiendas entre los particulares y la administración. Como se ha indicado anteriormente, se encuentra regulada a través de la terminación convencional y los recursos administrativos (arts. 86 y 112 LPC), por lo que no hay razones que impidan ordenar un sistema operativo en el marco de los procedimientos administrativos que incorpore la mediación administrativa como requisito previo ya sea -obligatorio o voluntario- en aquellas áreas en las que hay que buscar espacios de negociación que permitan visibilizar el conflicto en un escenario en el que la administración se encuentra en una situación horizontal fuera de la prerrogativa, la coerción o la decisión unilateral.

Todo ello siempre en el marco de la legalidad, a la búsqueda de un respaldo jurídico formal y material para llegar a un acuerdo, valorando la oportunidad, idoneidad el momento y el grado de conflictividad. Experiencias como la realizada en el Ayuntamiento de Madrid (referida anteriormente), constituyen un referente idónea para continuar en esta inercia propositiva, por lo que, como se ha indicado, se abren escenarios que, a nuestro juicio, pueden concretarse en espacios en los que los ciudadanos tienen una relación más cercana con sus representantes como puede ser la administración local donde se plantean muchas situaciones de conflicto que afectan a un variado elenco de materias de derecho público.

A falta de una legislación más singularizada y aprovechando la que actualmente resulta aplicable, sería necesario establecer una toma de contacto con las administraciones, instituciones, operadores jurídicos y otras organizaciones sociales de mayor relevancia con el fin de realizar además de una función pedagógica de las bondades del sistema de mediación administrativa, intentar alcanzar un compromiso decidido con el fin de implementar en su ámbito de competencias proyectos piloto en escenarios propios.

Para lograr este propósito sería conveniente confeccionar una guía de mediación o un protocolo que nos permita el establecimiento de unas reglas generales para cualquier ámbito de actuación y escenario, cuya confección podría realizarse contando con expertos integrados en cada una de las organizaciones señaladas anteriormente con el fin de consensuar un documento que comprometa a todos los actores en el desarrollo de un sistema ADRA o MASC para las administraciones públicas.

A modo indicativo, los órganos, instituciones o entidades con los que se podría contar para el uso de la mediación en cada uno de los escenarios que les afectan serían los siguientes:

- Administraciones locales y autonómicas
- Policías
- Compañías aseguradoras
- Federación de municipios
- Asociación de secretarios de ayuntamientos
- Escuela de la Administración Pública
- Dirección General de la Función Pública
- Defensores del Pueblo
- Otros ombudsmen cualificados (Ombudsman organizacional)
- Conferencia sectorial
- Universidades
- Foros especializados, etc.

Los órganos que pueden impulsar la mediación convencional o impugnatoria son el Defensor del Pueblo Estatal, los defensores autonómicos, la Ministra de Política territorial (Comisión Nacional de la Administración Local -CNAL-) y la Comisión Interministerial de Coordinación de la Administración Periférica del Estado (CICAPE), por lo que correspondería establecer una hoja de ruta que permitiera concretar quienes podrían ser las organizaciones que junto con GEMME pudieran liderar estas iniciativas.

Se constituiría por lo tanto una Comisión redactora para la elaboración de una guía de mediación en la que estuvieran los órganos e instituciones más representativos Y que contendría unas orientaciones precisas sobre los procedimientos necesarios para su difusión y uso práctico por los actores implicados, bajo premisa obligada de hacer el seguimiento obligado de dichos procesos.

2.1.4. Mediación administrativa en el metaverso. IA y ODR

En una primera aproximación al metaverso, entendemos por el mismo un nuevo espacio digital de experiencia inmersiva, donde se pueden generar relaciones sociales, comerciales y más. Se trata de realidad virtual con impacto en la vida real, un espacio en el que se pueden realizar transacciones a través de lo que se denomina NFT (Token No Fungibles), activos únicos vinculados a la representación física o digital las cadenas de bloques (blockchains). Se han desarrollado mundos centralizados (Roblox, AISpaceVR) y descentralizados (Decentraland, Sandbox), plataformas para ejecutar contratos inteligentes (Ethereum), monedas digitales descentralizadas (Bitcoin), plataformas de cambio de moneda (Ripple), billetera de criptomonedas (DASH).

Muchas organizaciones y empresas a nivel mundial comienzan a moverse en un espacio común, buscando soluciones globales, con objetivos sociales y económicos con altos estándares para tener un efecto positivo significativo sobre resultados, con una perspectiva ética con el objetivo de construir una sociedad más justa, humana y sostenible. Se ha producido una transformación social como idea de la interconectividad y el uso de las tecnologías, por lo que las comunidades digitales se han convertido en la nueva forma de socialización.

La interacción digital permite conectar a los ciudadanos más allá de los límites geográficos, permitiendo encontrar nuevas formas de resolución de conflictos diferentes a las clásicas, lo que constituye un verdadero cambio sistémico.

A través del Fondo de Recuperación Europeo se han destinado ayudas a la digitalización a los países de nuestro entorno; España invertirá un tercio de las ayudas europeas en proyectos que aceleren la transformación de todos los sectores e impulsen la economía digital.

Para superar la brecha digital, es preciso que las personas desaventajadas es tengan acceso al mundo digital, por lo que estaríamos hablando de una verdadera transformación cultural poniendo en valor las nuevas interacciones digitales, lo que constituye un verdadero reto para los gobiernos.

Nos encontramos en el escenario de la Cuarta Revolución Industrial 2.0, resultando que la tecnología ha cambiado la forma de interrelación de los ciudadanos por la amplia variedad de plataformas de interacción social, precipitando dicha evolución tecnológica la crisis económica y sanitaria de la COVID-19. Así podemos descubrir como algo ya cotidiano el pago a través de wallets, los chatbots, como simuladores de conversaciones reales con el ciudadano para resolver consultas y trámites, en la relación con la administración tributaria, por ejemplo.

Los sensores de impulsos electrónicos aplicados en la neurociencia que producen estimulación visual y auditiva y constituyen una ayuda a la discapacidad aumentando los estímulos percibidos por los sentidos, (realidad aumentada) los contratos inteligentes llamados Smart Contracts, sistemas de inteligencia artificial (IA) capaces de analizar hasta cuarenta mil documentos contractuales y analizarlos buscando el porcentaje de éxito y descartando cualquier error o fallo.

También en el ámbito educativo nos encontramos con aplicaciones como Chiara con formación virtual 100% inmersiva para aprender a hablar en público y mejorar la oratoria con situaciones reales, desarrollado a través de inteligencia artificial, que permite ensayar en múltiples escenarios y análisis de resultados.

Las ventajas de la transformación digital son más que evidentes, en lo relativo a la relación con la Administración Pública se pueden desarrollar infinitas aplicaciones que descarguen al ciudadano de la realización de trámites, por simplificación de los mismos, e inevitablemente se automatizarán muchas tareas. Mejorará la atención del ciudadano por la cantidad de información aumentada que pueda recibir, mejorando la eficiencia en la resolución de conflictos, mejorando los resultados al introducir el factor humano de la transparencia, ética y supervisión que puede ser perfectamente aplicable a la figura de la mediación en este verdadero reto de transformación digital.

Para ello se hace necesario contar con administraciones que ofrezcan servicios de mediación ODR⁵⁵ y facilitar los diversos escenarios en los que los ciudadanos puedan disponer de conexión a redes con personas especializadas en manejo de datos que les ayuden a gestionar el software del ordenador para poder desarrollar sesiones de mediación online y de este modo poder superar la brecha digital, que afecta todavía a un amplio sector de la población, coincidente con los sectores más desfavorecidos para los que la implementación de estas herramientas de inteligencia artificial todavía resulta un concepto algo lejano.

Junto a los grandes retos que plantea la inteligencia artificial tenemos los diversos riesgos que se plantean y que son fundamentalmente los problemas con la privacidad y la protección de datos, se deben establecer medidas efectivas para el control de los mismos, (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de Abril de 2016) el uso ilícito que se pueda hacer de ellos (bots, ciberataques, manipulación). Por otra parte, todavía hay un sector de población que se encuentra en la brecha digital, coincidente con los sectores más desfavorecidos para los que la implementación de estas herramientas de inteligencia artificial todavía resulta un concepto algo lejano, ello unido al concepto de “avatarización de la sociedad”, que considera el riesgo de evasión virtual de la realidad.

Sin embargo, no cabe duda de que el metaverso es un cambio de paradigma social, que nos permitirá interactuar tanto de forma individual como colectiva, estando en el mundo actual todavía en los albores de las múltiples funcionalidades que se pueden desarrollar en la Administración Pública.

En la Carta de Derechos Digitales publicada el pasado 14 de Julio de 2021 se describe el entorno digital como conjunto de aparatos, sistemas, dispositivos, infraestructuras que abren espacios de relación, comunicación, interrelación, comercio, negociación, entretenimiento, creación que permiten a las personas físicas o jurídicas, de forma bilateral o multilateral establecer relaciones semejantes a las existentes en el mundo físico tradicional, por lo que es evidente que en nuestro país se ha apostado por una sociedad digital que tiene ante sí el gran reto de la transformación tecnológica.

⁵⁵ Acrónimo de *Online Dispute Resolution*. Son mecanismos de solución de conflictos que se sirven de herramientas tecnológicas e informáticas (internet, inteligencia artificial, sistemas de blockchain, etc.

2.1.5. Guía práctica para una mediación

Con esta “guía” se quiere ofrecer un conjunto de estrategias para todos los operadores jurídicos, dirigidas a evitar la confrontación y facilitar vías de comunicación y de diálogo constructivo en distintos escenarios, con el fin de prevenir o de resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan surgir entre los ciudadanos y la Administración o entre las propias administraciones entre sí (mediación interadministrativa) contando con la intervención de un tercero mediador que tratará de buscar espacios donde los sujetos jurídicos puedan comunicarse libremente y participar de forma activa en los asuntos que les afectan, con sujeción al derecho administrativo y al resto del ordenamiento jurídico en el marco de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución Española.

La mediación administrativa es un medio adecuado de solución de conflictos de derecho público, que se realiza a través de un procedimiento estructurado, donde interviene un tercero mediador independiente, neutral e imparcial, cuya misión es acercar las posiciones de las partes y concretar sus intereses y necesidades con el fin de intentar por ellas mismas alcanzar un pacto o un acuerdo sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía negocial está expresa y legalmente reconocido en el artículo 86 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC). Dichos preceptos permiten -a través de un procedimiento de mediación- 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 su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo el acuerdo de mediación tener la consideración de finalizador de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

La mediación administrativa tiene unas características y connotaciones propias derivadas de los sujetos del proceso - la Administración y los sujetos privados - y de su distinta supremacía jurídica. La vinculación de la Administración al principio de legalidad puede limitar y llegar a excluir el espacio para encontrar soluciones acordadas. Sin embargo, las singularidades propias del procedimiento administrativo exigen modular e interpretar en cada momento los fines que le son propios a la Administración pública, integrando un equilibrio entre el interés general y la “buena administración”, derivados de la necesidad de disponer de una Administración relacional y facilitadora en un Estado garante social y democrático de derecho que debe promover la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias y sus puntos de vista.

Con la aplicación de la técnica de la mediación en el ámbito administrativo no se trataría, tanto de modificar el tradicional modelo de actuación administrativa, centrado en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en el esquema básico de las potestades regladas y discrecionales, sino de abrir un camino decidido al ejercicio de una potestad derivada, de carácter convencional, confiando a un tercero mediador,

sobre la base de la autoridad e imparcialidad que representa, el acercamiento de las partes con la finalidad de elaborar una propuesta de acuerdo, en la que se reflejen las expectativas de los interesados, facilitando la mejor decisión posible.

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

Se trata esencialmente de que la Administración, a través de un diálogo transformador, reconozca derechos e intereses legítimos, cumpla con sus obligaciones, identifique el error, revise sus acciones y, en definitiva, alejándose de la figura indeseable del silencio administrativo, descubra y acuerde propuestas legítimas y estratégicas, hasta alcanzar un equilibrio ponderado entre el principio de legalidad administrativa y el de buena administración en los términos que dispone el artículo 41 de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

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

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

Objetivos de la mediación

La mediación administrativa se muestra como un mecanismo de solución de controversias preventivo, complementario o alternativo a una resolución administrativa, a un acto administrativo y a la simple vía de hecho; por lo que responde a los siguientes intereses y objetivos:

- Complementar y/o sustituir el pretendido acto administrativo unilateral y algunos contenidos de la potestad reglamentaria de la Administración en vía de consulta, por otra decisión que hayan acordado las partes a través de una base de propuesta canalizada por el mediador. No se trata de una justicia transaccional o de reparto equivalente de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado, ya sea para mejorar el contenido de un pretendido acto administrativo o solicitar su revocación una vez dictado; pero en todo caso, manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.
- Ofrecer una alternativa a los efectos adversos de la incoación de un proceso judicial, habida cuenta de que los litigios si pueden ser evitables si se cuenta con la ayuda de un tercero neutral capacitado y con experiencia en el manejo de los conflictos que ayude a las partes a dotarles de mayor previsibilidad y autodeterminación, identificando sus intereses subyacentes, desarrollando

opciones creativas para satisfacer sus necesidades y buscando una base de acuerdo entre los contendientes que genere una mayor satisfacción, eliminando confrontaciones de cara al futuro.

- Permitir que los ciudadanos y la Administración encuentren en la mediación administrativa un sistema de comunicación y de participación que generará ahorro de tiempo, menor gasto económico y autodeterminación, creatividad en el manejo de opciones disponibles no exploradas, satisfacción por el trabajo en colaboración, mejora de las relaciones de cara al futuro, alivio para el ciudadano y un crédito reputacional favorable para las administraciones consustancial con el principio de buena fe y de confianza legítima.
- Reducir la proliferación de recursos innecesarios incidiendo sobre la economía de la justicia y ofreciendo una fórmula menos costosa y más rápida de resolución de numerosos conflictos.
- Presentar nuevas estrategias participativas para hacer frente a procedimientos administrativos de cualquier naturaleza cuya respuesta en el marco de un acto, resolución administrativa o ejercicio de la potestad reglamentaria, no responde a las exigencias derivadas del conflicto o a las expectativas de los interesados.
- Introducir en el sistema sustitutivo de los recursos administrativos una alternativa a las dificultades que le son propias a la Administración con el fin de evitar: 1) la falta de neutralidad en la resolución de los recursos administrativos que abocan a una automática desestimación a través de resoluciones estereotipadas carentes de motivación, 2) las dilaciones en la tramitación de los recursos que favorecen el silencio administrativo, y 3) El incremento de la litigiosidad, los costes y formalidades del proceso.
- Transformar la relación de la Administración y el ciudadano a través de la búsqueda de fórmulas flexibles que permitan que la potestad administrativa se pueda también ejercer aprovechando la comunicación entre las partes para alcanzar una mayor comprensibilidad e introducir aspectos subjetivos relacionados con las posiciones y los intereses de los interesados que suelen quedar al margen del procedimiento formal.
- Facilitar una composición más amplia de los intereses en litigio, habida cuenta de que la mediación resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos de futuro. En la Mediación, se pueden sugerir soluciones distintas a las contenidas en un procedimiento administrativo, lo que permite que ésta actúe sobre el conflicto para transformarlo, porque mientras el conflicto es voluble, versátil, inestable y caprichoso, el litigio es inmutable y estático: de ahí que otros medios de composición tienen presente el litigio y el conflicto y la mediación se mueve en un escenario dirigido a prevenir el conflicto o a resolverlo.

- Dinamizar, innovar y modernizar la actividad de los órganos decisorios de la Administración, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente las demandas de los ciudadanos mediante el uso de fórmulas procedimentales de composición que, como la mediación, están basadas en la autonomía de las partes para lograr la mejor decisión posible atendiendo a los criterios maximizados del ya citado deber de buena administración.
- Desde esta perspectiva, la mediación interadministrativa es un escenario propio de este sistema ADRA, dado que permite: a) Anticiparse al conflicto mismo, b) Determinar el grado de complejidad del conflicto, simplificándolo, c) Potenciar la armonización de intereses como mecanismo útil para la resolución de conflictos y d) Articular un dispositivo procedimental que facilite la aceptación consensuada y pacífica de las decisiones.
- Terminar con el monopolio exclusivo de la posición del Estado como único tercero neutral, con el fin de alcanzar niveles de acercamiento al conflicto jurídico con mayor precisión que la propia ley y los tribunales a través de una tarea armonizadora del derecho, dado que, al igual que la transacción, la mediación administrativa no solo presupone el conflicto de intereses, sino que contribuye a su superación.

Principios de la mediación administrativa

La mediación administrativa debe guiarse por un conjunto de reglas o de principios que permitan orientar su funcionamiento y dotar al sistema de un carácter propio, singular y autónomo que permita diferenciar la mediación de otros mecanismos de autocomposición que se desenvuelven en el mismo escenario jurídico-procesal:

- **Legalidad:** Principio que impone el sometimiento de la Administración a la ley, y el ejercicio de las potestades administrativas de acuerdo con las atribuciones concretas y específicas establecidas en las leyes. La ley define el ámbito en el que puede legítimamente desenvolverse la Administración. Fuera de la ley no existen potestades administrativas de ninguna clase.
- **Voluntariedad:** Se trata de un proceso voluntario, si bien es posible establecer compromisos o convenios en el marco del procedimiento administrativo que, al menos, establezcan fórmulas de obligatoriedad para que las partes acudan a la sesión informativa y previa a la fase constitutiva de la mediación. La voluntariedad se extiende a la posibilidad de aceptar la mediación, desistir o renunciar al procedimiento de mediación por cualquiera de las partes implicadas, salvo acuerdo en contrario. El consentimiento debe estar suficientemente informado; por lo que corresponde al mediador facilitar esa información -previa al consentimiento- en la primera sesión informativa. En ella se explicará a las partes en conflicto, así como a sus letrados, si los hubiere, la finalidad y contenido del proceso de mediación.
- **Confidencialidad:** La confidencialidad se traslada a todas las partes que intervienen en el procedimiento, así como al mediador que queda protegido por el secreto profesional en relación con el contenido de las sesiones de mediación y la documentación utilizada. Los mediadores no estarán obligados a facilitar ninguna documentación ni información que se le reclame relacionada con el procedimiento

de mediación. El mediador y las partes se obligan a respetar la confidencialidad mediante un pacto expreso incluido en el acta de la sesión constitutiva de mediación que vincula también a los letrados de las partes en el caso de que asistan, sobre la base del principio de buena fe y confianza legítima. La vulneración del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, habrán de ponderarse en cada caso aquellos supuestos en los que la confidencialidad se sustraiga a la necesidad de conocer datos o hechos por razones de interés público o de buena regulación .

- **Igualdad de las partes:** La persona mediadora deberá asegurar la igualdad de las partes en todo el procedimiento, así como garantizar su participación facilitando las mismas oportunidades para expresarse libremente, velando por mantener el equilibrio de sus posiciones y respetando sus intereses y necesidades.
- **Imparcialidad y neutralidad:** Los mediadores no tendrán intereses respecto de alguna de las partes ni respecto del objeto del conflicto y no toma decisiones sobre la controversia. Su papel es ayudar a que a las partes en conflicto puedan alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación.
- **Buena fe:** Las partes deberán actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo durante todo el proceso de mediación.
- **Flexibilidad:** El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y a los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración, agenda, calendario de las sesiones.
- **Profesionalidad:** La persona mediadora deberá contar con la necesaria capacitación profesional exigida legalmente, tener acumulada experiencia y mantener una constante formación. Dicha experiencia basada en el mérito y la capacidad deberá acreditarse también en la medida en que el mediador disponga de un conocimiento especializado de la práctica administrativa y del régimen jurídico público. Este punto se analiza en profundidad en otro capítulo del presente trabajo.

Establecimiento de los servicios de mediación en las Administraciones

Cada Administración podrá determinar -tras valorarlo a petición de parte o de oficio- que un mejor tratamiento y gestión de la solicitud del interesado o del conflicto generado se podría alcanzar con la mediación administrativa o interadministrativa y, en tal caso, deberán tener a su alcance servicios de mediación a los que derivar el asunto.

Las opciones son diversas, pero todas ellas se concretan en la necesidad de disponer de un panel de mediadores con conocimientos acreditados que podrían estar inscritos en un listado oficial tras un proceso de selección, de designación o de concurrencia competitiva de manera que sean nombrados “ad hoc” para una específica intervención, debiendo asumir el compromiso de administrar las mediaciones en los casos en que proceda.

La mediación administrativa se llevará a efecto, bien bajo la dependencia de una institución (ombudsman), de órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, o bien con carácter individual pero gestionada e impulsada por cada administración pública, mediante un sistema de designación “ad personam” de mediadores inscritos y acreditados en los correspondientes registros administrativos, bajo un sistema de tarifa, previamente consensuado por la administración concernida, sin que el coste de la mediación pueda recaer sobre la persona interesada, salvo el supuesto de que se trate de un conflicto entre administraciones públicas. En todo caso, las sesiones informativas sobre mediación deben ser gratuitas para todos los ciudadanos y se realizarán en espacios habilitados por la administración competente.

Corresponde a las administraciones que incorporen un sistema de mediación administrativa, las tareas de información y divulgación de la existencia de oficinas de mediación o de derivación a procedimientos de mediación desarrollando los programas de información (folletos, protocolo de información telefónica y presencial) y de formación específica dirigida al personal de las administraciones públicas, así como realizar los modelos de documentación de uso estandarizado en el departamento administrativo de que se trate y, por último, realizar el seguimiento de las mediaciones derivadas desde el órgano competente, el análisis de tiempos, costes, resultados y nivel de satisfacción del usuario, así como las consultas que puedan realizar los particulares y sus representantes. Igualmente, el órgano competente deberá realizar la estadística de las mediaciones realizadas en cualquiera de las fases del procedimiento, garantizando la confidencialidad y la protección de los datos personales.

La relación del órgano administrativo que realiza la derivación del asunto a mediación y el mediador se basa en la buena fe y la confianza mutua de manera que el mediador deberá disponer de la información necesaria que se encuentre incluida en el expediente administrativo relativa al objeto de la mediación. Por su parte, la Administración deberá dar traslado al mediador de los antecedentes del caso, del grado de conflictividad del asunto y los motivos por los que se considera adecuada la derivación. El mediador deberá cumplir las reglas propias de la profesión y especialmente deberá acogerse al código de conducta europeo de los mediadores. A fin de lograr la máxima implicación del personal al servicio de las administraciones públicas, deberán establecerse canales informativos dirigidos a dar a conocer la mediación administrativa y el contenido de los protocolos de mediación que se hayan elaborado a los efectos de implicar a dicho personal en el sistema complementario de resolución de conflictos ADRA o MASC.

Resulta necesario dar traslado también a todos los operadores jurídicos de la constitución de los servicios de mediación que se pongan en marcha en cada departamento administrativo, dado que, en especial, el papel de los colegios profesionales, las ONGs, la abogacía y las asociaciones que defienden intereses colectivos, es fundamental a la hora de supervisar los acuerdos de mediación y asesorar a sus representados sobre la procedencia de firmar los correspondientes acuerdos.

Proceso de mediación propiamente dicho

INICIO

El momento para derivar a mediación puede ser:

- Durante la instrucción del procedimiento administrativo, con vistas a poner fin al mismo.
- En medidas cautelares.
- En ejecución del acto administrativo.
- En recursos administrativos y revisión del acto.

Si se inicia por la Administración, estos serían los pasos a seguir:

1. Dar trámite al servicio de mediación interno especializado, si lo tiene.
2. Contactar con mediadores en el ámbito administrativo (listados de colegios de la abogacía, cámaras de comercio u otras instituciones de mediación).

Si se inicia por la ciudadanía, estos serían los pasos a seguir:

1. Antes de un procedimiento administrativo:

Si hay una Institución encargada de mediación, se dirigirá la petición a ella.
Si no hay institución encargada de ello, se dirigirá una petición a la Administración afectada por el conflicto:

- La Administración acusará recibo y lo comunicará al interesado dentro de los diez días siguientes a su recepción.
- Su tramitación y resolución se ajustará a la LO 4/2001 de 12 de noviembre, del derecho de petición.
- En el caso de que acceda a la petición, iniciará el procedimiento de mediación dirigiéndose a las instituciones o los mediadores especializados en el ámbito administrativo.

2. Dentro de un procedimiento administrativo ya iniciado:

Solicitud en cualquier trámite del procedimiento (en el acto inicial o durante la tramitación).

La Administración que tramita tiene obligación de responder motivadamente:

- Si accede: suspensión del procedimiento principal para la tramitación de la mediación conforme al apartado.
- Si deniega: continúa el procedimiento administrativo.

3. En medidas cautelares, revisión de actos administrativos y/o ejecución:
Se procederá conforme a los apartados anteriores del nº 2.

DESARROLLO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Volviendo al punto de la tutela judicial efectiva y las diferentes vías para resolver los conflictos, la opción jurisdiccional está debidamente regulada en la ley. Sin embargo, la mediación debemos acotarla de forma tal que proporcione igual seguridad jurídica, si bien es óptima en cuanto permite cierta flexibilidad en su metodología.

A falta de una regulación específica sobre el proceso de mediación administrativa, nos centraremos en los aspectos metodológicos aplicables en cualquier contexto y perfectamente compatibles con la regulación existente (Ley 5/2012) y la materia que nos ocupa.

La mediación es un proceso que se caracteriza por su flexibilidad (que se construye en el caso por caso). Sin embargo, como procedimiento siempre obedece a una estructura básica que podemos resumir en las siguientes fases:

Desde un punto de vista de la actuación del mediador y la evolución de las partes desde la confrontación al consenso, podemos estructurarlo en las siguientes fases

(1) FASE INICIAL.- Si bien pueden existir algunas particularidades en función de quién y dónde se propone y practica la mediación, en términos generales, esta fase tiene un carácter informativo y exploratorio. Es informativa por cuanto los implicados son informados de la posibilidad de acudir a mediación, los principios y características propias del proceso, cuestiones prácticas (como es la duración) y las implicaciones legales y/o procesales (cuando hablamos de la mediación en la vía administrativa implica que la misma debe insertarse en el proceso administrativo, se le debe dar un cauce y debe llevarse a cabo dentro de unos parámetros respetuosos con los principios de objetividad y legalidad al amparo del artículo 103 CE). Si la primera fase se realiza directamente con la persona mediadora (no existe un prescriptor como sería el caso de la mediación intrajudicial), esta deviene también exploratoria. Los mediadores, como operadores en el conflicto, utilizan unos parámetros de análisis del conflicto que van más allá de las cuestiones meramente jurídicas. Se tienen en cuenta otros muchos elementos de carácter formal, estructural o relacional. Asimismo, se tienen en cuenta las personas, el problema y el proceso), es decir, quién y cómo le afecta, de qué se trata, y cómo se ha llegado a este punto. Elementos estos que deben interpretarse en interconexión dinámica. Desarrollándolo un poco más:

(a) En lo referente a las PERSONAS, es fundamental analizar cuál es la magnitud de tema, es decir a quién afecta y como les afecta. Del relato de las partes se detecta qué pretenden (posiciones), porqué lo pretenden (intereses) y para qué lo pretenden (necesidades). Este microanálisis, permite abrir el foco y definir quiénes deben formar parte de la solución, esto es, del proceso de mediación. A nivel práctico, al inicio del proceso de mediación deben identificarse todos los posibles implicados. En general, pero muy especialmente en el ámbito administrativo, es pertinente prestar atención a:

- Si se trata de persona física/jurídica.

- Si la cuestión reviste un carácter técnico el/la ciudadano/a debe contar con asistencia técnica (abogado, perito, ...).

En este punto debe tenerse en cuenta la STJUE de 17 de junio del 2017 en el asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa la cual admite que la mediación pueda establecerse como paso previo a la vía judicial si se cumplen determinados requisitos siendo uno de ellos, la no obligación de asistir con abogado.

- Por parte de la Administración, se debe determinar quién dialogará en representación de la Administración (técnico, servicios jurídicos...).

- Asimismo, deberá analizarse la participación de terceros. La mediación administrativa, tiene ciertas particularidades en este punto, no sólo porqué como mínimo una de las partes es un organismo público, sino también porque existen ciertas materias en las cuales la presencia de estos posibles "afectados" será innegable. No sólo los interesados en sentido estricto en el procedimiento administrativo, sino cualquier tercero que pueda verse afectado por las decisiones a tomar. A modo de ejemplos:

CONTRATACIÓN PÚBLICA

En materia de contratación pública, en la fase de licitación hallamos a todos los licitadores. Si el conflicto surge durante el proceso de licitación debe contarse con todos ellos ya que la decisión que se adopte les afectará. Si la controversia se presenta en fase de ejecución del contrato los afectados, generalmente, se reducen a dos, la administración y el adjudicatario, Ahora bien, incluso encontrándonos en esta última fase el contenido del acto consensuado debe respetar, siempre, las bases y pliegos de la licitación. Si no fuera así, el acto podría ser impugnado por los licitadores.

Resaltar en este ámbito el contenido del art. 212.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público aludiendo a la resolución del contrato de mutuo acuerdo si se dan determinados condicionantes. En el mismo sentido hallamos el art. 280.

URBANISMO Y ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN

En este ámbito se debe tener en cuenta la acción pública. En procedimientos que se han iniciado a instancia de parte (denuncia), en el proceso de mediación el accionante debe ser llamado al proceso de mediación y aceptar el contenido del acto.

El derecho urbanístico da pie a un campo infinito de controversias, y a la vez soluciones. En el proceso mediador tienen que participar todas las posibles administraciones y agentes implicados con facultades de gestión y de planeamiento si el acto pudiera llegar a afectar a las mismas.

Del mismo modo todos los propietarios o titulares de otros derechos de los sectores o unidades sobre los que se está operando.

Debe cuidarse de la existencia de comunicación entre los diferentes departamentos que pueden confluir en un proceso administrativo de esta materia (por ejemplo: disciplina urbanística y sancionador; licencia de actividades y de obras...).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Si bien es la única materia que la ley recoge como de posible transacción de forma explícita. La experiencia práctica denota que el principal obstáculo son las compañías de seguros en la medida que los criterios de su actuación son meramente económicos.

(b) En relación al PROBLEMA, se tiene en cuenta la materia o el fondo del asunto, así como si el problema es de concreción, interpretación o aplicación. Asimismo y más allá de aspectos legales, se analiza cuál es la dimensión de lo tratado (social, cultural, estructural). Por ejemplo:

SANCIONES

En esta materia deberá distinguirse con claridad los elementos sobre los cuales puede llegar a entrar la mediación. Nos hallamos ante el ejercicio de una potestad punitiva. El objeto de mediación no puede ser si sobre la tipicidad del hecho, sino que será sobre los efectos y/o consecuencias de éste, por lo que la reparación puede tener un papel fundamental.

INMISIONES

Nos hallamos en un campo que colisiona con la convivencia, siendo caudal la existencia de la mediación. Los procedimientos administrativos, generalmente, si inician por denuncia de un/a ciudadano/a afectado/a por las inmisiones dando lugar a la incoación del procedimiento correspondiente. En la mediación deben estar todos presentes y consentir el acto. Y recordar que si nos hallamos ante cuestiones técnicas cuidar que exista el debido asesoramiento.

(c) Finalmente, desde esta concepción por PROCESO se entiende la evolución del conflicto en sí. Cuál es la historia del mismo y, en términos técnicos, en qué fase de la escalada nos encontramos y cuál es su grado de madurez. Por ejemplo: existencia de denuncias previas; existe proceso judicial abierto y en qué fase; confluencia con otros procedimientos administrativos o judiciales (ya sea con las mismas partes o algunas de ellas, por temas vinculados). Si hay movimientos sociales o grupos de interés; presión mediática y un largo etcétera que ha influido en el pasado, determinará el presente y condicionará el futuro.

(2) AVANZANDO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.- Como se ha comentado anteriormente, existe cierta flexibilidad metodológica que obedece, además de las particularidades del caso, a la pericia estratégica de los mediadores, orientada a la colaboración y la construcción de acuerdos. Siempre respetando los principios básicos del proceso, como son la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad. Mención aparte tiene el principio de igualdad (por la asimetría evidente que existe en la interacción entre la administración y el administrador), siendo función del mediador equilibrar el desequilibrio, en relación con la participación de las partes en el proceso. En cualquier caso, el compromiso de las partes y los participantes en asistir voluntariamente a la mediación y asumir los principios y requisitos de ésta, se formaliza en lo que se denomina Acta inicial. Que será firmada por el mediador y las partes. El proceso de desarrollará mediante sesiones privadas con alguna de las partes (caucus) o sesiones conjuntas.

En las que se explorarán los puntos de acuerdo y desacuerdo, así como las resistencias y limitaciones existentes para la solución de la problemática. Para tal fin el mediador aplicará una batería de técnicas (como son la comunicación no violenta, la inteligencia emocional, negociación integradora o el análisis de riesgos...). Precisamente el análisis de dificultades (ya sean técnicas, jurídicas o incluso sociales) es lo que permitirá, explorar las posibles soluciones y la viabilidad de éstas. Anteriormente citábamos la importancia de definir bien quién debe participar en la mediación, precisamente en la concreción de las dificultades y la posibles vías de solución, por las complejidades de las materias tratadas y la dinámica de la propia organización, es necesario contar con la colaboración y/o validación de expertos, ya sea para las cuestiones de fondo -los conocimientos técnicos, jurídicos- o para cerciorarse la propia viabilidad de las propuestas que se ponen sobre la mesa y que son aceptables para todas las partes.

(3) FINALIZACIÓN DEL PROCESO DE MEDIACIÓN.- Puede finalizar con acuerdo (total o parcial) o sin acuerdo el resultado se plasma en una acta final, que será firmada por cada uno de los asistentes (incluidos los mediadores), librándose una copia para cada cual. Según la materia, el procedimiento y la legalidad, para la validez de los acuerdos será necesario dotarles del formalismo correspondiente (informe jurídico, resolución, traslado al juzgado, etc.).

El acuerdo de mediación administrativa convencional, a diferencia de la mediación intrajudicial, no necesita de ninguna homologación para surtir efectos en el orden jurídico administrativo. De manera que tendrán plena efectividad los contenidos derivados del acuerdo de mediación suscrito por las partes legitimadas, siempre que no fueran contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público o de terceros.

Los acuerdos de mediación sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acuerdo de mediación o esté supeditado a su notificación, publicación o aprobación superior.

En caso de la mediación sustitutoria de los recursos de alzada, reposición o revisión, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los acuerdos de mediación cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto cuya disconformidad dio lugar a la mediación y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

En el supuesto de que la efectividad del acuerdo de mediación esté condicionada a que la Administración se comprometa a dictar un acto administrativo o a revocar otro acto anterior tras la interposición de un recurso, deberá constar en el documento del acuerdo los plazos de cumplimiento y los términos en que la administración deberá pronunciarse a través de dicha manifestación de voluntad.

En el caso de la mediación institucional, aunque deben ser las propias defensorías quienes regulen sus sistemas internos de mediación ADRA, podemos avanzar que el propio ombudsman tiene un objeto más amplio de supervisión tras el acuerdo adoptado, por lo que podrá aceptar o rechazar la homologación del acuerdo exponiendo las razones motivadas que le hubieran llevado a adoptar cualquiera de las decisiones posibles en el marco de un procedimiento de queja. Todo ello, sin perjuicio de las consecuencias generadas por el contenido de un acuerdo válido entre la Administración y los particulares que, aunque no fuera homologado por el Defensor del Pueblo, podría tener los efectos jurídicos derivados de la voluntad de las partes, sobre la base del ya citado principio de autonomía negocial.

Cuando se produzca la negativa del ombudsman a homologar el pacto de mediación institucional adoptado o , en ambos escenarios de mediación (institucional o convencional) se llegue a la terminación del procedimiento sin alcanzarse ningún acuerdo, el mediador dejará debida constancia con remisión del acta correspondiente dirigida al órgano competente, el cual deberá reactivar el procedimiento administrativo o la queja del Defensor del Pueblo en la fase en la que se encuentre y continuar los trámites legalmente establecidos a los efectos de resolver lo que proceda.

De no llevarse a puro y debido efecto lo acordado en mediación, las partes responderán del posible incumplimiento siguiendo las reglas que legalmente se establezcan al efecto y subsidiariamente las que establece el artículo 1091 del Código Civil, respecto a la fuerza de ley entre las partes de los contratos y el deber de cumplimiento a tenor de los mismos, así como de la posible derivación de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, regulada en el 106.2 de la Constitución Española y en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El acta final determinará la conclusión del procedimiento de mediación y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

La ejecución de acuerdo de mediación se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 LPC, de manera que las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico. No obstante, las partes pueden acordar como contenido del acuerdo la posibilidad de pactar la forma de cumplimiento del mismo.

La acción para impugnar la validez de la mediación se ejercerá ante el mismo órgano responsable del procedimiento administrativo por los trámites y con los recursos establecidos en la LPC, y conforme establece la normativa aplicable a cada caso.

Si como consecuencia del acuerdo de mediación alcanzado, las partes acuerdan someter a la decisión del órgano administrativo competente la terminación del procedimiento a través de la renuncia, desistimiento, satisfacción extraprocésal o por desaparición sobrevenida del objeto litigioso, se dictarán las resoluciones administrativas que correspondan y que consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (art. 21.1 LPC).

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo determinado a voluntad de la administración.

La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

Como ya se ha indicado, el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a dicho procedimiento. Igualmente, podrá afectar total o parcialmente al objeto del conflicto. En tal caso, el órgano competente deberá dictar el acto o resolución que corresponda, resolviendo la pretensión que quede por dirimir.

Cuando la mediación termine con acuerdo total o parcial de las partes, se firmará un acta de finalización de la mediación con tantos originales como partes y se comunicará al órgano administrativo competente la finalización del proceso de mediación. El acta contendrá las decisiones de las partes sobre todos los temas que les preocupen y en particular aquellas que jurídicamente deban resolver para poner fin al procedimiento administrativo iniciado.

El acuerdo de mediación podrá ser autorizado por la autoridad competente cuando se trate de una transacción y afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda pública. No será necesaria la autorización derivada de una transacción y bastará la intervención del Abogado del Estado, del representante legal de la Administración, del gestor, técnico o de cualquier otra persona física o jurídica legitimada, cuando el acuerdo de mediación se refiera a:

- Afectaciones patrimoniales indirectas.
- Reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración.
- Las demás previstas en la ley.

En el supuesto de que no se trate de una transacción, sino de un acuerdo de mediación ADRA realizado en cualquier fase del procedimiento administrativo de diversa naturaleza o tras el dictado de actos administrativos o de resoluciones que den lugar a la interposición de los recursos administrativos o de la revisión/revocación, la autoridad administrativa está exenta de cualquier autorización rogada (únicamente prevista para la transacción); por lo que deberá dar eficacia y apoderar el acuerdo de mediación, bien por lo establecido en el contenido de dicho acuerdo, bien a través de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que se ajustará -en requisitos, producción y contenido- a lo dispuesto para los actos administrativos en el artículo 34 y siguientes de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Formalización del título ejecutivo. El acuerdo de mediación administrativa tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para su efectividad directa o a través del correspondiente acto administrativo. Será válido el acuerdo de mediación por el que alguna de las partes se comprometa a desistir, renunciar o allanarse en el procedimiento administrativo. No podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido afecte al interés público y sean contrarios a Derecho.

Es preciso el seguimiento de la implantación de la mediación en las administraciones competentes. Para un control de los procesos derivados a mediación en cada uno de ellos y poder evaluar el ritmo de su implantación y eficacia es conveniente la cumplimentación de un registro propio, que puede incorporarse al sistema informático el correspondiente, o en otro caso realizarse mediante una página excel en la que anotar los siguientes datos:

- Las entidades mediadoras deberán dejar constancia de los resultados de las mediaciones debidamente cumplimentadas para control y efectos estadísticos.
- Los equipos de mediación en todos los supuestos deberán realizar encuestas de satisfacción de los usuarios del servicio de mediación a fin de valorar su funcionamiento y poder mejorarlo. Deben ser anónimas y ser valoradas de manera periódica por comisiones de seguimiento.

2.2. Mediación contencioso-administrativa

2.2.1. Aproximación a algunas experiencias en España (Barcelona, Burgos, Madrid, Murcia y Valladolid)

BARCELONA. PLAN DE MEDIACIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE BARCELONA

A finales del 2017 se inicia un procedimiento de estudio y reflexión sobre la posibilidad de implantar la mediación en la vía contencioso-administrativa entre el Centre de Mediació de Catalunya (adscrito al Departament de Justícia) y los juzgados de lo contencioso-administrativo núm. 5 y 17 de Barcelona. Se crea un grupo de trabajo para fijar las bases para iniciar las derivaciones, agenda coordinada para la realización de las sesiones informativas, así como el modo de designación de los mediadores. Una vez se disponía de la experiencia práctica necesaria se elaboró la Guía Metodológica de la Mediación en los Juzgados de lo Contencioso administrativo de Barcelona, aprobada por acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ de Catalunya de 10 de noviembre del 2020 y por el CGPJ.

Este plan se inicia a finales del 2017 y según los datos a fecha julio del 2022:

- 221 derivaciones
- 190 sesiones informativas (han participado 765 personas)
- 72 mediaciones iniciadas.
- 24 acuerdos
- 31 mediaciones en activo

El plan comenzó con 2 juzgados, y a fecha de hoy están participando o han participado en el mismo 13 de los 17 juzgados que hay en Barcelona. En un 96% se han derivado a instancias del órgano judicial, si bien, el 4% que corresponde a instancia de parte es una opción que está incrementándose, sobre todo en ejecución de sentencia.

Las derivaciones se han realizado en un 78 % en procedimientos ordinarios y el momento de la derivación más proclive ha sido en la admisión de la prueba, ya que se cuenta con las posiciones de las dos partes.

La experiencia nos ha demostrado que no se pueden limitar las materias ya que los casos han sido variadísimos. Serán las circunstancias o los condicionantes presentes las que nos dirán si un caso es o no mediable. Cada uno de los ámbitos presenta sus peculiares características las cuales se deben tener en cuenta tanto para decidir la derivación como para el mismo proceso de mediación. Haremos unas breves conclusiones surgidas de la práctica en los diferentes campos o materias.

a) Urbanismo e intervención administrativa.

Es quizás donde se han dado mayores acuerdos por la amplitud y la flexibilidad de la materia. En esta materia el diálogo con el ciudadano puede ocurrir en dos fases. Una previa, durante la elaboración del planeamiento a la que alude el art. 5 TRLS 2015 y otras normas autonómicas (art. 8 TRLU de Cataluña) consagrando el principio de participación que da lugar a un urbanismo democrático y no impuesto.

Y una posterior, una vez aprobado el planeamiento o los actos de gestión urbanística, habiendo surgido ya el conflicto. Partiendo del hecho que la potestad de ordenación no es transaccionable sí lo pueden ser ciertos elementos integrantes de los distintos supuestos, todo ello regido por la aplicación de los principios generales del derecho público y que concretados en el ámbito urbanístico da lugar al principio de proporcionalidad y congruencia, el de reparto equitativo entre beneficios y cargas, el de desarrollo ambiental y urbano sostenible o el de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por el proceso urbanístico. Todos ellos han sido precisados legislativamente y jurisprudencialmente, y dentro de dichos parámetros caben los acuerdos. Existe en esta materia la acción pública, extremo que debe llevar al hecho consistente en que cualquier acuerdo que se alcance debe contar con la aprobación del accionante.

b) Contratación

Nos hallamos ante una materia que transcurre por diferentes fases, y que en cada una de ellas se puede plantear una controversia, y a pesar de ello la rueda sigue avanzando creando situaciones cada vez más irreversibles. En todos los procesos competitivos o de concurrencia es difícil articular la mediación durante la tramitación pues son variadas las posiciones y los intereses que concurren. Sólo se podría concebir contando con la conformidad de todos los licitadores. Una vez hay resolución adjudicadora los intereses se limitan, pero en los posibles acuerdos a los que se pueda llegar, y también en fase de ejecución, no se deben rebasar las bases de la convocatoria ni modificarlas.

c) Sanciones

En este campo debe tenerse en cuenta las circunstancias personales de los afectados y las particularidades fácticas para llegar a una sanción más justa, pero siempre dentro de los límites legales, ya que debe estar prevista la sustitución de la sanción.

d) Ruidos e intrusiones

Campo propenso a acuerdos pues afecta a la convivencia. Y por ello, y en aras a lograr una mejor solución del conflicto deben estar llamados a la mediación y converger en el acuerdo todos los implicados para evitar problemas en la ejecución de los mismos.

En este campo, como en cualquier otro donde pueden concurrir otros terceros, interesados o incluso los/las codemandados se plantea la problemática consistente en la oposición, por parte de éstos, al acuerdo de mediación cuando éste es favorable al interés general.

e) Función pública

En esta materia la posibilidad de acuerdo siempre irá ligado al margen de actuación que tenga la administración, y a veces a la, también, presencia de terceros interesados. Pensemos en procesos de selección. En el ejercicio de la potestad disciplinaria, más allá de la discusión de los elementos fácticos, cabe tener en cuenta la mediación para restablecer la relación personal entre los posibles implicados y la mejora del ambiente de trabajo.

f) Responsabilidad patrimonial

A pesar de ser la materia por excelencia y a la que alude el mismo art. 86 Ley 39/2015 o 77 ley 29/98, los acuerdos son escasos. La explicación a dicho fenómeno creo que la podemos hallar en dos elementos: la presencia de las compañías de seguros y al hecho que la concurrencia de los elementos integrantes de la responsabilidad de la Administración no es susceptible de transacción. Por tanto, los supuestos que acceden a la vía judicial serán casos en que la Administración niega su responsabilidad en el resultado. En cambio, cuando la Administración admite o acepta su responsabilidad raramente no se alcanza un acuerdo en vía administrativa.

El listado de materias sería interminable, como lo es el mismo derecho administrativo, pues es la vida misma. Con ello cabe concluir que la mediación es posible en vía administrativa, y que quizás sería la jurisdicción en la que si el proceso mediador no culmina con un acuerdo no debe entenderse como un fracaso ya que implica un avance el hecho que la Administración se haya despojado, aunque sea temporalmente, de sus prerrogativas i potestades exorbitantes, para colocarse en el mismo plano que el/ la ciudadano/na con una actitud de escucha y entendimiento.

Como aspectos a subrayar de la experiencia vivida con este plan es la inmensa voluntariedad y esfuerzo llevado a cabo por los mediadores que intervienen en el mismo, un mayor estudio de sus retribuciones para que sean acordes con el ingente trabajo que realizan y la necesidad de dotar a los integrantes de los diferentes órganos administrativos de la información, formación y herramientas para canalizar los conflictos a través de la mediación porque traslucen, aún, muchos miedos a actuar de forma más flexible y, a la vez, cercana con el/la administrado/da. Esta ayuda debería venir en forma de ley, regulando, de una vez por todas, la mediación en el ámbito administrativo.

BURGOS. MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN BURGOS Y SU PROVINCIA

1. En fecha 18 de enero del año 2021 -siguiendo el modelo adoptado en Valladolid- surge el PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DEL PROYECTO PILOTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN BURGOS Y PROVINCIA a iniciativa de los órganos judiciales de este orden jurisdiccional de Burgos y el Colegio de Abogados de Burgos, impulsado por una Comisión para el fomento de la Mediación en este ámbito creada por el Presidente de la AP de Burgos e integrada por representantes de Colegios de Abogados y Procuradores de dicha Ciudad y de su Ayuntamiento.

El contenido de este Protocolo es idéntico al que suscribió la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Valladolid con la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de CyL, con sede en esa provincia y no introduce más novedad de tramitación de este MASC que la de que los mediadores sean, preferiblemente, los que propongan esos Colegios.

2. Si ha habido registro de este Protocolo en tanto fue aceptado por mayoría por la Sala de Contencioso Administrativo del TSJ de CyL con sede en Burgos, se dio cuenta a Sala de Gobierno del TSJ de CyL y se remitió al CGPJ para control de legalidad. Los casos que se derivan en los Juzgados de lo contencioso administrativo de Burgos se rigen por este Protocolo.

En estos términos el Protocolo si está regularizado, si bien, los casos derivados en aplicación del mismo no se someten a control y estadística desde el órgano judicial, también por falta de referencia registral a efectos de rendimiento judicial.

3. Junto a ello hay que citar que, decisivo en el desarrollo de la mediación en Burgos, ha sido el CONVENIO DE COLABORACION ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BURGOS Y LOS COLEGIOS OFICIALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE BURGOS suscrito en Burgos, en fecha 15 de febrero de 2022, en virtud del cual la Corporación Local otorgó subvención por importe de 20000 euros para la difusión y publicidad de este MASC, lo que ha permitido cursos de formación de mediadores entre abogados y procuradores (creando un listado) y charlas y jornadas de conocimiento que han suscitado enorme interés entre operadores jurídicos.

En idénticos términos se suscribió Convenio entre Ayuntamiento de Burgos y CGPJ al objeto de favorecer el impulso de la mediación en la actualidad pendiente de renovar vigencia.

4. En este contexto si ha tenido lugar la derivación de cierto número de asuntos a mediación por parte de los órganos de lo contencioso, algunos incluso a petición de parte y Administración demandada, debiendo recordar que en este caso -a diferencia por ejemplo de lo que ocurre en Valladolid- ha sido el Ayuntamiento el principal motor (también económico) de impulso de este MASC.

Son destacables PA derivados antes de la fase de vista, algunos de materias más susceptibles de acuerdo como responsabilidad patrimonial o contratos, generalmente sin oposición de las partes a acudir a una primera sesión informativa (hay mucho interés entre estos profesionales por favorecer la mediación) aunque con escasos acuerdos que pongan fin al procedimiento. Pero es de destacar que, también propio de la multitud de ayuntamientos que integran la provincia de Burgos, los propios letrados que han ido accediendo al conocimiento de la mediación en la Ciudad de Burgos lo han sugerido o no se han mostrado reacios a intentarla en procedimientos contenciosos de esas materias que afectan a un ámbito territorial inferior al de la provincia. Son numerosos los Ayuntamientos más pequeños que a día de hoy son proclives a mediación en el ámbito contencioso administrativo y demandan formación específica al respecto.

También se han derivado PO en fase de prueba, bien a la vista del resultado de la celebrada, por ejemplo si hay contradicción de periciales (urbanismo) o, bien antes de llegar a ella, previendo precisamente esa disyuntiva (medio ambiente). Igualmente los Letrados han accedido a acudir a sesión informativa aunque no se haya llegado a término o a acuerdo final.

Quizás el ámbito más relevante a efectos de mediación en la ciudad de Burgos haya sido el de la Ejecución forzosa; desde el Ayuntamiento de Burgos se ha accedido a acudir a sesiones de mediación a fin de dar trámite a ejecuciones de urbanismo o dinerarias que se hallaban enquistadas durante meses y se han derivado de este modo diversos asuntos, con escaso acuerdo final, pero si claramente con la intención de crear cultura para afrontar esos supuestos.

Ello, ha sido imitado por otros Ayuntamientos menores o Administraciones públicas, siendo destacable la Universidad de Burgos que accedió a derivar a mediación un asunto en ejecución en el que había sido condenada a dar cumplimiento a una sentencia en materia de personal. Igualmente, se celebraron varias sesiones sin acuerdo final, pero con evidente voluntad de buscarlo.

5. En cuanto a la valoración del protocolo y despliegue de la mediación en esta ciudad y su territorio: se podría decir que es SATISFACTORIO CON ALGUNAS DEFICIENCIAS, es decir, en apenas 2 años desde que el Colegio de abogados se interesó por el proyecto no han cesado actuaciones de difusión y formación de la mediación en un ámbito tan complejo como el contencioso administrativo, con diversas derivaciones, ello es ya loable; es cierto que no basta con desplegarlo, es precisa una implicación efectiva de todos los operadores jurídicos y seguir contribuyendo a la formación y cultura de mediación como se ha hecho hasta ahora, incluyendo también a los magistrados.

6. Propuestas de mejora: es indispensable crear INCENTIVOS para todos los afectados por el proceso contencioso que les permita ver en la mediación ventajas concretas, de derivar, de acudir a las sesiones y de alcanzar el acuerdo.

Es necesario involucrar a la Sala, como órgano jurisdiccional superior, en la cultura de la mediación, apoyando iniciativas de los órganos de instancia y reflejándolo, por ejemplo, en la eventual condena en costas, lo que se resume nuevamente en crear incentivos.

Y seguir en la línea de atraer a las Administraciones Locales, cuanto más pequeñas en extensión geográfica mejor, para lo que se precisan también estrategias y planes provinciales que las permitan una actuación conjunta y uniforme, con el apoyo de la Diputación y servicio de asesoramiento en este aspecto. Así como atraer a otros organismos que en un momento dado pueden tener intervención en contencioso, como Consejo Consultivo o Procurador del Común, de forma que todos sean proactivos a este MASC siempre que por la naturaleza del asunto sea susceptible de solución negociada.

MADRID. SERVICIO DE MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

1. EL PROYECTO

Desde, la Presidencia de la Sala de lo contencioso-administrativo y la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el objetivo de garantizar un sistema de Justicia eficaz y eficiente, se elaboró un protocolo para facilitar la implementación del servicio de mediación en los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid correspondientes a la jurisdicción contencioso-administrativa y ofrecer a la ciudadanía la oportunidad de acudir a mediación en los conflictos surgidos con las Administraciones públicas.

El protocolo se encuentra a disposición de los 34 juzgados unipersonales existentes en esta comunidad autónoma, así como de la Sala del Tribunal Superior de Justicia. Dicho protocolo fue aprobado con fecha 5 de marzo de 2018 por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Consejo General del Poder Judicial. Este servicio no sería posible sin el convenio celebrado con el Centro de Resolución de conflictos del Colegio de Abogados de Madrid (medialCAM), en virtud el cual la mediación se lleva a cabo por mediadores juristas expertos en conflictos con las Administraciones públicas.

Para la puesta en práctica de este protocolo se constituyó la unidad de mediación, de carácter funcional, dependiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Entre las funciones de esta unidad funcional se encuentran:

- Ofrecer una forma de gestión y solución del conflicto basada en la participación y en el diálogo, en aquellos casos, en que se determine que es la forma idónea de resolución.
- Dotar de confianza a esta vía de resolución del conflicto.
- Coordinar el servicio de mediación prestado por personal externo (mediadores) y los órganos judiciales que deriven asuntos a mediación, con el fin de impactar lo menos posible en el funcionamiento de estos.
- Información, formación y coordinación entre los órganos judiciales, así como entre las Administraciones públicas.
- En definitiva, fomentar una adecuada gestión del cambio y trabajo colaborativo en beneficio de la ciudadanía.

2. EL BALANCE

En cuanto a la tipología de los asuntos derivados a mediación los más destacados obedecen a responsabilidad patrimonial (32), urbanismo (9) y contratos administrativos (8).

En cuanto al grado de satisfacción de los usuarios que han acudido y han hecho uso del del servicio de mediación en un 80% se encuentran satisfechos y volverían acudir o recomendarían a otros.

De los acuerdos alcanzados el 100% no han generado ningún conflicto posterior del que los órganos judiciales hayan tenido conocimiento.

Se está trabajando estrechamente con el Servicio Madrileño de Salud para impulsar la mediación en este ámbito donde se considera "una necesidad". En este ámbito la respuesta e implicación por parte de la Administración ha sido positiva así como del servicio jurídico de la Comunidad de Madrid y de la aseguradora con que el Servicio Madrileño de Salud tiene contratada la correspondiente póliza.

El número de acuerdos alcanzado sigue siendo reducido, la implicación de los órganos judiciales es heterogénea y depende del voluntarismo de las personas. Debido a los cambios del personal en los órganos judiciales se hace necesario de nuevo dar a conocer el servicio existente, así como informar y formar al personal en materia de mediación.

3. NECESIDADES

En cuanto a las necesidades detectadas para lograr una mayor y mejor implementación resulta conveniente:

- Una regulación específica en este orden jurisdiccional.
- Que se dote de medios adecuados (personales y materiales) a la unidad funcional para el ejercicio de sus funciones. Se considera que el modelo organizativo diseñado en el Protocolo es idóneo, sin embargo, carece de una dotación orgánica y está condicionada al tiempo disponible de las personas que voluntariamente posibilitan su funcionamiento.
- Mayor grado de conocimiento y convicción entre la ciudadanía, Administraciones, órganos judiciales y resto de operadores jurídicos (lo que puede impulsarse desde la unidad si dispusiera de medios oportunos).
- Así como un mayor compromiso por parte de las Administraciones públicas.
- Reconocimiento económico a los mediadores en compensación de la profesionalidad exigida.

MURCIA. SECCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LA UNIDAD DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

1. INTRODUCCIÓN

La Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia, en adelante UMIM, comenzó a funcionar en modo experimental a finales del 2013, (Instrucción de la Secretaría de Gobierno TSJ Murcia 5/2013 de 4 de noviembre), adquiriendo carta de naturaleza orgánica como dependencia formal de la Oficina Judicial de Murcia con la Orden JUS/1721/2014 de 18 de septiembre (BOE 25 de septiembre de 2014) por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia.

En el organigrama de la Oficina Judicial, la UMIM es la Sección 5ª del Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento de Murcia, dirigida por una letrada de la Administración de Justicia y con el apoyo de dos funcionarios de tramitación, cuenta con la colaboración pro-bono de 82 mediadores, presta servicios integrales, centralizados, especializados y gratuitos de mediación en asuntos que le son derivados desde los órganos judiciales en los ámbitos de familia, penal, civil, menores y contencioso-administrativo.

El ámbito de la mediación contencioso-administrativa inició su participación en el proyecto de mediación de la UMIM en el año 2016, inicialmente con un protocolo de derivación para la Sala de lo Contencioso del TSJ y en 2020, con un nuevo protocolo, se amplió a los 7 Juzgados de lo contencioso-administrativo de Murcia capital y también al Juzgado de lo contencioso-administrativo de Cartagena, dando así cobertura a toda la provincia.

2. ESTADÍSTICAS

| SECCIÓN 5. CONT.-ADM. | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|----------------------------|------|------|------|------|------|------|
| Pendientes a inicio | 7 | 9 | 8 | 12 | 3 | 9 |
| Derivaciones | 19 | 11 | 14 | 7 | 14 | 13 |
| Sesiones informativas | 17 | 7 | 12 | 4 | 10 | 16 |
| Mediaciones con acuerdo | 2 | 3 | 2 | 0 | 3 | 2 |
| Mediaciones sin acuerdo | 3 | 3 | 1 | 2 | 1 | 2 |
| En trámite | 9 | 8 | 12 | 3 | 9 | 10 |

3. MEDIADORES

En este ámbito colaboran 20 mediadores, todos, salvo uno que es sólo de este ámbito, compatibilizan con algún otro ámbito de colaboración en la UMIM. 15 son abogados, 3 procuradoras y 2 jubilados. De los abogados 2 son profesoras de Universidad y de los jubilados uno es Magistrado jubilado de la Sala y la jefa de los Servicios Jurídicos del Servicio Murciano de Salud, también jubilada. La mayoría han participado en alguna sesión informativa y en mediación unos 11. Finalmente, 15 son mujeres y 5 hombres.

4. MODELO DE TRABAJO

Desde la Sala del TSJ o desde el Juzgado se deriva a sesión informativa de mediación por resolución judicial (generalmente por providencia) y también normalmente previa calificación procesal del LAJ, con día y hora, previa consulta telefónica. Esta sesión informativa se realiza de forma conjunta con todas las partes implicadas y si es un asunto de la Sala incluso tenemos la posibilidad de realizarla en las propias dependencias del TSJ y con la intervención de la Letrado de la Administración de Justicia, generando más confianza a las partes. Se procura que los mismos mediadores que asisten a la Sesión Informativa sean los encargados de llevar la mediación de aceptarse el recurso que a veces conlleva hasta meses de gestión previa. Las mediaciones ya se desarrollan en las dependencias de la UMIM o en función de los participantes, en alguna sala más grande del edificio, incluso en alguna ocasión se ha tenido que hacer en el Salón de Actos. El Coordinador técnico, Ángel Avilés, sigue haciendo un trabajo excelente, de liderazgo, supervisión y acompañamiento de los mediadores, se encarga de asignar los asuntos teniendo en cuenta la materia, y muchas veces se tiene que hacer cargo personalmente del asunto por falta de mediadores disponibles, aprovechando para ir dando cabida a los mediadores noveles a los que se pide que antes de empezar a mediar han de observar algunas mediaciones primero. También estamos generando grupos de 3 mediadores incorporando a estos mediadores noveles para que colaboren asumiendo funciones de gestión, ya que en este tipo de mediación son pocas las sesiones de mediación, pero muchas las gestiones telefónicas, sobre todo si son multipartes y es muy importante que las partes sientan que se está pendiente del asunto.

En esta área se trabaja sólo por las mañanas (los abogados prefieren que no sea por la tarde) y los días asignados son miércoles o jueves, días con menos actividad, aunque puntualmente, si es necesario, se puede utilizar cualquier otro día, aunque coincida con otra área. Son mediaciones complejas, con un alto componente jurídico, con numerosas partes implicadas, incluyendo en ocasiones a los propios técnicos. Se dilatan en general mucho en el tiempo, conllevan infinidad de gestiones telefónicas y consultas, incluso se demoran especialmente cuando hay posibilidad de un acuerdo porque normalmente la Administración quiere contar con todos las autorizaciones antes de firmar nada. Aunque en ocasiones intervengan las personas físicas, si las hay, que muchas veces por primera vez se sienten escuchadas por la Administración, destaca especialmente el gran papel protagonista de los abogados, de hecho, todas las sesiones informativas realizadas han sido con su participación.

Es un modelo de intervención más estilo Harvard, configurándose en ocasiones muy cercano a la negociación asistida. En general el ciudadano ha acogido muy bien el recurso, pero sigue existiendo mucha sorpresa y reticencia a participar por parte de las administraciones públicas, a excepción de la Comunidad Autónoma, cuyos servicios jurídicos están muy implicados en el proyecto, acuden siempre a todas las sesiones informativas y han entendido la utilidad que les puede proporcionar el recurso.

Es una mediación que requiere, además de técnicas y herramientas de mediación, conocimientos jurídicos de una materia que es además compleja y amplia. Por ese motivo todos los mediadores son jurídicos y actualmente contamos con la valiosa colaboración del magistrado emérito jubilado de la propia Sala de lo Contencioso, Mariano Espinosa que se ha incorporado como tutor junto con Charo Guijarro, jubilada que anteriormente había sido la jefa de los servicios jurídicos del Servicio Murciano de Salud.

Ambos se han incorporado también como tutores junto con Sonia Abellán que ya venía desarrollando esa función. Uno de los temas que genera mucha tranquilidad a los usuarios es que el acuerdo, puede ser condicionado a la espera de la confirmación de la autoridad competente, en base al apartado 37 del protocolo de derivación. Cuando es un acuerdo definitivo este habrá de ser aprobado por auto por el tribunal, tomando como base el apartado 3º del artículo 77 de la LJC, declarando terminado el procedimiento siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

Las sesiones informativas son diferentes de los otros ámbitos, tienen bastante duración, en torno a 2 horas o incluso varias horas más si es multipartes, porque además de informar, de una forma muy resumida para recordar conceptos, ya se genera un espacio para que cada parte cuente el contexto y su posición, y se trabaja en ayudarles a sentar las bases sobre los elementos con los que se puede empezar a negociar, buscando los intereses comunes y como podrían ser satisfechos. Realmente no podría ser de otra forma porque se hace fundamentalmente con los abogados de la Administración, que muchas veces son los mismos y no tendría sentido informarles una y otra vez de los principios de la mediación. Esa sesión informativa, aun cuando la mediación no llegue a iniciarse es realmente valiosa, como labor de difusión y concienciación, porque muchas veces por primera vez sienta al administrado con la administración, se “ponen cara” y exponen y escuchan los argumentos de sus pretensiones.

Después de la sesión informativa, si vienen todas las partes y aun existiendo interés, se tarda en poder iniciar la mediación y se necesitan muchas gestiones y llamadas. Si existe la posibilidad de un acuerdo hasta poder plasmarlo en un borrador pasan en ocasiones meses porque la Administración quiere primero pasar sus propios filtros técnicos y de decisión. Es un ámbito en el que la mediación les supone a veces un primer encuentro real para conocerse y ordenar los temas pero que después, roto el hielo, es frecuente que continúen ellos por sí mismos las gestiones, negociaciones y consultas. En este sentido de alguna manera les sirve de impulso a ese contacto. Destacar la necesidad de conocimientos técnicos por parte de los mediadores y la útil supervisión de los borradores de acuerdos por parte también del mediador tutor del área Mariano Espinosa, Magistrado de la Sala jubilado, y con unos conocimientos realmente valiosos de la materia y de cómo encajar el acuerdo en el proceso judicial.

5. APRENDIZAJES Y DIFICULTADES

La mediación contencioso-administrativa es un ámbito muy específico en el que la humanización y la cercanía de la Justicia tienen una especial relevancia, porque supone una nueva Administración, una forma nueva de trabajar en la Administración ya que el administrado puede recibir una explicación directa y personalmente ya que hasta ese momento se ha relacionado generalmente a través de documentos, expedientes y recursos. En ese momento se sienta con una persona que no es un mostrador, ni un correo electrónico, ni una llamada de teléfono, y esa conversación personal por sí misma les supone un efecto restaurativo realmente importante a los administrados. Incluso aunque no se llegue a abrir la mediación, como está ocurriendo en los procesos de responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud que sólo vienen a sesión informativa pero no se acepta entrar en mediación, el que el paciente o su familia pueda expresar lo que ha pasado y cómo se ha sentido y que la Administración lo escuche de forma personal,

tiene un efecto restaurativo extraordinario del que no éramos conscientes. En este sentido, aunque desde la UMIM muchas veces se vive como frustrante el que no se entre en mediación, a pesar de todo el trabajo desarrollado en una sesión informativa y de la gran oportunidad que se les ofrece, hemos aprendido, por la propia satisfacción y agradecimiento expresado por los usuarios que ese primer encuentro ya ha merecido la pena y ha tenido un gran valor para ellos, ya que muchas veces por primera vez se sienten escuchados y reconocidos.

Por otro lado, la mediación en el ámbito de la ejecución de sentencia contencioso-administrativa cobra especial sentido porque este tipo de procesos de ejecución en muchas ocasiones son realmente complicados ya que implican un verdadero nuevo procedimiento para dilucidar cómo se materializa ese acto que ha sido declarado nulo. Se genera un nuevo proceso en el que muchas veces la propia Administración se ve atada de pies y manos y ofrecerle un espacio donde puedan reflexionar y expresar juntos qué cosas se pueden y también cómo se pueden hacer también les reporta una utilidad muy importante. En este ámbito también es frecuente y recomendable que se incorporen los técnicos de la Administración que son quienes conocen realmente el tema en profundidad. Teniendo en cuenta que si estamos en fase declarativa alguno de ellos pueda tener que testificar se incluye una cláusula dejando claro que el hecho de que participen en la mediación no les impide testificar en el juicio, y que sólo será confidencial aquellas cosas que hayan conocido a través de la propia mediación.

Una de las mayores dificultades ha sido el que se alargan en el tiempo, muchas veces sin ni siquiera iniciarse la mediación, pero por propio interés de las partes que no quieren que se archive porque están en negociaciones. Por ese motivo se han establecido unos plazos máximos, 30 días ampliable en otros 30 para iniciar la mediación después de la sesión informativa y 90 días para concluirla con posibilidad de ampliación, con comunicación al órgano. En cualquier caso, ya hemos asumido que es un ámbito que requiere más tiempo y la mediación se puede alargar, incluso más de un año.

Es un ámbito en el que la mediación online resulta especialmente útil, para evitar desplazamientos desde otros lugares. Como hay menos emoción y lenguaje no verbal que gestionar y sobre todo nos encontramos con profesionales abogados, estas reuniones virtuales han demostrado ser un escenario productivo y cómodo de trabajo y de intercambio de impresiones. En esta memoria ya podemos ofrecer datos numéricos de su uso y destacar que incluso ya han existido firmas digitales de acuerdos.

En un área que sigue en construcción, a nivel técnico y documental, con constantes revisiones periódicas para recordar a los mediadores que sigan pendientes y vuelvan a preguntar a las administraciones como van sus gestiones.

Es un ámbito que requiere conocimientos jurídicos y en muchas ocasiones conocer el procedimiento judicial y los informes técnicos. En la UMIM los funcionarios podemos acceder al procedimiento directamente desde el sistema de gestión y ya está establecido así en el protocolo de derivación. Es muy importante también el trabajo en equipo y en ocasiones, cuando son asuntos multipartes son tres incluso más lo mediadores que intervienen, dos principales y los demás como apoyo.

También es esencial la colaboración del mediador magistrado jubilado de la Sala en la revisión de los borradores de acuerdo, para revisar su legalidad, cómo ha de acceder al proceso judicial y las dificultades que pueden existir para su homologación.

En los años que llevamos de mediación contenciosa-administrativa hemos logrado algunos aprendizajes muy interesantes. Por un lado, que puede ser muy oportuno sacar a la luz que la razón final del acto administrativo es el interés general, y desde ese prisma reflexionar si existe la posibilidad de que la legalidad vulnerada puede restaurarse de una forma diferente, más ecológica y eficiente. Por otro lado, la importancia de transmitir a las partes que la mediación no es un instrumento para cambiar las sentencias, o para cambiar la calificación jurídica que le dio la Administración, que genera rechazo y preocupación, especialmente a la administración, pero que en fase declarativa sí que podemos trabajar para sacar a la luz todos los hechos que sean mutuamente aceptables y desde ese nuevo escenario trabajar sobre la calificación jurídica. Hemos detectado un temor extendido por parte de los representantes de la Administración a que “salirse de la caja” para buscar una solución distinta pueda ser considerado como una ilegalidad, y en ese sentido la mediación les ofrece un espacio seguro y de buena fe para toda la negociación, construyendo despacio y de forma ordenada cualquier solución, y sobre todo con un control jurisdiccional posterior con la homologación del acuerdo. De hecho, ese se ha convertido en uno de los principales trabajos de la mediación, hacer reflexionar a las partes sobre la legalidad, alcance y complicaciones de las soluciones propuestas. En esta línea de trabajo nos está siendo muy útil una técnica que hemos denominado “la hoja de ruta”. Supone que Administración y administrado se marcan un camino para dar cumplimiento a la sentencia, camino que a veces lleva, por la propia dinámica de la Administración, una serie de gestiones, trámites, licencias, reuniones, aprobaciones, y se está consiguiendo que eso también sea aprobado por los órganos correspondientes de la Administración, por ejemplo, el Pleno de un Ayuntamiento. En realidad, la Administración lo que está haciendo es cumplir la sentencia porque la sentencia había dictaminado que algo no estaba bien hecho, pero no le había indicado cómo tenía que hacerlo.

También hemos detectado que ese temor de la Administración a cometer una ilegalidad le obstaculiza enormemente iniciar una mediación cuando se está en fase declarativa, y aunque se tengan dudas, incluso viendo la oportunidad y las bondades de un posible acuerdo, se sienten muy condicionados y prefieren o entienden que necesitan que exista una sentencia. También existe esa misma dificultad cuando en el proceso ya existe un informe técnico puesto que entienden que no pueden entrar a discutir el mismo. Una lástima porque ello conlleva ya un vencedor y un vencido y limita mucho más el escenario para un acuerdo. En este sentido la mediación previa, en vía administrativa, entendemos que sería un cauce realmente útil, económico y ecológico que habría de potenciarse desde dentro de las administraciones.

Otra dificultad recurrente de la mediación es la falta de liquidez de la Administración cuando es ella la que tiene que pagar. Aquí hay mucha diferencia si hay condena o si estamos en fase de ejecución. Con algunas administraciones hemos conseguido hacer un calendario de pagos, incluso que el interventor participase, pero, en otras ocasiones la mediación no ha podido prosperar porque entendían que necesitaban una condena para poder hacer el abono.

Seguimos aprendiendo mucho con cada sesión informativa y mediación porque la materia es realmente variada y compleja, con la mirada siempre puesta en generar un proceso de mediación eficiente y depurado y un equipo sólido de mediadores. En general todas las Administraciones vienen a las sesiones informativas, la Comunidad Autónoma sigue siendo muy colaborativa, algunos Ayuntamientos también y por el contrario hay algunas muy reticentes como abogacía del estado o el Servicio Murciano de Salud que no conseguimos que den el paso de entrar en mediación.

VALLADOLID. LA MEDIACION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VALLADOLID

1. El 13 de noviembre de 2019 se suscribió el “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DEL PROYECTO PILOTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VALLADOLID Y PROVINCIA”.

El protocolo surge, según se expresa en el mismo, por la decisión de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Valladolid de impulsar la mediación intrajudicial en el orden jurisdiccional contencioso administrativo de común acuerdo con la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de CyL, en primer término, con sede en Valladolid y en su respectivo ámbito jurisdiccional y, en un segundo término, sobre la idea de extenderlo a todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

2. No hay ningún registro, ni seguimiento del protocolo

De manera oficiosa y voluntaria, se han registrado 4 procedimientos ordinarios, correspondientes a la Sección Primera (son tres) que se han derivado formalmente a mediación, todos ellos en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria.

En uno de ellos, la parte demandada, era una Mutua de Accidentes Laborales y en los tres restantes la Administración de la Comunidad Autónoma.

En el primero de los indicados, se oyó previamente a las partes -de manera informal-sobre su interés en la derivación, pero en los restantes se les derivó directamente.

3. En el procedimiento en el que la parte demandada era una Mutua se llegó a la sesión informativa. Una vez que tuvo lugar, la parte demandada no quiso continuar.

4. En los tres restantes, la Administración de la Comunidad Autónoma recurrió la providencia de derivación, recurso que fue estimado, al entender que no tenía sentido insistir cuando ya una de las partes ni tan siquiera aceptaba ir a la sesión informativa.

La posición de los letrados de la parte actora fue variada: uno quería seguir, otro no y el tercero interesaba la desestimación del recurso.

5. En todos los casos, la derivación se hizo tras demanda y contestación.

6. En otros procedimientos, de una manera informal, tras la prueba, he preguntado a los letrados de las partes sobre su interés en ser derivadas a mediación, informándoles del protocolo (algunos no sabían que existía) y de cómo articularíamos el proceso.

Los procedimientos en los que así lo he hecho han sido materia de contratos, responsabilidad patrimonial y en otros en los que ambas partes eran administraciones.

Se desconoce la razón por la que no han querido ser derivadas, ya que no han hecho ninguna manifestación.

7. El balance del protocolo no es satisfactorio. Las razones de ellas son, a mi juicio y entre otras, las siguientes:

a. No hay impulso más allá de lo que el ponente de cada asunto individualmente quiera hacer.

b. La Administración de la Comunidad Autónoma, en el recurso de reposición que interpuso frente a las providencias de derivación mencionadas, argumenta fundamentalmente que no hay base legal y que el protocolo no la vincula, además del carácter voluntario de la mediación.

c. No hay una Unidad (orgánica o funcional) que facilite la tramitación de la mediación y, por supuesto, la oficina no está formada

8. Los protocolos tienen que ser más realistas y prácticos, centrados en cómo se puede llevar a la práctica la mediación. En este sentido, creo que debe reflexionarse sobre lo siguiente:

a. Se debe incluir a las Administraciones de modo que la cuestión no sea si mediación sí o no, sino si el caso concreto es susceptible de ello. Deben comprometerse con el artículo 77 LJCA y a estudiar las fórmulas que les permita a ellas la aplicación de dicho artículo.

b. Los Juzgados y Tribunales no pueden actuar de manera descoordinada en esta materia, de modo que uno no sepa lo que hace el otro. La coordinación nos refuerza.

A modo de ejemplo, oficialmente desconocemos lo que sucede en los Juzgados, pese a que utilizan el protocolo citado o al menos conocen su existencia.

c. Es indispensable implicar a la oficina.

2.2.2. Dificultades y propuestas

DIFICULTADES

RESPECTO DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

- Desconocimiento, falta de confianza en la herramienta y confusión con otras figuras.
- Falta de motivación a la hora de derivar.
- Falta de confianza en los mediadores y en los servicios de mediación por la especialidad y dificultad técnica.
- Dudas sobre el encaje jurídico del acuerdo de mediación.
- La escasa valoración que se hace por el Servicio de Inspección de las derivaciones y los acuerdos homologando. Falta motivación para derivar.

RESPECTO DE LAS PARTES

- Desconocimiento y confusión con otras figuras.
- Desconfianza
- Por parte de las Administraciones miedo a cometer una ilegalidad (miedo a un proceso penal por cohecho o prevaricación).
- Resistencia generalizada de alguna administración a participar en la mediación. En particular Abogacía del Estado, Aseguradoras de Servicios de Salud.
- Distancia geográfica.
- Ignorancia de que se pueden realizar periciales en la mediación.
- Cuantías de los procedimientos.
- Repercusiones mediáticas de los acuerdos.
- En la Administración miedo a crear precedentes.
- En la Administración creencia de que es materia indisponible.

RESPECTO DE LOS MEDIADORES

- Necesidad de especialización y conocimientos técnicos de derecho contencioso (diversidad de materias que acoge el ámbito contencioso administrativo).
- Necesidad de experiencia en mediación y en negociación.
- Designación del mediador o mediadores
- Acceso a la información. Conocer el proceso contencioso
- Reconocimiento económico de los mediadores.
- Inquietud por la cuantía de los procedimientos y su responsabilidad.
- Repercusiones mediáticas de los acuerdos.
- Dudas procesales durante el curso de la mediación.

RESPECTO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

- Duración en el tiempo. Influye mucho la naturaleza del conflicto. Hay materias como responsabilidad sanitaria en las que el tiempo de respuesta es razonable pero también hay otras, como puede ser urbanismo, en las que el proceso de mediación se alarga mucho en el tiempo.
- Seguimiento de las gestiones
- Espacios adecuados para multipartes
- Modelo distinto de mediación con pocas sesiones, pero de larga duración.
- Manejo de la documentación y la confidencialidad
- La participación de los técnicos y la confidencialidad (repercusión en el proceso judicial ya que los técnicos que participan en la mediación son los mismos que actúan como peritos/testigos en el proceso judicial).
- Redacción de los acuerdos, complejidad.
- Necesidad de aprobación previa (o posterior si el acuerdo está condicionado a ella), por parte de la entidad competente.
- Complejidad de los acuerdos
- Falta de liquidez de la Administración que ha de pagar y sus encajes presupuestarios.
- Que se tomen datos de todo tipo y se midan, incluidas las encuestas de calidad.
- Configurar el seguimiento como herramienta del proceso de mediación, dando cobertura.

PROPUESTAS

- Institucionalizar servicios de mediación públicos.
- Jornadas de difusión y sensibilización. Con jueces, LAJs y también con las distintas administraciones, aseguradoras, Federación de Municipios y despachos especializados. A través de la formación del CGPJ, del CEJ, de las escuelas de formación de la Administración Pública y a través del INAP y con jornadas de difusión in situ – palacios/ciudades de la Justicia con los distintos actores.
- Jornadas de difusión y sensibilización en los colegios de la abogacía (en especial en aquellos que tienen sección contencioso-administrativa), también colegios de procuradores, colegios de arquitectos, ingenieros, médicos y economistas (ya que son ellos quienes suelen actuar como peritos) y en general con todos los colegios profesionales.
- Potenciar la implicación de los magistrados o de los letrados de la administración de justicia en la sesión informativa, en la parte inicial.
- Visitas, jornadas o en general espacios de comunicación para que los jueces y LAJs puedan conocer los servicios de mediación y a los mediadores.
- Visitas a las distintas administraciones para potenciar fórmulas de colaboración, con el objetivo también de impulsar la mediación administrativa.
- Visitas a despachos de abogados especializados en contencioso-administrativo.
- Formación especializada, supervisión e incorporación gradual de los mediadores siendo muy positivo que cuenten con rodaje en otros ámbitos de mediación.
- Incluir en los módulos de productividad del CGPJ y para los LAJs la valoración de la derivación a mediación y sobre todo de la homologación del acuerdo o de la resolución correspondiente.

- Explicar y dejar claro en la sesión informativa que la mediación no pretende cambiar la ley ni la sentencia. No consiste en atacar la legalidad del acto administrativo sino buscar otras soluciones, dentro de la legalidad, que satisfaga de forma óptima el interés general y el interés del ciudadano implicado.
- El derecho es indisponible pero los hechos son interpretables. La mayor parte de las materias o se insertan en potestades discrecionales o en potestades regladas con conceptos jurídicos indeterminados en los que existe margen para la negociación y la mediación.
- Coordinación del ámbito por alguien que conozca a los distintos mediadores, su disponibilidad, especialización y experiencia, para la designación de los mediadores y que también pueda hacer un control y seguimiento general de los asuntos y funciones de supervisión.
- Reuniones periódicas entre los mediadores y los magistrados y LAJs.
- Trabajo en comediación y a través de equipos de mediadores en el que al menos uno sea especialista de la materia y con colaboradores que conozcan el asunto y se encarguen de las llamadas de teléfono de seguimiento y de darle impulso a la mediación periódicamente.
- Potenciar la mediación online, con reuniones virtuales.
- Contar con espacios adecuados para sesiones multipartes.
- Articular las dudas procesales a través de los letrados de la administración de justicia.
- Archivos provisionales en tanto decidan entrar en mediación o si se necesitan trámites administrativos internos.
- Comunicaciones periódicas a los órganos judiciales cuando el proceso de mediación se alargue en el tiempo.
- Fórmulas de financiación pública de los servicios o de copago para remunerar a los mediadores.
- Que se conozca la posibilidad de acudir a peritos externos durante la mediación y que estos puedan participar en alguna sesión. Su inclusión podría ser a través de un acuerdo parcial que fije el sistema de elección, cómo se van abonar los honorarios y el valor que va a tener el informe.
- Cláusula de no confidencialidad para la participación de los técnicos ante la posibilidad de que puedan ser llamados como testigos en el proceso judicial.
- Establecer el cauce para que los mediadores puedan conocer el proceso judicial o los procesos judiciales relacionados. Mientras no exista una regulación específica que lo ampare a través de los protocolos de derivación, con información en las actas de la Sesión Informativa y que firmen las partes una autorización expresa.
- Respecto de la documentación que se aporte decidir en cada sesión su carácter confidencial o no y potenciar que la documentación se comparta directamente entre las partes y con los mediadores.
- Redacción o supervisión por el equipo de mediación de los borradores de acuerdo que se puedan manejar para velar que tengan sentido y coherencia en el proceso judicial.
- Espacio de seguimiento de los acuerdos
- Toma de datos, encuestas de calidad, elaboración y publicación de Memorias.
- Recopilar Jurisprudencia sobre la repercusión en el proceso judicial de los acuerdos de mediación.

- Reformas legislativas que serían necesarias.
 - Propuesta legislativa para agilizar el régimen de autorización como en la legislación extremeña, para habilitar para llegar a un acuerdo.
 - Posibilidad de una atenuante de reparación del daño. Principio de conservación de la riqueza
 - Introducir la mediación en ámbitos pequeños:
 - En el ámbito tributario el perito dirimente.
 - En el ámbito sancionador, en caso de conformidad que permite la reducción de la sanción, introducir la figura del mediador. Prever la posibilidad de sustituir la sanción.

PROPUESTAS NORMATIVAS ORIENTADORAS

A nivel nacional: propuesta de reforma normativa procesal para la implantación de la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La reforma legal que se propone tiene por objeto la admisión, con sustento legal en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, en cualquier clase y fase del procedimiento, en primera o segunda instancia, y tanto antes de recaer sentencia como en ejecución de esta.

La mediación intrajudicial tiene como primordial finalidad poner fin a la controversia sujeta a un procedimiento judicial, en primera o en segunda instancia y en ejecución. Este método de resolución de litigios se inserta funcionalmente en el proceso e institucionalmente en la Administración de Justicia, siendo su objeto sustituir la resolución judicial por el acuerdo entre las partes, facilitado por un mediador, donde la composición de los intereses en juego procura un adecuado equilibrio entre los de carácter público y los privados, bajo la observancia del principio de legalidad al que se encuentra sometida la Administración Pública, y satisface el derecho a la tutela judicial efectiva.

En principio, la mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo, dada su propia naturaleza autocompositiva y negocial, debe tener carácter facultativo, con independencia de que pudiera establecerse como presupuesto de acceso al trámite de demanda y contestación a la demanda, la asistencia a una sesión informativa sobre este método de resolución de litigios, respetándose la libertad de las partes de aceptar o no someterse a mediación tras dicha sesión.

Sin embargo, cabría la posibilidad de establecer el sometimiento obligatorio a un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial en determinados litigios, sin que ello supusiera lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando no conduzca a una decisión vinculante para las partes, no implique un retraso sustancial para ejercer una acción judicial, interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos, no ocasione gastos significativos

y sea posible adoptar medidas provisionales urgentes, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 17 de junio de 2017, asunto C-75/16, caso Livio Menini y Maria Antonia Rampanello contra Banco Popolare Società Cooperativa, y de 15 de junio de 2006, asunto C-28/05, caso Dokte y Otros. Criterio este que parece compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 1/2018, de 11 de enero, 65/2009, de 9 de marzo, y 174/1995, de 23 de noviembre, que considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje, que como fórmula alternativa de resolución de conflictos excluye el acceso al sistema judicial, en tanto que la renuncia al proceso que tal sumisión entraña no sea explícita, clara, terminante e inequívoca, mientras que el sometimiento obligatorio a un procedimiento de mediación no implica la renuncia al proceso judicial. Esta es una cuestión que debería abordarse en la regulación de la mediación en el procedimiento administrativo.

La reforma legal que se propone tiene por objeto la mediación intrajudicial como mecanismo de resolución de conflictos, integrado en el proceso contencioso-administrativo y sujeto a control judicial, alcanzado el correspondiente acuerdo objeto de homologación, que satisface con plenitud el derecho a la tutela judicial efectiva con todas las garantías que consagra el artículo 24 de la Constitución.

Dicho control judicial sobre el acuerdo alcanzado a través de la mediación intrajudicial, preserva los postulados de los artículos 103 y 106 de la Constitución, cuando se hace uso de este mecanismo de resolución de conflictos, pues constituye un verdadero control de legalidad sobre el acuerdo adoptado.

Conviene recordar que el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla ejecución forzosa de los acuerdos alcanzados con arreglo al artículo 77 de la misma ley.

No obstante, ha de aceptarse que no todas las materias son susceptibles de mediación en el ámbito del derecho administrativo. Verdaderamente, el principio de legalidad y la indisponibilidad de las potestades públicas limitan enormemente el espacio para la mediación intrajudicial contencioso-administrativa, pero no excluyen su operatividad, ni la posibilidad de alcanzar soluciones acordadas a los conflictos jurídicos existentes entre las administraciones públicas o entre ellas y los ciudadanos, especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales y de potestades regladas con cierto margen de decisión, ante la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en su configuración, o bien cuando la actuación administrativa concernida se conceptúa como silencio administrativo, inactividad de la Administración o vía de hecho.

La finalización del procedimiento mediante acuerdo solo será posible cuando la controversia, atendiendo a su contenido, sea susceptible de negociación o acuerdo, destacándose dos materias en las que pudiera tener especial virtualidad, concretamente, cuando verse sobre estimación de cantidad y en cuestiones de naturaleza tributaria, si bien en este último supuesto habrá de estarse a lo previsto en su normativa específica. El control judicial sobre el acuerdo alcanzado, mediante su homologación, garantiza el cumplimiento de tal exigencia.

Se destaca en la regulación que se propone que el acuerdo entre las partes puede poner fin a la controversia o, simplemente, limitarse al reconocimiento de hechos o documentos, facilitando la resolución por el Juez o Tribunal de la cuestión controvertida.

Asimismo, en la fase de la ejecución de sentencias se posibilita el acuerdo entre las partes sobre el modo de cumplir el fallo, contemplando la tramitación de incidentes con el fin de resolver cualquier cuestión que se suscite, ya sea por las partes o por terceros afectados.

No es inusual que dictada la sentencia que aparentemente ha puesto fin al litigio formalizado ante el tribunal de justicia, surja otro de complejidad aún mayor, cuando se aborda la tarea de materializar el fallo judicial y realizar los actos necesarios para cumplir lo mandado.

En ocasiones, circunstancias fácticas o jurídicas sobrevenidas o no contempladas debidamente al dictarse el fallo, generalmente, porque no se suscitaron por las partes en el proceso, dificultan enormemente la ejecución in natura de la sentencia, en sus propios términos, o ponen de manifiesto que pudiera causar graves daños al interés público. Se suscitan entonces incidentes de ejecución de sentencia, al amparo del artículo 109 LJCA, que suponen una nueva labor de enjuiciamiento, en la que pueden ponderarse diversas alternativas para ejecutar la sentencia que han de concretarse en actuaciones materiales y jurídicas para dar cumplimiento al fallo judicial. Esas actuaciones concretas de ejecución de la sentencia pueden recogerse en el auto que resuelve el incidente, tras las alegaciones de las partes, o ser acordadas por estas en un procedimiento de mediación intrajudicial. Pero lo cierto es que en no pocas ocasiones la incertidumbre acerca de que actuaciones conllevan mayor efectividad del pronunciamiento judicial, hace que los diferentes intereses generales y particulares que las partes defienden, encuentren satisfacción más fácilmente a través del acuerdo entre ellas, donde quede salvaguardada la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado en los términos y la forma prevista en la sentencia.

En estos supuestos adquiere especial virtualidad la mediación intrajudicial como método idóneo para la debida y satisfactoria ejecución de la sentencia, ya sea porque solo resulte posible mediante la indemnización al favorecido por el fallo de los daños y perjuicios inherentes a la imposibilidad de ejecutar lo ordenado en el mismo, donde cobra protagonismo el consenso a la hora de fijar la indemnización, ya sea porque la ejecución demande actuaciones diferentes a las contempladas en el fallo que pueden determinarse con mayor acierto mediante el acuerdo entre los contendientes, bajo el presupuesto de tutela de los derechos del favorecido por el fallo y de respeto a un adecuado equilibrio entre los intereses generales y particulares en juego, siempre, claro está, con cumplimiento del principio de legalidad y de la efectividad de la sentencia.

Desde luego, la potestad del tribunal de hacer ejecutar lo juzgado no es disponible, pero ello no supone que las partes no puedan acordar actuaciones concretas que determinen los medios y formas en que ha de llevarse a puro y debido efecto lo sentenciado, bajo el control judicial que supone la homologación del acuerdo de ejecución alcanzado.

En otro orden de cosas, no se estima pertinente establecer el régimen jurídico que ha de aplicarse a la aprobación de los acuerdos por las Administraciones Públicas, debiendo quedar regulada esta cuestión por la legislación específica que para cada Administración resulte aplicable, aunque es conveniente que se flexibilicen las exigencias formales establecidas al respecto, con el objeto de facilitar la adopción de acuerdos de mediación.

Se considera conveniente la suspensión de la tramitación del procedimiento judicial durante el desarrollo de las negociaciones tendentes a la consecución del acuerdo, una vez que el Juez o Tribunal tenga conocimiento de la voluntad de alcanzarlo. No obstante, se establece un plazo de suspensión prorrogable, cuya duración coincide con la prevista en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se prevé la suspensión del procedimiento a solicitud de las partes. La suspensión inicial podrá acordarse de oficio, pero las sucesivas prórrogas solo tendrán lugar a solicitud de las partes. De este modo se facilita la consecución de acuerdos que pongan fin a la controversia, pero se establecen límites temporales, a disposición de las partes, a fin de no lesionar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La redacción propuesta pretende eludir los inconvenientes que pudiera suscitar la calificación jurídica del acuerdo entre las partes, homologado judicialmente, como transacción, en los términos previstos en el artículo 1809 del Código Civil, dadas las rígidas exigencias impuestas para la celebración de este negocio jurídico por la legislación administrativa –artículo 31 de la Ley 33/2003, de 4 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y legislación autonómica aplicable en la materia-, como el real decreto del Gobierno y el dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente. Ahora bien, la exclusión de las exigencias formales que impone esta legislación para la transacción sobre bienes o derechos de las Administraciones Públicas se limita a aquellos acuerdos entre las partes, sujetos a homologación judicial, pues esta se encuentra condicionada a que el acuerdo alcanzado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

La incorporación de la mediación en el ámbito contencioso-administrativo suscita la conveniencia de que sea objeto de regulación también en el ámbito del procedimiento administrativo, mediante la pertinente reforma de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La regulación integral de la mediación en ambos ámbitos facilitará su implantación y potenciará su desarrollo, acomodando las estructuras administrativas y su funcionamiento regular a la existencia de este mecanismo de resolución de conflictos.

No obstante, la terminación convencional de los procedimientos administrativos ya aparece contemplada en los artículos 86, 90 y 91 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y prevista en sustitución de los recursos de alzada y de reposición, en los términos que establece el art 112.2 de la citada Ley.

Igualmente, la referencia a la materia tributaria como objeto del acuerdo entre las partes bajo control judicial, exige la correspondiente modificación de la Ley General Tributaria, en especial, del artículo 18 LGT al disponer que el crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa. Y ello, sin perjuicio afirmar la conveniencia de instaurar procedimientos de mediación en la vía administrativa tributaria y en la vía económico-administrativa.

Por último, no se considera necesaria la modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, para incluir en su ámbito de aplicación la mediación contencioso-administrativa, pues las especialidades propias de esta mediación hacen desaconsejable la aplicación plena de la regulación de aquella ley a la misma, bastando con establecer tal aplicación con mero carácter supletorio.

Asimismo, se recogen en azul las propuestas modificadoras.

Redacción actual del artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

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

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

Nueva redacción propuesta para el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

1. El Juez o Tribunal en los procedimientos en primera instancia o en segunda instancia, de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, por sí mismas, mediante conciliación o con la intervención de un mediador, siempre que esta, atendiendo a su contenido, sea susceptible de negociación o acuerdo y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad y en cuestiones de naturaleza tributaria.

2. Una vez que se ponga en su conocimiento del Juez o Tribunal la voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo en los términos indicados o la iniciación del procedimiento de mediación, suspenderá la tramitación del procedimiento judicial por un plazo no superior a sesenta días, sin perjuicio de que, a instancia de las partes, pueda prorrogarse.

3. Si no se alcanza el acuerdo en el plazo otorgado al efecto, se reanudarán las actuaciones judiciales en el estado en que hubiesen sido suspendidas y seguirá el proceso por sus trámites correspondientes.

4. Alcanzado el acuerdo, las partes, de manera inmediata, lo pondrán en conocimiento del Juez o Tribunal a los efectos de que se adopte la decisión que corresponda sobre la terminación del procedimiento o se tome en consideración en la resolución de la controversia, acompañando el documento que contenga el acuerdo, debidamente aprobado o autorizado por cada una de las partes intervinientes, con arreglo a las disposiciones legales aplicables.

5. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto de homologación del acuerdo, declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. Al acuerdo que ponga fin a la controversia, aprobado judicialmente, no le serán aplicables los requisitos que para llevar a cabo una transacción se establecen en la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas y en la legislación presupuestaria.

6. En lo no previsto por esta Ley para regular la mediación intrajudicial y en lo que resulte aplicable, regirá como supletoria la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Redacción actual del artículo 103.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen.

Nueva redacción propuesta para el artículo 103.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen. No obstante, las partes podrán, por sí mismas, mediante conciliación o con la intervención de un mediador, llegar a un acuerdo sobre el modo de llevar a cabo ese cumplimiento que no contravenga el fallo de la sentencia.

Cuando concurren circunstancias objetivas, fácticas o jurídicas, sobrevenidas o no contempladas al dictarse el fallo, que pudieran hacer gravemente dañinos para el interés público la forma y términos del cumplimiento de la sentencia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el modo de llevar a efecto su ejecución.

El acuerdo alcanzado, una vez formalizado y debidamente aprobado o autorizado por cada una de las partes intervinientes, con arreglo a las disposiciones legales aplicables, será puesto en conocimiento del Juez o Tribunal competente, a efectos de que decida lo que corresponda sobre la ejecución de la sentencia y, en su caso, proceda a su homologación mediante auto, con sujeción lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

A nivel autonómico: propuesta orientadora de modificaciones legales para la implantación en la Comunidad de Madrid, extrapolable a otras comunidades

La propuesta de reforma normativa que se hace a continuación, se inspira en el criterio manifestado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y la documentación elaborada al respecto por la misma, que ha mostrado sensibilidad hacia la incorporación en el proceso judicial de la mediación como fórmula complementaria de resolución de conflictos, sugiriendo algunas modificaciones legales necesarias para promover la implantación eficaz de la mediación intrajudicial en los procesos contencioso-administrativos en que es parte la Comunidad de Madrid.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (LJCA) prevé la posibilidad de concluir el proceso judicial mediante un acuerdo transaccional, en donde se presume una recíproca renuncia de las pretensiones, o incluso mediante allanamiento.

En lo que se refiere a la transacción, el artículo 77 de la LJCA dice:

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

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.”

El precepto citado, interpretado a la luz de lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo, ex disposición final primera LJCA, comprende la mediación intrajudicial como forma de terminación del procedimiento.

Sin embargo, el precepto ha sido aplicado en contadas ocasiones en relación con la Administración de la Comunidad de Madrid, dadas las exigencias procedimentales impuestas por la normativa autonómica para ello. En particular, la necesidad de Acuerdo del Consejo de Gobierno para la aprobación del acuerdo alcanzado entre las partes para poner fin a la controversia, previo dictamen del órgano consultivo correspondiente -Comisión Jurídica Asesora-.

Por tanto, la implementación de la mediación intrajudicial exige flexibilizar las exigencias formales impuestas para la aprobación del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación por la Administración de la Comunidad de Madrid.

Tal objetivo podría lograrse, sin merma de las garantías que deben exigirse en esta clase de acuerdos, respetuosos con la legalidad, con las modificaciones legales que se exponen a continuación, que tratan de simplificar las exigencias administrativas para que la Comunidad de Madrid pueda aprobar acuerdos en procedimientos de mediación intrajudicial en procesos judiciales cuya cuantía no supere los 100.000 euros.

En definitiva, en términos generales, se trata de sustituir la exigencia legal actual de acuerdo del Consejo de Gobierno previo informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para la aprobación de los acuerdos alcanzados en procedimientos de mediación intrajudicial, por la exigencia de acuerdo del Consejero correspondiente previo informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, siempre que el importe no supere los 100.000 euros. Todo ello considerando que dicha competencia resulta delegable.

1. La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid señala en su artículo 21 x) que es competencia del Consejo de Gobierno transigir sobre bienes y derechos de la Hacienda autonómica.

Por su parte, el artículo 41 de la misma norma atribuye a los Consejeros, entre otras, la siguiente atribución: k) Ejercer acciones en vía jurisdiccional y desistir de las mismas en el ámbito de su Consejería, dando cuenta al Consejo de Gobierno y sin perjuicio de las atribuciones que a éste corresponden, de acuerdo con el artículo 21, v), de la presente Ley.

En ese sentido, se podría modificar el artículo 21.x) de la Ley 1/83 en el siguiente sentido:

“Es competencia del Consejo de Gobierno transigir sobre bienes y derechos de la Hacienda autonómica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.k)”.

Y, correlativamente, modificar este artículo 41.k), atribuyendo a los Consejeros la siguiente competencia:

“k) Ejercer acciones en vía jurisdiccional y desistir de las mismas en el ámbito de su Consejería, dando cuenta al Consejo de Gobierno y sin perjuicio de las atribuciones que a éste corresponden, de acuerdo con el artículo 21, v), de la presente Ley. Así mismo, podrán disponer el allanamiento o la transacción hasta un importe de 100.000 euros.”

Esta competencia sería susceptible de delegación, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2. Igualmente, debería ser objeto de modificación el artículo 35 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, que dice así:

“1. No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Gobierno.

2. La suscripción por la Hacienda de la Comunidad de los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las secciones 1ª y 8ª del Título XII y en la Sección 6ª del Título XIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, requerirá únicamente autorización del Consejero de Hacienda.”

El precepto modificado quedaría como sigue:

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante acuerdo del órgano competente.”

3. También, sería necesario suprimir la consulta a la Comisión Jurídica Asesora. Actualmente, el artículo 5 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, dice que la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos:

“Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Comunidad de Madrid así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos.”

Dicho texto debería sustituirse por el siguiente:

“Transacciones extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Comunidad de Madrid, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten sobre los mismos.”

4. Asimismo, en cuando a la Administración Institucional, sobre la que también se ejerce una representación y defensa por parte de la Abogacía General, la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, atribuye a los Consejos de Administración las competencias de disposición procesal, en el artículo 10.1.d), dice que las atribuciones del Consejo de Administración serán:

“d) Los acuerdos referidos al ejercicio de toda clase de acciones y recursos, así como al desistimiento y allanamiento, dando cuenta de ello al Consejero al que esté adscrito el ente o al de la Presidencia en los supuestos de adscripción múltiple.”

La redacción quedaría así:

“d) Los acuerdos referidos al ejercicio de toda clase de acciones y recursos, así como al desistimiento, allanamiento y transacción judicial, dando cuenta de ello al Consejero al que esté adscrito el ente o al de la Presidencia en los supuestos de adscripción múltiple.”

Conforme al artículo 11 de la misma norma, esta atribución puede ser delegada en uno de sus miembros o en el Gerente.

5. Por otro lado, la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en su artículo 7.2 dice:

“2. Quedan a salvo las competencias establecidas por las Leyes de Gobierno y Administración y de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid en relación con el ejercicio y disposición de la acción procesal.

El acuerdo sobre el ejercicio de acciones en nombre de la Comunidad de Madrid o de sus organismos autónomos o entidades de Derecho público requerirá el informe previo de la Dirección General de los Servicios Jurídicos. Este informe será, en su caso, previo a la declaración de lesividad, cuando ésta sea preceptiva.”

A este precepto se debería añadir un nuevo apartado que disponga lo siguiente:

“Igualmente, se requerirá informe previo de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid para el allanamiento o la transacción en los procesos judiciales.”

De este modo, el informe del Letrado actúa como garantía de que ese reconocimiento es acorde con la legalidad.

6. Por último, se advierte una referencia a la transacción en la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 10.3 se dice:

“Las transacciones respecto a bienes o derechos del dominio privado, así como el sometimiento a arbitraje de las controversias o litigios sobre los mismos, se aprobarán por Acuerdo del Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia y Hacienda, y a iniciativa de la Consejería, Organismo o Entidad interesados.”

Para mantener la coherencia con las restantes modificaciones legales propuestas, se puede añadir un nuevo apartado, que haga expresa referencia a las transacciones realizadas en sede judicial, evitando excepciones al régimen general que resultaría del conjunto de las modificaciones propuestas.

La redacción podría ser la siguiente:

“Los Consejeros podrán transigir judicialmente sobre bienes y derechos del dominio privado, previo informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, y siempre que el importe no supere los 100.000 euros.”

A nivel local: propuesta orientadora de modificaciones legales para la implantación en las entidades locales

La posibilidad que las entidades locales puedan alcanzar acuerdos la encontramos prevista en el art. 86 Ley 39/2015, 1 de octubre. Este precepto es aplicable a cualquier Administración. No obstante, en el ámbito de la Administración del Estado y Administración Autonómica hallamos previsiones normativas sobre la capacidad para transaccionar sobre determinados bienes y derechos exigiendo la autorización y/o aprobación de órganos superiores previo informe del correspondiente órgano consultivo.

En la Administración local si acudimos a la normativa básica no encontramos ningún precepto en igual sentido. Es más, el art. 5 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local no menciona la capacidad de las Entidades locales de alcanzar acuerdos, omisión que quedaría cubierta con el art. 86 Ley 39/2015 antes mencionado.

No obstante, y para ofrecer a los órganos administrativos integrantes de la Administración local certidumbre y garantías normativas, que en definitiva implican habilitaciones legales sería deseable reformar el art. 5 LBRL en el sentido de añadir la capacidad jurídica para transaccionar.

Art5. “ Para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las Entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes”.

Propuesta de reforma “Para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las Entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos y acuerdos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes”.

La Exposición de Motivos de la misma ley pone de relieve la cercanía y proximidad de la Administración local, siendo deseable que se regulen los hitos que deben alcanzarse para validar dichos pactos. Así la mencionada Exposición de Motivos establece “ Y es que las Instituciones que conforman el régimen local, además de su importancia intrínseca, además de su inmediata proximidad no ya a colectivos más o menos nutridos, sino a la práctica totalidad de los ciudadanos, poseen extraordinaria densidad histórica; cuentan con un pasado multiseccular susceptible por sí solo de proporcionar valiosas enseñanzas y de orientar el pulso del legislador.

Pensemos ante todo en el Municipio, marco por excelencia de la convivencia civil, cuya historia es en muy buena medida la del Occidente a que pertenecemos.” Y esta necesaria convivencia sólo se puede conseguir mediante el diálogo y el acercamiento de posiciones, de manera que el interés general se aproxime más al interés de los particulares.

Si el diálogo se produce en el curso del procedimiento administrativo y antes de que se haya dictado el acto finalizador, una vez alcanzado el acuerdo éste se puede insertar en el mismo y cumplir la función del artículo 86. En tal caso la resolución requerirá los mismos elementos de validez que cualquier otro acto administrativo. Ahora bien, el art. 86 impone unas condiciones para la validez de ese acuerdo, y éstas son:

- Contenido del acuerdo no sea contraria al ordenamiento jurídico.
- Que la materia sea susceptible de transacción.
- Que tenga como finalidad satisfacer el interés público.

Los dos primeros requisitos o condicionantes son propios de cualquier acto o resolución administrativa. Pero el segundo es el que marca la diferencia. Y la siguiente pregunta sería ¿qué debe entenderse por materias susceptibles de transacción? Como señala la STS de 5 de abril del 2010, sala primera “Toda transacción produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. “Es decir, partimos de un previo y cuando el acto aún no se ha dictado ¿cuál es ese previo? En el caso del derecho administrativo son los elementos que conforman la potestad que está ejerciendo la Administración. Si nos encontramos en sede de responsabilidad patrimonial no se puede transigir en la concurrencia o no de los requisitos de la misma, pero si se puede en la fijación del quantum. Cuando se ejercita la potestad sancionadora no se puede transigir sobre la comisión de la infracción por parte del presunto infractor, pero si en la sanción a imponer siempre que se halle prevista en la ley.

En este sentido debería modificarse el artículo 86 Ley 39/2015 proponiendo el siguiente tenor literal “1. 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 elementos que conforman las potestades administrativas que no sean susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su 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 nos podemos fijar en el contenido del artículo 155 Ley General Tributaria cuando regula las actas con acuerdo y establece “1. Cuando para la elaboración de la propuesta de regularización deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto,

o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta, la Administración tributaria, con carácter previo a la liquidación de la deuda tributaria, podrá concretar dicha aplicación, la apreciación de aquellos hechos o la estimación, valoración o medición mediante un acuerdo con el obligado tributario en los términos previstos en este artículo.”

Dicho precepto determina de forma clara los aspectos o elementos del acto que admiten transacción. Se podría proponer, incluso un añadido al art. 86 haciendo constar de forma más meridiana los elementos que admiten ese posible acuerdo a semejanza del precepto tributario transcrito.

Pero a los tres requisitos que hemos manifestado, la ley añade uno más. Si nos seguimos fijando en el mismo art. 155 LGT dispone “ 3. Para la suscripción del acta con acuerdo será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Autorización del órgano competente para liquidar, que podrá ser previa o simultánea a la suscripción del acta con acuerdo.
- b) La constitución de un depósito, aval de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, de cuantía suficiente para garantizar el cobro de las cantidades que puedan derivarse del acta.

4. El acuerdo se perfeccionará mediante la suscripción del acta por el obligado tributario o su representante y la inspección de los tributos.”

De forma similar el art. 86 prevé en su apartado tercero esa necesaria aprobación por parte del Consejo de Ministros o órgano equivalente de las CCAA. Nada se dice en el ámbito local pero hay algunos preceptos que van en esa misma línea, como pueden ser:

- el artículo 50.14 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece que corresponde al Pleno, entre otras atribuciones “ 14. La adquisición de bienes y la transacción sobre los mismos, así como su enajenación o cualquier otro acto de disposición incluyendo la cesión gratuita a otras Administraciones o Instituciones Públicas y a instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro.”

- Art 230 Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña” Los entes locales no pueden avenirse a las demandas judiciales, hacer transacciones sobre sus bienes o derechos, ni someter a arbitraje las contenciones que se susciten sobre éstos si no es mediante acuerdo del pleno adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

La duda surge en la necesidad de este condicionante cuando la Administración se está moviendo dentro de los parámetros que la fija la ley. Es decir, si el acuerdo suscrito versa sobre la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o se trata de estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta, la norma ya le otorga al ente la posibilidad de determinar esas partes del acto vía acuerdo. De esta manera la aprobación expresa del Consejo de Ministros (Administración del Estado), Consejo de Gobierno (CCAA) o el Pleno (Administración local) implica un añadido al acto que puede dificultar o demorar la conclusión de acuerdos.

Si el legislador busca un plus de garantía ante el hecho que el acto no se ha determinado unilateralmente por la Administración, sino que es fruto de un acuerdo con el/la ciudadano/na debería buscarse otra fórmula igual de garantista pero más facilitadora. En el apartado de propuestas de reforma legislativa en el ámbito de la Administración del Estado, CCAA y en concreto en referencia a la comunidad de Madrid se limita esa necesaria aprobación a los asuntos que exceden de 100.000 euros. Propuesta que se considera muy acertada y extensible a la Administración local. Por lo que en los artículos que regulan las competencias del Pleno o Junta de Gobierno Local se debería añadir, la de aprobación de los acuerdos alcanzados con el /la ciudadano que versen sobre los elementos del acto que admiten transacción y que excedan de la cuantía de 100.000 euros. Y respeto a las materias que no sean cuantificables, catalogadas de indeterminadas en el ámbito judicial, se debería sustituir esa necesaria aprobación del órgano correspondiente por informe de órgano consultivo correspondiente o el informe de Servicios Jurídicos siempre que el acuerdo verse sobre los elementos del acto en los que se admite la transacción y que han estado previamente determinados por la ley.

2.3. Administración y ámbito sanitario

2.3.1. La salud como derecho y su necesaria humanización

A) LA SALUD COMO BIEN UNIVERSAL

Que la salud sea un bien universal consagrado como derecho básico por muchas legislaciones⁵⁶ determina que en la actualidad se aprecien como parámetros de salud el elemento social y el de capacidad funcional, lo que implica que el término 'salud' no solo se aplique de manera exclusiva al hablar de enfermos y/o personas con capacidades disminuidas, sino que también incidan cuestiones otrora ignoradas como son el estilo de vida, el medio ambiente y, por supuesto, el propio sistema de atención sanitaria⁵⁷.

Es decir, la salud es el resultado de la relación de distintos factores que interactúan con las personas, lo que índice tanto en la erradicación de enfermedades o la esperanza de vida, como en la forma en que una sociedad atiende a sus pacientes y usuarios del sistema sanitario. Ello comporta que haya habido un cambio en la sensibilidad social acerca de la enfermedad o del proceso de morir, habiendo pasado estos temas de la esfera más íntima o personal de cada individuo o familia a otra más general que involucra a todo el sistema socioeconómico. Asimismo, se ha modificado la manera de entender tales procesos, desarrollando en la ciudadanía una actitud más activa y exigente, que a su vez también ha derivado en que los llamados agentes sanitarios hayan modificado paulatinamente la manera de ejercer sus profesiones, a menudo claramente defensiva.

Por otra parte, el ámbito sanitario es muy amplio y susceptible de que en él se originen conflictos de muy diversa etiología. No obstante, atendiendo al tema de este trabajo, nos centraremos en aquellos que guardan relación con las reclamaciones de los usuarios de los centros de salud que dependen de la Administración, bien porque sean públicos, o bien porque funcionen con gestión indirecta, es decir, a través de una concesión de gestión de servicio público, convenio o concierto singular. En este sentido, debemos aclarar que, aunque las demandas, denuncias y quejas suelen efectuarse contra el personal sanitario concreto que intervino en el hecho que las provocó, la responsabilidad se extiende al centro u organización donde se realizó la prestación sanitaria.

Teniendo esto en cuenta, es muy probable que en un alto porcentaje, cuando surja un problema entre la ciudadanía y el centro de salud donde se prestó la atención, la Administración sea parte interesada en el mismo y, por tanto, deba dar respuesta.

⁵⁶ En España, el art. 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud.

⁵⁷ Marc Lalonde, ministro de Sanidad y Bienestar Social de Canadá, publicó en 1974 el documento titulado "Nuevas Perspectivas sobre la Salud de los canadienses," que supuso un cambio radical de las políticas tradicionales en este ámbito, apoyando la promoción de la salud a través de un plan detallado para un sistema médico nacional de prevención.

Cabe decir que en España pueden estar implicadas distintas administraciones en los actos sanitarios, no solo la autonómica, dado que la Administración del Estado conserva competencias en sanidad exterior y coordinación general sanitaria y existen centros sanitarios que dependen de los ayuntamientos. En cuanto a los hospitales dependientes del Ministerio de Defensa, en lo relativo a la atención de personas no militares, actúan bajo la supervisión de las comunidades autónomas por convenio de colaboración o concierto.

Centrándonos en el conflicto entre usuarios y personal sanitario, para muchas personas tratar de solucionarlo es concebido como “jugar en campo ajeno” o, dicho de otro modo, iniciar una inhóspita y dolorosa caminata en la que ni siquiera imaginan la posibilidad de poder solucionar la controversia a través de mediación.

Igualmente, es importante resaltar que incluso las disputas ajenas a los usuarios, es decir, las surgidas entre personas físicas o jurídicas que no son pacientes o allegados de estos, repercuten en la salud como valor y en los términos recibidos más arriba. Un conflicto laboral en la organización sanitaria o estructural por listas de espera, por poner solo dos ejemplos, son el germen de no pocas reclamaciones por desatención.

B) LAS EMOCIONES EN EL CONFLICTO SANITARIO

Todo acto clínico supone un alto grado de inseguridad, generando emociones como el miedo, el rechazo, la frustración, la ira... En las clínicas, hospitales y demás centros se convive con la enfermedad, el dolor y la muerte, tres variables estresantes tanto para los usuarios como para el personal sanitario, susceptibles de afectar a las relaciones y, por ende, no solo generar conflictos, sino identificarse con ellos de una manera u otra, es decir, asumirlos o gestionarlos de diferente forma.

A veces los sanitarios adoptan mecanismos de defensa para no sentirse embargados por los sentimientos, dándose la circunstancia de que dichos mecanismos repercuten negativamente en los pacientes y allegados. Así, por ejemplo, un facultativo que utilice una forma seria y determinante de decir las cosas, aun cuando no sienta antipatía por el enfermo, puede interpretarse por este como que es duro con él y, si le niega algo (aunque esté justificado), lo percibirá como que lo está castigando. Lo mismo cabe decir si un auxiliar se irrita: el paciente, familiares, etc. se sentirán incomprendidos. La enfermera que interrumpe al usuario será calificada como que ignora a su interlocutor y si no atiende con la premura que se espera, se verá como falta de interés.

Los pacientes necesitan, aparte del alivio de su síntomas y la cura de sus padecimientos, sentirse seguros a nivel psicológico, mejorar su autoestima, saberse aceptados y expresiones de trato humano. El estado de padecimiento sitúa al enfermo y a su entorno en un difícil escenario donde los datos objetivos se empañan con deseos, prejuicios, miedos, dificultad para elaborar el duelo, etc. Y todo esto, además, se agudiza en el caso de enfermedades crónicas o terminales.

Por su parte, el personal médico y sanitario suele experimentar miedo por la hipotética pérdida de prestigio, lo que le exige mantener una imagen de autorresponsabilidad y autoestima que no siempre concuerda con la realidad. Inmersos la mayoría de ellos en organizaciones y sistemas sanitarios altamente reglamentados, se amparan en seguir los protocolos de actuación para no deslizarse hacia algo que temen: las reclamaciones por negligencia. De esta manera, muchas veces se cae en un ejercicio de la sanidad rutinario, deshumanizado y defensivo.

Todo esto hace que quienes se ven afectados por supuestos errores médicos, no solo busquen una compensación material por los daños sufridos, sino que también persiguen que se disculpen con ellos, que les den una explicación respecto a lo que ha pasado que les pueda ayudar a asumir las consecuencias de ese hipotético error, o simplemente que les reconozcan el estado en que se encuentran. Es decir, buscan esa empatía que en los tribunales no siempre encuentran y por eso, incluso en caso de ganar un pleito judicial, en ocasiones saldrán anímica y moralmente insatisfechos.

De todo cuanto antecede podemos mantener que la mediación es un vehículo adecuado para gestionar y solucionar los conflictos en el ámbito sanitario. Al respecto hay que tener en cuenta que, cuando la controversia se convierte litigio judicial, siempre habrá una parte que no se quedará satisfecha con el resultado, pudiendo ser que, incluso, la insatisfacción abarque a todos los implicados. Esto supone que poder valerse de una vía en la que esos interesados puedan dialogar en igualdad de condiciones, sin sentirse juzgados y alcanzando acuerdos que no excluyan a nadie, resolverá los problemas de manera más pacífica y satisfactoria para las partes. Igualmente, si bien a priori puede entenderse que los médicos y personal sanitario ostentan una posición de superioridad en aquellos conflictos mantenidos con pacientes y otros usuarios, lo cierto es que, junto a sus fortalezas, también cuentan con amenazas que la mayoría de las veces son las que pueden determinar que se inclinen hacia una solución consensuada. Tales amenazas afectan a la esfera de lo íntimo, de lo personal, a esas necesidades vitales que no suelen tener cabida en los procedimientos administrativos y judiciales.

Por tanto, las organizaciones sanitarias (hospitales y todo tipo de centros de salud) y la propia Administración deberían tener en cuenta que, tras un supuesto de mala praxis o desatención, no solo se discute por una determinada indemnización, sino que entran en juego necesidades más profundas de reconocimiento y empoderamiento tanto de los usuarios como de los sanitarios.

C) HUMANIZAR LA SALUD

Cuando hablamos de humanizar la salud, nos referimos al compromiso personal y colectivo por sensibilizarse ante la realidad, las relaciones, las conductas y el entorno, especialmente cuando se toma conciencia de la vulnerabilidad y necesidad de ayuda de los pacientes, familiares y demás allegados. Esto conlleva tener organizaciones al servicio de las personas, lo que también implica un compromiso de la Administración que gestiona o supervisa el Servicio Nacional de Salud.

La humanización no se ciñe solo saber atender, comunicar las malas noticias, ser amables, etc., sino que comporta cambiar la naturaleza de todo el sistema sanitario, revisando los procesos, reformulando las necesidades de las personas, eliminando cualquier protocolo que no añada valor, mejorando la coordinación entre profesionales, etc., en aras de la cooperación y compromiso. Para conseguirlo, se necesita modificar la elevada burocratización y la centralización del poder, lo que hace que las organizaciones sanitarias sean demasiado rígidas e incapaces de acercarse a la realidad que viven tanto los usuarios como el personal sanitario.

Una estructura humanizada comporta grandes beneficios, entre los que podemos destacar los siguientes:

- Reducción de la ansiedad de los pacientes, familiares y allegados, lo que genera:
 - Menor estrés.
 - Aceleración de la recuperación.
 - Reducción en el uso de medicamentos.
 - Disminución del dolor.
- Mejora de la productividad y retención del personal.

Al hilo de lo expuesto, el sector sanitario es el que más absentismo laboral padece⁵⁸, sucediéndose las bajas. Detrás de ellas hay muchísimos casos de estrés y padecimientos físicos y psicológicos por enfermedad, desmotivación, sobrecarga de trabajo, etc. Un entorno humanizado aliviaría estas premisas.

Dentro de esta humanización, incluir en los procesos de atención al público sistemas no adversariales de gestión de conflictos contribuiría al bienestar social, de ahí la importancia de la mediación antes, durante y después de las reclamaciones, pues contribuye a un modelo de pacificación social y a la consolidación de una convivencia global, pues todo problema que surja en un establecimiento sanitario repercute en las relaciones de los usuarios con el propio sistema de salud y, en consecuencia, en la propia comunidad. Una sociedad que gestiona sus conflictos a través del diálogo y el consenso será, en definitiva, una sociedad más sana.

⁵⁸ Un informe de Randstad sobre absentismo laboral en el primer trimestre de 2019 ya contemplaba que las actividades sanitarias alcanzaron una cuota de absentismo del 8,6 por ciento, el porcentaje más alto de todos los sectores económicos: <https://www.randstadresearch.es/wp-content/uploads/2019/09/RANDSTAD-RESEARCH-Informe-de-Absentismo-laboral-SEPTIEMBRE-2019.pdf>
Tras el COVID, esta primera plaza lamentablemente se mantiene: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/los-sanitarios-la-profesion-con-mayor-absentismo-laboral-de-2022-1469>

2.3.2. Mediación administrativa y responsabilidad patrimonial

La mediación administrativa está especialmente indicada en los procedimientos por responsabilidad patrimonial sanitaria por las especiales características de esta materia. Tales características son las siguientes:

1. En general, no se plantean complejos problemas jurídicos, entendiéndose por tales la determinación de la normativa aplicable, su interpretación y aplicación al caso concreto.

La controversia suele versar sobre la determinación de los hechos y sobre cómo se tenía que haber actuado para evitar el resultado dañoso que se produjo (relación de causalidad) y por el que se pide la correspondiente indemnización. Y esta cuestión, aunque tiene una evidente dimensión jurídica, comporta una controversia muy específica cuya resolución se basa en informe médicos. Esto exonera a la Administración del peso del precedente administrativo, facilita el debate que no va a versar sobre cuestiones jurídicas sino sobre una determinada actuación médica y sobre el paciente.

2. También, desde una perspectiva general, puede afirmarse que quienes plantean estas reclamaciones (personas perjudicadas) buscan fundamentalmente una explicación por parte del correspondiente Servicio de Salud de qué es lo que ha sucedido y necesitan respuestas para las preguntas que tienen. El procedimiento administrativo que va orientado exclusivamente a dictar la resolución que le pone fin no siempre atiende (o no siempre puede atender) a esta necesidad. Si queremos un procedimiento administrativo eficiente, que de respuestas satisfactorias a los ciudadanos, hay que tener presente no solo el dictado de una resolución fundada en derecho que le ponga fin, sino también una resolución que permita a la persona destinataria comprender el daño, más allá de la indemnización que le pueda, en su caso, corresponder.

3. Los procedimientos contencioso-administrativos por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son mayoritariamente en materia sanitaria. Muchas de ellas son de estimación parcial, esto es, declaran que se ha incurrido en responsabilidad patrimonial, pero reducen la indemnización que debe abonar la Administración. Y todo ello, en general, a partir de los datos que obran en el expediente administrativo, es decir que en muy pocas ocasiones aparecen datos nuevos en sede judicial. Esto quiere decir que a ese resultado final (al que se ha llegado tras la intervención de un tribunal) se podía haber llegado antes con menor coste económico y emocional.

4. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas contempla determinadas especialidades procedimentales para los procedimientos de responsabilidad patrimonial, entre las que debe destacarse la terminación del procedimiento por medio de acuerdo. Podemos afirmar, de esta forma, que el legislador ha querido destacar estos procedimientos y de todos los posibles ha concretado en ellos esa forma de terminar el procedimiento.

A) LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA LLEGAR A LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contempla el procedimiento administrativo como una sucesión de trámites (artículo 70 LPACAP) impulsados de oficio por la propia Administración (artículo 71 LPACAP) que tiene por finalidad el dictado de un acto administrativo o resolución que le ponga fin (artículo 88 LPACAP).

El artículo 91 LPACAP regula como “especialidad” la terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Es verdad que este artículo no habla de mediación, sino solo de acuerdo, y parece autorizar al órgano competente para que de manera unilateral proponga ese acuerdo y, si considera -también de manera unilateral- que no procede, dicte la resolución correspondiente (artículos 88 y 91.2 LPACAP). Es decir, se contempla una terminación convencional del procedimiento sin prácticamente intervención de su destinatario, que deberá estar a la espera de que el órgano competente se lo ofrezca si es que así lo considera.

Pese a los términos de este artículo, que pueden explicarse por cierta concepción burocrática y unidireccional del procedimiento administrativo, podemos hacer las siguientes consideraciones para encajar la mediación en la tramitación del procedimiento. Por un lado, la misma idea de terminación convencional implica la intervención no solo de la Administración, sino también del reclamante, de modo que si se admite y se singulariza en el artículo 91 LPACAP esta forma de poner fin al procedimiento, hay que concluir que es inherente a ella que el ciudadano tenga una intervención, y que no sea solo el destinatario de la propuesta que le haga ese órgano competente, si es que quiere hacerla.

En este sentido, el artículo 86 LPACAP, que es el que contempla en términos más generales la terminación convencional del procedimiento, se refiere a esa intervención de los interesados con los que se pueden concluir “acuerdos, pactos, convenios o contratos”.

Por otro lado, si se contempla la terminación convencional, es obvio que deben establecerse mecanismos para llegar a ese acuerdo. Un mecanismo puede ser, sin duda, la decisión unilateral del “órgano competente”, pero también pueden y deben incluirse otros, como es la mediación.

Así las cosas, podemos contemplar la mediación como la vía para llegar a ese acuerdo que ponga fin al procedimiento en los términos a que se refiere el artículo 91 LPACAP. Repárese en que la base de la mediación es el acuerdo de las personas a las que se refiere la controversia y que las reclamaciones por responsabilidad patrimonial sanitaria presentan unas características propias que hacen que la mediación sea un medio no solo adecuado sino también idóneo para poner fin a la misma.

B) EL RECURSO A LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO POR RESPONSABILIDAD SANITARIA

Pese a que el artículo 91 LPACAP contempla una forma de terminación del procedimiento administrativo, lo cierto es que dicho precepto no tiene muchas concordancias en la Ley 39/2015. Es como si a la terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial se llegase por casualidad o por sorpresa, incluso para el propio órgano competente.

Esta falta de concordancias dificulta la aplicación del artículo 91, dificultades que aun son mayores si se quiere llegar a él a través de la mediación.

Con todo, podemos encontrar algunas pautas en la Ley 39/2015 para tal fin:

1. El órgano competente puede tomar la iniciativa para que las partes lleguen a un acuerdo a través de la mediación. Así resulta de los preceptos que obligan a la Administración a impulsar de oficio el procedimiento (artículos 71 y 75 LPACAP) y del propio artículo 91 LPACAP. En este punto sería muy conveniente que quienes tengan competencia para la instrucción del procedimiento conozcan las posibilidades y ventajas de la mediación, así como establecer unos marcadores que orienten la tramitación del procedimiento en ese sentido.

2. Hay que favorecer que sean los propios interesados quienes soliciten un procedimiento de mediación. Esta posibilidad no se contempla en la Ley 39/2015. A este respecto hay que decir que el artículo 67 LPACAP, pese a referirse a las “Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial”, omite cualquier referencia al modo de terminar el procedimiento. Es decir, por un lado se prevé la posibilidad de concluir el procedimiento mediante un acuerdo (artículo 91 LPACAP), pero no se contempla que lo solicite el interesado; se deja a éste en espera de lo que decida el órgano competente. Desde luego que la falta de previsión legal expresa no puede interpretarse como una imposibilidad de hacerlo, no solo porque el contenido de la solicitud del artículo 67 es abierto, sino porque una petición en ese sentido significa ni más ni menos que solicitar la aplicación de la ley. Pero es que, además, el artículo 53.1.f) LPACAP reconoce a los interesados el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. Para lograr una mayor efectividad sería conveniente no solo difundir en términos generales la mediación administrativa, sino que sea la propia Administración quien informase a los interesados de la posibilidad de terminar el procedimiento de manera convencional y del recurso de la mediación para ello de manera semejante a como se contempla en el artículo 64.2.d) LPACAP para los procedimientos sancionadores.

La terminación convencional del procedimiento puede plantearse no solo en un momento inicial, sino durante la tramitación del procedimiento. En este sentido hay que recordar que la tramitación se basa en un principio antiformalista, que el artículo 91 no establece ningún límite preclusivo y que los interesados tienen una intervención activa en el procedimiento (artículos 75.1, 76, 77.6 y 82 LPACAP).

3. El artículo 81 LPACAP contempla las especialidades de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Entre estos trámites merecen destacarse los siguientes:

a) Informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

La utilidad de este informe y de cualquier otro que el instructor considere conveniente pedir (artículo 79 LPACAP) pasa por rodear a quien lo emite de las máximas garantías de objetividad e imparcialidad, que por definición la tienen todos los funcionarios públicos (artículos 52 y ss del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), pero que debe así percibirse y asegurarse. Estos informes no solo deben explicar qué y por qué ha pasado lo que ha pasado sino que deben emitirse, cuando haya razones para ello, desde una perspectiva finalista, esto es, con vistas a una posible mediación que permita concluir el procedimiento de manera convencional.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria tiene especial importancia a estos efectos los informes de la Inspección Médica que terminan con una propuesta.

b) Informe del órgano consultivo en los casos legalmente previstos, ha de emitir informe sobre la propuesta de resolución o de acuerdo.

Sería de utilidad que el órgano consultivo también pudiese informar sobre un posible recurso a la mediación. En ese sentido, hay que recordar que los artículos 2.1 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y 3 de su Reglamento (Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio) que obliga a ese órgano a valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que el órgano instructor, de oficio o a instancia de parte, debe valorar la conveniencia de acudir a la mediación y a través de la misma llegar a una terminación convencional del procedimiento. La existencia de marcadores y la adecuada formación permitirá esa valoración y así poder orientar el procedimiento con esa finalidad.

De la misma manera, quienes emitan informes, preceptivos o potestativos, han de valorar la posibilidad de recurrir a la mediación y en coherencia con ello suministrar los elementos de juicio para ese fin.

4. Sin ser propiamente una especialidad, hay que tener presente que el artículo 22.1.f) LPACAP es igualmente aplicable los procedimientos de responsabilidad patrimonial.
le ponga fin.

C) TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 86.5 LPACAP solo contempla el acuerdo declarando la responsabilidad patrimonial y fijando la indemnización correspondiente, de modo que fuera de este supuesto no se prevé ningún tipo de acuerdo. Sin embargo, dicha previsión legal resultará de aplicación cuando efectivamente se declare la existencia de responsabilidad patrimonial, pero no limita la existencia de otros posibles acuerdos.

A este respecto hay que tener en cuenta que el artículo 86.1 LPACAP es norma general y, por lo tanto, aplicable a todo tipo de procedimientos cuando dice que los acuerdos pueden tener la consideración de finalizadores o insertarse en el acto que le ponga fin.

Este segundo aspecto tiene especial interés en los asuntos de responsabilidad sanitaria donde en ocasiones se invocan distintos títulos de imputación (infracción de la *lex artis* y falta de consentimiento informado), de modo que puede haber acuerdo sobre un título y no sobre el otro.

De la misma manera en ocasiones convergen distintas patologías, resultando que determinada actuación médica puede ser relevante desde un punto de vista causal, pero otra no, etc., siendo preciso aclarar (y por lo tanto simplificar) la verdadera controversia.

Finalmente, en ocasiones el acuerdo puede ser sobre los hechos y la discrepancia versa exclusivamente sobre la cuantía indemnizatoria (sobre todo de los daños morales) o sobre la compensación que se busca, no solo propiamente económica, etc. En este sentido, hay que recordar que el artículo 34.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contempla compensaciones “en especie” siempre que haya acuerdo del interesado.

Todas estas cuestiones pueden aflorar en un procedimiento de mediación y facilitar o el acuerdo o la resolución que se dicte, porque las ventajas propias de un procedimiento de mediación son visibles igualmente en los procedimientos de responsabilidad patrimonial sanitaria. Pero, en este ámbito, cabría añadir que el procedimiento administrativo que termina a través de una mediación o en el que se integra la mediación como un trámite más conecta con las personas perjudicadas y permite unas soluciones más acordes con sus necesidades, que no son solo económicas y hay que insistir en ello. Les permite entender lo que ha sucedido y a partir de ahí, en su caso y de modo reflexivo, decidir si acude o no a la vía judicial.

Con ello se evitaría, entre otras cosas, recursos jurisdiccionales que son más bien una reacción a un cierto maltrato administrativo o una vía para obtener respuestas, cuando lo que hace la jurisdicción contenciosa es “revisar” esa respuesta administrativa. En este sentido, hay que destacar la función preventiva que tiene la mediación.

Dentro de esta función preventiva, innegable en cuanto a las ventajas y beneficios de la mediación para la sociedad, es conveniente que los servicios de atención a los pacientes de los centros sanitarios contaran con personal familiarizado con la gestión positiva de los conflictos, o al menos con técnicas efectivas de comunicación no violenta.

Asimismo, se considera imprescindible que los centros sanitarios conozcan los recursos que puedan tener a sus disposición a la hora de remitir a mediación un conflicto sanitario. En este sentido, en España existe una gran disparidad entre comunidades autónomas e, incluso, provincias, pues algunas cuentan con instituciones o servicios de mediación con profesionales especializados en estético de disputas y otras se encuentran totalmente desamparadas⁵⁹.

Igualmente, se estima de capital importancia dotar a la ciudadanía de medios fáciles y asequibles que le faciliten el acceso a la mediación u otras vías de solución consensuada, sin verse abocada prima facie a largas y tortuosas reclamaciones administrativas que normalmente concluyen en litigios judiciales. En este sentido, cabe destacar la iniciativa puesta en marcha por los Hospitales Universitarios de Ginebra:



SmartHUG 17+

HUG Hôpitaux Universitaires de Genève

Entwickelt für iPhone

Nr. 129 in Medizin

★★★★★ 2.8 • 12 Bewertungen

Gratis

Esta aplicación informática informa a los usuarios (desde un dispositivo móvil como puede ser el teléfono) de las vías posibles para dar curso a su queja, dirigiéndole también al servicio de mediación. Pueden acceder al mismo tanto los pacientes como sus familiares y/o allegados.

⁵⁹ Debemos destacar la labor desarrollada por la Societat Catalana de Mediación en Salut: <https://www.mediacioensalut.org/>, el convenio suscrito en 2016 entre el I. Colegio de la Abogacía de Madrid y el Colegio Oficial de Médicos de Madrid, para mediar en conflictos de responsabilidad patrimonial sanitaria; la Fundación ATYME: <https://atymediacion.es/es/mediacion/sanitaria> Colegio Oficial de la Psicología de Madrid: <https://www.mediacioninstitucioncolegiopsicologosmadrid.org/mediacion-sanitaria.php>, entre otras iniciativas.

Asimismo, existen coordinadores que promueven la comunicación entre las partes para solventar el conflicto y, atendiendo a su filosofía, los problemas se resuelven fácilmente cuando se han identificado. Si es necesario, y con el consentimiento del paciente y/o familiares, este servicio puede establecer un contacto directo con los servicios en los que se ha generado el incidente para trabajar conjuntamente en la búsqueda de una solución y resolver las preguntas que tengan el paciente.

Para terminar, existe un “espacio de mediación” orientado a poner e en contacto directo al interesado con un representante de la institución sanitaria, cuando así es requerido.

D) EL SERVICIO DE COORDINACIÓN DE CONFLICTOS DEL SERMAS (COMUNIDAD DE MADRID)

El Servicio de Coordinación de Conflictos tiene por objeto fomentar en vía administrativa la resolución extrajudicial de las reclamaciones dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria del SERMAS en los siguientes casos:

1. La responsabilidad profesional, de explotación y patronal o por accidente de trabajo que pudiera corresponder directa, solidariamente y/o subsidiariamente al SERMAS, por daños corporales, materiales, morales y perjuicios causados por acción u omisión a terceros en el ejercicio de sus actividades.
2. La responsabilidad patrimonial exigible a la Administración conforme a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y demás normativa aplicable, en lo que respecta a daños corporales, materiales, morales y perjuicios causados.

De acuerdo con todo ello, el sistema de “negociación”, a través del Servicio de Coordinación de Conflictos (SCC), ha creado un proceso de diálogo entre las partes involucradas, de modo que se está propiciando llegar a acuerdos en un momento anterior al habitual dentro de la tramitación del procedimiento administrativo. Se consigue así, en determinados casos, la reducción de plazos y una mayor agilidad y eficacia para el ciudadano, pero como se ha expuesto, no se trata de una mediación administrativa, pues la mediación es otro cauce de resolución de conflictos, más bien ligado al ámbito judicial.

Este servicio se encuadra dentro del siguiente cuadro normativo:

- Artículo 77 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: se deja entrever un cierto deseo de acudir a mecanismos extrajudiciales, aunque el mismo venga exhortado por el propio Juzgado.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01) establece en su artículo 41.1 (Derecho a una buena administración) que: “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”.

- Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial para conseguir el acceso a la justicia, como derecho fundamental de todos los ciudadanos europeos.

- En mayo de 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia; e igualmente, en abril de 2002, la Comisión presentó un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en dichos ámbitos en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea.

Asimismo, se rige por los siguientes principios:

- **Gratuidad:** se configura como un sistema gratuito para el reclamante, no siendo necesario ser asistido por letrado/a.
- **Voluntariedad:** se trata de un sistema de negociación totalmente voluntario para el reclamante.
- **Oralidad:** la relación e información con el interesado será fundamentalmente verbal.
- **Confidencialidad:** El contenido de las reuniones serán para todos los asistentes a la misma totalmente confidenciales, no obstante lo anterior, la documentación que se pudiera generar de este servicio quedará incorporará al expediente de responsabilidad patrimonial.
- **Imparcialidad:** Los miembros que componen el servicio serán imparciales, siendo objetivos en la resolución de las reclamaciones extrajudiciales planteadas, principio garantizado en base a la distinta normativa reguladora de la figura de los empleados públicos.

El objetivo fundamental es favorecer la pronta resolución del procedimiento, permitiendo al reclamante obtener la indemnización que le corresponda, en su caso, de una manera más ágil, pero esto en ningún caso supone una reducción de la misma a cambio. Es decir, este servicio se acerca más a la figura de la mediación utilizada en el ámbito judicial, que a la figura de la negociación en sentido estricto.

Las reclamaciones que pueden ser objeto del SCC, son las siguientes:

- Aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 € o sea de cuantía indeterminada y se estime que no superaría dicha cantidad.
- Reclamaciones cuya cuantía sea superior a 30.000 €, a propuesta tanto de la compañía aseguradora como del SERMAS.

Podrá ponerse en marcha el SCC:

- De oficio por el Área de Responsabilidad Patrimonial en el Ámbito Sanitario, previo ofrecimiento y aceptación por el interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.
- A instancia de los reclamantes/interesados, teniendo en cuenta lo establecido en relación con la cuantía de la reclamación y siempre y cuando no se encuentre la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial en la fase de emisión del informe de la Inspección Sanitaria o la correspondiente propuesta de resolución o posteriores en caso de no precisarse dicho informe.

Según datos de la propia Consejería de Salud, hasta diciembre de 2022 se han ofrecido en un total de 248 casos para ser “mediados”, que es más o menos el 10% de las reclamaciones que se efectúan por los usuarios.

De dichos ofrecimientos, se aceptan en torno al 70% de los casos, de los cuales, un 61% de los casos gestionados a través del Servicio de Coordinación de Conflictos finalizan con acuerdo, bien porque se acepte la indemnización resultante de la tramitación del expediente, bien porque la parte reclamante, tras la argumentación esgrimida por dicho servicio, acepte la desestimación de su reclamación. Otros casos finalizan sin acuerdo con la otra parte, continuándose entonces la tramitación del procedimiento administrativo por la vía ordinaria hasta su resolución (que por tónica general coincidirá con el acuerdo ofrecido a través del SCC).

Igualmente, hay que destacar que, para ofrecer esta vía extrajudicial debe encontrarse avanzada la tramitación del expediente, puesto que el servicio debe contar con los informes preceptivos y en muchas ocasiones con el informe de Inspección Médica, además del correspondiente informe de valoración del daño. Y esto es así para que, si no se llegase a acuerdo, el expediente estuviese bien tramitado y no se dieran posibles discrepancias posteriores entre lo ofrecido y lo resuelto.

Este servicio se enmarca también en esa necesidad de humanización de la asistencia sanitaria a que se hacía referencia paginas atrás.

2.3.3. Aproximación al panorama judicial

Se han analizado resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de los años 2021, 2022 y parte del 2023, sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración. En concreto, se han tenido en cuenta los TSJ de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia, habiendo llegado a las siguientes conclusiones:

- Se trata de reclamaciones de responsabilidad patrimonial vinculadas a reclamaciones por lesiones y/o secuelas generadas por la realización de intervenciones de centros sanitarios o servicios de la sanidad pública. Dirigidas contra la Administración competente y aseguradoras.
- El objeto de la acción es solicitar una indemnización a particulares por el funcionamiento de servicios públicos, con fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" .
- En la mayoría de casos se establece una cuantía para la indemnización.
- El procedimiento es seguido por los trámites del ordinario.
- A los efectos de otorgar una adecuada respuesta acerca de las cuestiones suscitadas en los pleitos, se consideran habitualmente las circunstancias fácticas concurrentes, y entre ellas, los antecedentes médicos obrantes en las actuaciones, más el expediente administrativo y los informes del médico forense, en su caso.
- Se toma en consideración la situación física, médica y edad del paciente, la posible concurrencia de patologías sin nexo causal con los hechos objeto del procedimiento.
- Se contempla el servicio sanitario público como una obligación de medios y no de resultado, ya que la medicina no es una ciencia exacta, de modo que no tiene soluciones ni puede conseguir en todo caso la sanidad del paciente. La imputación de responsabilidad a la Administración pública sanitaria solo procede en aquellos casos en que se puede atribuir el resultado dañoso a la infracción de la lex artis ad hoc, de acuerdo con lo establecido en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la LPAC, en relación con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia.

- Se exige a la Administración sanitaria que los profesionales ajusten su actividad a la praxis profesional, o en sentido negativo a no actuar bajo una mala praxis ad hoc entendida esta como la comisión de errores, la utilización de métodos incorrectos, atendido el estado de la ciencia en el momento de los hechos o la omisión de tratamientos o precauciones aconsejables al paciente se convertirá en antijurídico y, por lo tanto, en un daño que el paciente no tendrá la obligación de soportar.
- El empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre ese funcionamiento del servicio público y el resultado procedido.
- Solo en los casos en que se infrinja la "lex artis" responde la Administración de los daños causados, y fuera de estos casos, no puede imputarse a la Administración responsabilidad alguna.
- La aplicación de la doctrina de la "pérdida de oportunidad", determina indemnización, no tanto por los daños sufridos, sino por la privación de expectativa de evitarlos, lo que en cualquier caso supone indemnización menor⁶¹.
- En cuanto al consentimiento informado⁶², la falta de acreditación del mismo no constituye por sí sólo mala praxis indemnizable.
- Asimismo, se ha encontrado un número similar de resoluciones que desestimatorias, la mayor parte parcialmente, que establecen una indemnización, y desestimatorias.
- Igualmente, en la mayor parte de los casos se recurre el silencio administrativo, observándose que un alto porcentaje (alrededor del 60 %) de los recursos derivan de este silencio administrativo.
- Respecto a las sentencias desestimatorias, suelen estar motivadas en:
 - El análisis probatorio y subsunción jurídica, por no considerar demostrada la ausencia de consentimiento informado adecuado o su relación con el daño producido, ni demostrada tampoco la presencia del nexo o relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada con las lesiones, consecuencias laborales, días de baja y secuelas padecidas.

⁶¹ La STS de 20 de noviembre de 2012 (rec. 4598/2011) nos indica al respecto: "La privación de expectativas constituye un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados en consistencia a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias".

⁶² La Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, (LBAP en adelante), define en su artículo 3 el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

- Valorar que no se acredita que los diagnósticos y tratamientos fuesen incorrectos, sino que la intervención médica fue pautaada y realizada como resultaba procedente conforme a la lex artis.
- Posibilidad de que los daños o afectaciones se deriven de los antecedentes médicos de la persona.
- En algunas se imponen costas y en ocasiones se fija una limitación económica.
- Respecto a las sentencias estimatorias, suelen estar motivadas en:
 - Apreciación de nexo causal, por mala praxis.
 - Falta de consentimiento informado.
 - Pérdida de oportunidad del paciente, al no haberse efectuado todos los controles médicos y seguimiento del tratamiento realizado.
 - Establecen indemnización bajo el criterio jurisprudencia de que la responsabilidad patrimonial de la Administración conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios.
 - Establecen costas a la administración y la aseguradora, en ocasiones con una limitación económica.

También se ha observado que existen ligeras diferencias entre tribunales a la hora de la valoración del daño, al igual que hay comunidades donde se recurre más que en otras. Esto, junto con que gran parte de las sentencias estimatorias son parciales y muchas reducen la cuantía de la indemnización, redundan en la conveniencia de impulsar la mediación administrativa en materia de responsabilidad sanitaria.

2.3.4. Las compañías aseguradoras

Como cuestión inicial, merece prestar atención a la visión negativa que, tanto los ciudadanos como los abogados e, incluso, los tribunales tienen, de las compañías de seguros.

No resulta extraño escuchar en medios de comunicación, en abogados de víctimas, manifestaciones que muestran a las compañías como negocios que pretenden el enriquecimiento a través de cobro de primas, que abusan de cláusulas excluyentes de cobertura y que incurren en enormes retrasos en el pago de indemnizaciones, pago que, en gran número de casos, se dejan al albur de decisión judicial. Es por ello que resulta imprescindible trabajar en el cambio de imagen del sector como más flexible, razonable, cercano a los asegurados y a las víctimas o reclamantes.

Los asuntos que se resuelven por la vía de la negociación hacen que las compañías proyecten una imagen de flexibilidad, razonabilidad y voluntad de colaboración, incrementando la confianza del asegurado, de las víctimas/reclamantes y sus abogados respecto al sector.

Con carácter general y en el campo de la responsabilidad civil sanitaria, pueden encontrarse varios obstáculos:

1) **La dificultad para obtener la documentación médica:** Tal documentación se convierte en el requisito imprescindible para el análisis médico pericial y jurídico de la actuación sanitaria habida, para el estudio sobre la existencia o no de infracción de la *lex artis ad hoc* que daría lugar al pago de la indemnización o a la debida justificación a la parte reclamante de la negativa a negociar vía amistosa.

En aquellos casos en los que se dirige una reclamación extrajudicial/amistosa (normalmente burofax dirigido a la compañía o al asegurado de esta, por ejemplo, un hospital o un médico), los abogados de las víctimas suelen negarse a facilitar la historia clínica a la compañía, viéndose aquella obligada a esperar la interposición de una reclamación judicial y, con esta, a la obtención de la documentación médica a través de requerimiento por el juzgador y posterior traslado a la compañía en calidad de demandada.

Del mismo modo, cuando la reclamación se hace vía patrimonial, algunos entes públicos consideran que la entrega a la compañía del expediente administrativo completo que incluye la historia clínica, supone la vulneración de la Ley de Protección de Datos.

2) **La desconfianza de los abogados de las víctimas en el sistema:** Numerosos abogados del sector todavía no saben exactamente en qué consiste la mediación, más allá de una visión superficial o aproximativa.

También hay abogados que tienen una visión negativa de la mediación pues la consideran una pérdida de oportunidades laborales, con el consiguiente perjuicio económico que se deriva.

3) Artículos 76 y 20 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro:

Artículo 76: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Artículo 20.4: “4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100”.

Cada vez con mayor frecuencia, los abogados de las víctimas se posicionan a favor de reclamaciones vía acción directa contra la compañía de seguros del sector público sanitario.

Por un lado, por razón de un mayor porcentaje de condenas, apoyadas en la falta de aplicación de la ley y la jurisprudencia administrativas. Por otro lado, por el enorme incremento de la indemnización que se impone en sentencia por aplicación de los intereses del artículo 20 de la LCS.

Lo más habitual es que el juzgador no admita la personación voluntaria de la Administración por mor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si bien la negociación y la mediación son instrumentos que favorecen la evitación de resoluciones judiciales en el ámbito de la acción directa, este instituto legal limita enormemente el acercamiento a las víctimas por el hecho de que la vía negociada reduce, tanto los honorarios de los letrados demandantes como el importe de la indemnización al no incluir los intereses por mora.

LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

La compañía aseguradora en el procedimiento administrativo actúa en interés propio como garante e interesada en el procedimiento, coadyuva a la consecución del interés general al agilizar el pago de las indemnizaciones y, a pesar de las dificultades impuestas por la existencia de franquicias cada vez más altas, propicia transacciones de otra forma muy difíciles de articular en el seno del procedimiento administrativo.

Además, la aseguradora es garante contractual de la responsabilidad de la Administración, que se tiene como parte demandada en todos los procesos de responsabilidad patrimonial cubiertos por el seguro, y como tal está interesada en hacer valer su posición ante la cobertura del daño, y en aportar todo tipo de pruebas en un procedimiento del que va a condicionar la cifra de su responsabilidad.

Según dispone el artículo 21.1.c) LJCA, son en todo caso parte demandada “las aseguradoras de las Administraciones Públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”. Por tanto, el asegurador en el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es un interesado más, sino privilegiado en este, obligando a la Administración a hacerle partícipe de la instrucción del procedimiento en mayor medida que a un interesado cualquiera, y permitiéndole aportar cuantos informes estime pertinente al procedimiento administrativo.

Ello conduce a que, para articular correctamente esta posición, la práctica haya conducido a una particular forma de tramitación en la que la aseguradora se integra en el procedimiento, participando de actividades encomendadas a la agilización de la instrucción y resolución del expediente, y que van desde la llamada “Comisión de seguimiento de siniestros”, hasta la puesta en servicio de un amplio equipo de profesionales en régimen de In-plant para la gestión documental y la elaboración de informes técnicos.

En los pliegos de prescripciones, suelen contener un apartado específico bajo el epígrafe “gestión de reclamaciones”, o denominación similar.

Se establece en los pliegos que para valorar las reclamaciones objeto de cobertura se constituirá una “comisión o comité de seguimiento” formada por representantes de la Administración, de la compañía de seguros, en ocasiones de la correduría de seguros. Reunida con una periodicidad variable, las funciones que realiza son valorar las circunstancias de cada reclamación, determinar la procedencia del siniestro, e incluso decidir la conveniencia o no de llegar a acuerdos extrajudiciales.

Cada reclamación se examina, por tanto, desde el punto de vista médico, jurídico, técnico-asegurador y administrativo y finalmente se adopta un acuerdo sobre cada reclamación analizada. Esto es, la admisión o desestimación de las reclamaciones se realiza en la práctica por el conjunto de personas que forma la Comisión.

Cuando en Comisión se acuerda estimar la reclamación, valorado el daño irrogado a la víctima, habitualmente a través de los necesarios informes de valoración del daño corporal facilitados por la compañía, o en su caso, por la Inspección Médica, se procede al intento de negociación con la parte reclamante. En el caso de que se alcance un acuerdo, por la compañía se pone en conocimiento de la Administración, se procede a la firma de escritos (finiquito/renuncia y desistimiento), y se dicta resolución de archivo por terminación convencional.

En otro caso, es decir, en el de fracaso de la negociación, continuará la instrucción de la reclamación patrimonial para el dictado de resolución estimatoria.

Cabría plantearse la posibilidad/conveniencia de que, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, por parte de la Administración, se incluya la vía negociada como resolución alternativa de conflictos, protocolizándose su “modus operandi”. Así se hizo por el Servicio Madrileño de Salud analizado anteriormente. Es de destacar el impacto que, respecto a la humanización, se produjo con este método de resolución dentro del procedimiento administrativo. Los perjudicados percibieron cómo desde la Administración que le había producido el daño se pretendía un acercamiento, se le daba opción de escucha y exposición de quejas, se le trasladaban las causas de producción del daño y se le pormenorizaba la razón de la indemnización ofrecida, o en su caso, de considerar que no tenía derecho a percibir la misma.

En el ámbito judicial contencioso-administrativo, el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que:

“1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos”.

Esto ha provocado que alguna compañía, en aquellos casos en los que el recuso se hubiere interpuesto por desestimación de la reclamación patrimonial por silencio, se haya instado la mediación, acordándose el trámite por acuerdo de las partes, sin la intervención de los letrados de la Comunidad Autónoma, entendiéndose que estos necesitaban autorización. Ello, en reclamaciones en las que la póliza afectada no tenía franquicia y, como consecuencia, la compañía asume íntegramente el pago de la indemnización.

CONCLUSIONES

1. Los métodos autocompositivos en este tipo de conflictos, y en concreto la mediación, son una alternativa idónea para la resolución de conflictos del sistema de salud, pues disminuyen la judicialización de las reclamaciones, así como su coste y los tiempos de resolución, permitiendo a las personas perjudicadas resarcirse con mayor premura de los daños que le han sido irrogados.
2. El uso de la mediación tiene un evidente impacto reputacional para la Administración y la compañía de seguros, incidiendo en la necesaria humanización del proceso de reclamación.
3. La inclusión en los Pliegos de Prescripciones Técnicas de la resolución alternativa de conflictos a través de MASC, sería un mecanismo idóneo para impulsar la mediación.

2.4. Formación

LEGITIMACIÓN DE LOS MEDIADORES PARA INTERVENIR EN LOS CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN

Algunos autores definen la confianza como manifestar tranquilidad y seguridad ante una persona, cosa o institución que se espera que se porte o funcione bien o que ocurra tal y como se pensaba; esto es, la confianza tiene que ver con la fe en las expectativas⁶³.

Compartiendo de la premisa de que un factor de éxito de la mediación recae en la relación entre confianza y legitimidad, existente entre las partes y la persona medidora⁶⁴, es necesario analizar cuáles son los elementos que, en el contexto y particularidades de la mediación administrativa, aportan legitimidad a quiénes la ejercen, por cuanto -si bien se actúa bajo los principios de neutralidad e imparcialidad respecto al objeto y el resultado- tienen una participación proactiva en lo que acontece al desarrollo proceso.

Nos centraremos en dos focos de legitimación: la derivada del contexto y la de la persona profesional.

La legitimidad del contexto. Precisamente, y siguiendo la distinción efectuada desde CEPEJ (2022)⁶⁵ la mediación con la administración puede ejercerse en diferentes instancias (institucional, convencional o jurisdiccional). Que quienes abran la puerta al nuevo paradigma, e inviten a participar en la búsqueda de soluciones más consensuadas, sean instancias con auctoritas, tiene un fuerte impacto en la confianza que las partes otorgan al proceso y a las profesionales que lo lideran (es lo que en términos freudianos se denomina transferencia).

Por otro lado, en lo que a la profesional respecta, es necesario que las partes la perciban como una persona experta, ajena a los intereses, pero consciente de las implicaciones de lo que se trata. En este punto el saber hacer profesional es un elemento legitimador. Debe ser capaz de analizar y comprender el contexto en el que surgieron y serán resueltas las controversias⁶⁶; integrar a las partes (formales, legitimadas, informales), legitimar a quiénes tienen el poder de decisión; abordar los prejuicios existentes entre los actores; manejar dinámicas grupales (especialmente en conflictos públicos dónde la mediación tiene una función preventiva) y compatibilizarlas con culturas organizacionales formales y jerárquicas;

⁶³ Ausín T. *Ética pública para generar confianza*. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas Núm. 9 zk. (2015). Págs. 30-39

⁶⁴ Riera J.A. *Generación de confianza en la práctica de la mediación familiar. Porqué las partes confían en los mediadores*. Tesis Doctoral. Universitat Illes Balears. (2018) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=260423>

⁶⁵ *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states CEPEJ (2022)*

⁶⁶ Stephens J. *Using a mediator in public disputes*. <https://mediate.com/using-a-mediator-in-public-disputes/> consultado 30/01/2023.

comprender las dimensiones políticas y legales que afectan la disputa en particular; cierto conocimiento de la materia⁶⁷ y los procedimientos.

La independencia e imparcialidad de la persona mediadora, así como la igualdad de las partes son principios básicos de los procesos ADR/MASC. Sin embargo, la mediación administrativa se caracteriza porque, como mínimo, una de las partes ostenta prerrogativas y tiene como función ser garante del interés general, lo que le confiere un estatus privilegiado. Precisamente, la diferente distribución del poder es una de las manifestaciones del denominado conflicto estructural⁶⁸, que como tal debe ser gestionado. La asimetría de poder no es un límite para la mediación, pero sí una complejidad a manejar, dónde la pericia profesional juega un papel fundamental⁶⁹.

Se conoce que la percepción sobre la parcialidad de la persona mediadora tiene un impacto directo en el comportamiento de las partes en el proceso⁷⁰. Cuando la Administración Pública es parte, la dificultad de la práctica mediadora radica en “equilibrar el desequilibrio” desde una posición equidistante. Esto es, analizando desde los intereses (en lugar de las posiciones); reencuadrando la interdependencia (definiendo parámetros comunes); manejando los tiempos y los roles (propiciando recíproca la participación y escucha activa); equilibrando el denominado “poder negocial” (o capacidad para lograr los propios intereses) y la correspondiente “mejor alternativa al acuerdo negociado”; reconociendo las limitaciones, comprendiendo los riesgos; y facilitando que se exploren soluciones dónde impere la persuasión más que la coerción o la protesta.

Anteriormente nos hemos referido a la legitimación y el contexto desde el que se prescribe o practica la mediación y los efectos que ello tiene en el proceso. Precisamente, como señala la Guía práctica del CGPJ cuándo los tribunales valoran la posibilidad de derivar a mediación es necesario que éstos tengan profesionales (expertos en la materia y en las metodologías de mediación) a su alcance, con quienes tengan una excelente conexión⁷¹.

⁶⁷ *Competencias para Mediadores de Controversias Públicas Complejas*, (pp. 5-6.). Universidad de Carolina del Norte en Chapel Hill. Publicado anteriormente en *Boletín de Gestión Pública*, Número 2, septiembre de 1998. *Sociedad de Profesionales en Resolución de Conflictos*. (1992).

⁶⁸ Moore Ch. Moore, C. (1986). *The Mediation Process*. San Francisco: Jossey Bass. (Traducción al español de 1997: *El proceso de mediación*. Barcelona: Granica.)

⁶⁹ *Los informes del CEPEJ en lo relativo a la formación de los mediadores en mediación administrativa, entre otros aspectos, se hace hincapié en trabajar sobre el rol de la persona mediadora especialmente en lo relativo a los principios de independencia e imparcialidad.*

⁷⁰ K a Jehn, A Nauta, S. Van den Boshde. (2010) *The effects of conflict asymmetry in mediation*. Leiden university.

⁷¹ *Protocolo mediación conciliadora administrativa. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. CGPJ. (2016) pág. 265 y ss

LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS MEDIADORES

Una sociedad cada vez más compleja hace que los conflictos que en ella se originan y desarrollan precisen de profesionales con los conocimientos, bagaje y capacitación necesarios para intervenir en su gestión de forma adecuada, especialmente si se trata de mediaciones con la Administración Pública.

La exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio precisa que la exclusión de su ámbito de aplicación no impide la mediación en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Desde 2011, el Consejo General del Poder Judicial ha optado decididamente por promover con sus guías la implantación de la mediación intrajudicial en diversas jurisdicciones, entre ellas la contencioso-administrativa, tratando de hacer factible una implantación homogénea que evite desigualdades territoriales entre las diversas comunidades autónomas.

La aproximación teórica tradicional respecto a la mediación en este ámbito destaca que el principio de legalidad y el carácter no disponible de la mayoría de las potestades administrativas impiden aplicar la mediación. Se parte de un solo supuesto teórico en el que todo es perfecto y donde los hechos son aceptados. Sin embargo, la realidad demuestra que existen muchos casos en que se refieren cuestiones como el alcance de los hechos, su cuantificación, así como podemos encontrarnos con supuestos de vía de hecho, actos administrativos dictados sin un procedimiento administrativo o con ausencia de sus elementos esenciales, casos de silencio administrativo y actos administrativos con motivación deficiente, ente otros.

Debido a las particularidades del campo administrativo y contencioso-administrativo y la variada casuística que podemos encontrarnos, es necesario que los mediadores estén especializados y que conozcan el lenguaje técnico que se utiliza en este ámbito, así como las características esenciales del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, muy diferentes de cuanto puedan ser los conflictos civiles o mercantiles, por ejemplo, donde el imperio de la autonomía de la voluntad es mucho más hegemónico.

Por esta razón, además de la capacitación general necesaria para poder ser mediadores, se necesita una formación ad hoc con la que puedan adquirir las habilidades y destrezas, tanto teóricas como prácticas, que les serán necesarias para poder intervenir de manera solvente en los procesos de mediación. Resulta imprescindible que se familiaricen con el funcionamiento de la Administración, la génesis del acto administrativo y el papel que desarrollan los diversos actores que en él intervienen.

Esta cuestión de la formación especializada no es baladí, pues gracias a ella se mostrarán ante las partes como mediadores que actúan con soltura y confianza en sí mismos, trasladado esa confianza a las partes.

EL MARCO MENTAL DE LOS MEDIADORES

La comunicación es la herramienta principal que los mediadores utilizan en un proceso de mediación para ayudar a las partes a solventar sus cuestiones. Es importante saber que las palabras que se utilicen evocarán una idea específica sobre algo, tratando de “encuadrar” cierta información que permitan a las partes reconocerla, asimilarla y posteriormente compartirla.

A la hora de transmitir un mensaje, juega un papel muy importante el esquema cognitivo del emisor, es decir, qué ideas o qué percepciones se evocan a partir de qué palabras.

En el campo de la psicología, los marcos mentales vendrían a ser las estructuras de pensamiento que crean “nuestra” realidad, es decir, al observar nuestros pensamientos, descubrimos posiciones, orientaciones o maneras de ver la vida que son más o menos adaptativas.

Trasladado al campo de la mediación, se conjugan varios marcos mentales, el de los propios mediadores y el de las partes en el procedimiento. Acceder al marco mental de un tercero es posible a través de la escucha activa, la respuesta a las preguntas que el mediador va formulando y a las opiniones y exposiciones de su situación. El marco mental, no deja de ser un conjunto de creencias o actitudes relativas a un tema u objeto.

La percepción que cada individuo tiene sobre una situación, una persona, etc., está atravesada por su propio marco mental, en el que entran en juego los prejuicios, las ideas preconcebidas y las cuestiones que nos hacen orientarnos hacia un sitio y otro. Por esta razón, el mediador, como experto en habilidades y herramientas de comunicación ha de tener la destreza necesaria para crear un nuevo marco mental, el marco mental de la mediación, en el que las partes puedan ir abandonando sus posiciones para hablar y negociar con sus necesidades e intereses.

LA COMEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA MEDIAR CON LA ADMINISTRACIÓN Y QUE AL MENOS UNO DE LOS MEDIADORES SEA EXPERTO EN EL TEMA DEL CONFLICTO

La comediación consiste en crear un equipo de mediación formado por al menos dos mediadores que trabajarán conjuntamente y con igualdad de estatus, conduciendo el proceso de mediación cuando determinadas situaciones, bien sea por la complejidad o por la naturaleza de los conflictos requiere contar con varias perspectivas.

En el caso de la mediación administrativa y contencioso-administrativa, nos encontramos con que una de las partes, la Administración Pública, tiene limitada su forma de actuar por el denominado “principio de legalidad”, y en virtud del cual, únicamente puede actuar cuando una norma con rango legal se lo permita, y también respecto de los acuerdos, éstos no pueden adoptarse de forma libre, sino que tienen que estar supeditados al interés general en juego que defiende la administración pública.

Por este motivo, y dada la variedad y complejidad de la naturaleza jurídica que entraña la mediación con las administraciones públicas, así como la especialización y tecnicismos de determinadas materias, hace necesario que las mediaciones se lleven a cabo a través de un equipo de co-mediadores, donde al menos, uno de ellos, tiene que ser experto en la naturaleza del conflicto, y el resto del equipo especialista o experto en cuestiones jurídicas de derecho administrativo.

La comediación exige coordinación e integración suficientes para que el equipo mediador funcione sin disonancias y de modo consistente, lo que puede requerir un mayor esfuerzo de preparación. Una selección adecuada de los profesionales involucrados y una correcta definición de los roles de cada integrante, constituyen los elementos imprescindibles para la puesta en práctica de esta fórmula.

Sin duda, la presencia de un equipo de mediadores, frente a un único mediador, puede suponer un aumento del coste económico de la mediación, sin embargo, queda superado por las numerosas ventajas que tiene esta técnica o herramienta de la comediación:

- Se trabaja en equipo, es decir:
 - Es posible distribuirse la gestión del conflicto, facilitando su desenvolvimiento.
 - Los profesionales que lo conforman son conscientes de que forman parte del grupo y se sienten partícipes.
 - El equipo existe como tal siempre que exista una motivación común y, entre todos, intenten satisfacerla.
 - Existen objetivos comunes de trabajo.
 - El equipo está dotado de estructura y organización.
 - Hay interdependencia entre sus profesionales, cuando algo acontece a uno de sus miembros afecta a todos los demás.
 - Hay interacción entre sus miembros.
- Mejora la escucha activa, al trabajar un equipo, con varias personas, aumentan las posibilidades de no dejar asuntos pendientes de ser suficientemente escuchados y atendidos por los mediadores.
- Amplía y flexibiliza la diversidad de criterios en la percepción del conflicto planteado por las partes, o que, por extensión, aumenta la posibilidad de ayudar a éstas a hallar solución a sus disputas.

- Para los mediadores:
 - Supone menor desgaste físico y emocional, puesto que comparten la responsabilidad y tensión del proceso.
 - Favorece la comunicación entre mediadores.
 - Permite una alternancia de roles.
- Para las partes:
 - Genera confianza y profesionalidad.
 - Se aligera la carga emocional, proyección de sentimientos de identificación, dependencia, ira y desconfianza que las partes puedan realizar frente a la presencia de un único mediador, donde todo se vierte frente a una única persona.

FORMACIÓN A LA ABOGACÍA

El papel que adopta la abogacía a la hora de dar a conocer a sus clientes los distintos recursos de gestión de sus conflictos y asesorar sobre cuál resulta más adecuado a su caso, es de capital importancia, dada la relación de confianza que se desarrolla en ese binomio. A este respecto, se viene apreciando en general una falta de información y conocimiento acerca de la posibilidad de acudir a mediación en los asuntos administrativos, razón por la que no suelen recomendarla o la rechazan de plano.

Además, en aquellos supuestos en que un procedimiento judicial contencioso-administrativo es derivado por el tribunal competente, el rol que desempeñan esos letrados puede verse distorsionado por carecer de los conocimientos precisos sobre la mediación en este ámbito, lo que puede originar situaciones en que su cliente no se encuentre bien asesorado, abocándolo a una toma de decisiones que quizá le perjudique.

Así las cosas, resulta necesario que estos profesionales, fundamentales en la mayoría de las controversias entre la ciudadanía con la Administración, e incluso entre distintas administraciones, sepan lo que es la mediación como método autocompositivo de solución de controversias y muy concretamente en el área sobre la que versa este trabajo. Es decir, deben estar familiarizados con las diferentes fases del proceso de mediación, las reglas y principios que lo informan, así como con el carácter vinculante del acuerdo y cómo ayudar a su(s) cliente(s) a que aquel se ejecute por parte de la Administración.

Por estas razones, desde GEMME apoyamos las iniciativas llevadas a cabo por diversos colegios de la abogacía programando actividades formativas e informativas de mediación para sus colegiados.

FORMACIÓN AL FUNCIONARIADO

Desde la práctica llevada a cabo en los distintos proyectos que se realizan en distintas comunidades autónomas, se viene observando un desconocimiento de la mediación por parte del funcionariado en general y de aquellas personas que acuden a las sesiones, en particular. Esta circunstancia hace que surjan reticencias hacia el proceso en sí y hacia los mediadores, bloqueando la posibilidad siquiera de acercarse a conocer qué aporta la mediación al conflicto administrativo y contencioso-administrativo.

No basta con difundir las bondades de la mediación, sino que es preciso dar un paso más y añadir a la formación de las personas que trabajan en la Administración módulos concretos de resolución de conflictos, en línea de lo contemplado por la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz, que entre otras cosas contempla la inclusión como contenido curricular en todos los programas curriculares iniciativas formativas en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación.



3. CONCLUSIONES



Este trabajo pretende transmitir y compartir las siguientes conclusiones, comunes a todas las personas que han participado en el mismo:

PRIMERA: La mediación como mecanismo para resolver las controversias entre las Administraciones públicas y la ciudadanía puede tener lugar tanto en vía administrativa (mediación administrativa o prejudicial) como en vía judicial (mediación contencioso-administrativa o intrajudicial), pudiendo ser también el cauce adecuado para evitar el conflicto, orientando la actividad administrativa que se proyecta realizar.

SEGUNDA: La posibilidad legal y la utilidad de recurrir a la mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo está reconocida por distintas instituciones europeas, tales como el Consejo de Europa, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia y el Parlamento Europeo, entre otras, y así lo han plasmado en sus recomendaciones e informes emitidos.

TERCERA: La mediación con las Administraciones públicas comparte con la mediación entre particulares sus principios y características esenciales, pero al mismo tiempo presenta determinadas particularidades que le otorgan una sustantividad propia.

Por esta razón, son necesarias tanto una legislación específica que aborde de manera comprensiva este tipo de mediación, como una formación especializada de las personas mediadoras.

CUARTA: La mediación con las Administraciones públicas contribuye a reducir la litigiosidad y permite alcanzar soluciones más eficaces y duraderas. Además, define y enmarca un nuevo modelo de relación con la ciudadanía, basado en los principios de colaboración, participación, confianza y seguridad, que resulta conforme con las exigencias legales de la buena administración y gobernanza que recogen los actuales textos legales.

QUINTA: Las sociedades se encuentran en constante evolución y actualmente vivimos una transformación digital que está modificando las relaciones con las Administraciones públicas e, incluso, la propia forma de actuación administrativa, lo que debe ser aprovechado para impulsar la mediación como forma de solucionar los conflictos y para desarrollar la misma en este entorno digital, siempre de acuerdo a los principios informadores de la mediación y bajo premisas éticas y transparentes.

SEXTA: Nuestro ordenamiento jurídico permite derivar a mediación las controversias que deben resolverse aplicando el derecho administrativo, cuando concurren determinadas circunstancias y se cumplan algunos requisitos concretos. Tanto la normativa estatal como la de las comunidades autónomas ofrecen apoyo legal para ello y, en base en la misma, se han puesto en práctica proyectos en diversos territorios, tanto en el campo administrativo como contencioso-administrativo, aprobándose protocolos de actuación y organizándose servicios ad hoc a tales fines.

SÉPTIMA: Los resultados de tales proyectos demuestran la posibilidad real de derivar los conflictos administrativos a la mediación, dentro del actual marco legal, y la satisfacción de las partes que han recurrido a ella.

OCTAVA: Esos resultados también evidencian que los conflictos susceptibles de ser derivados a mediación son de distinta tipología y abarcan un amplio abanico que engloba cuestiones urbanísticas, educativas, tributarias, deportivas, salud, licencias, etc.

NOVENA: Sin excluir ningún otro ámbito, se aprecia la necesidad de facilitar el acceso a la mediación en los expedientes y procedimientos de responsabilidad patrimonial sanitaria, por sus complejas particularidades a nivel emocional, al tratarse de un tema que afecta a la salud y bienestar integral de las personas y cuyos conflictos en general no se resuelven reconociendo simplemente -o denegando- una indemnización.

DÉCIMA: El actual marco legal que tenemos en España resulta insuficiente para implementar, normalizar y generalizar la mediación administrativa y contencioso-administrativa.

Esto, unido a la falta de conocimiento, seguridad y confianza en la mediación por parte de la ciudadanía, funcionariado y agentes jurídicos, hace que los resultados sean aún escasos numéricamente, a pesar de los buenos resultados obtenidos en las experiencias que se llevan a cabo. Se une a este hándicap que, a nivel autonómico, no todos los territorios actúan de la misma manera, existiendo gran diferencia entre unas comunidades y otras.

Por ello es necesario aprobar una legislación básica común para todo el territorio nacional, que regule de una manera completa la mediación con las Administraciones públicas, incorporando también el conocimiento de esta forma de solución de conflictos en la formación de todos los operadores jurídicos, compañías de seguros de la Administración y personal al servicio de las distintas administraciones, incluida la de Justicia, así como difundir la misma para que se tenga una idea clara, acertada y precisa de su aplicación, alejada de mitos, tabúes y prejuicios.

4. AGRADECIMIENTOS

Los integrantes de este grupo de trabajo quieren agradecer la orientación y consejo de diversas instituciones, entre las que cabe destacar: Defensor del Pueblo, Defensor del Pueblo Andaluz, Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona y Consell General de Cambres de Catalunya.

Vaya a todas ellas nuestro más sincero agradecimiento, así como a las personas que han facilitado datos y documentación en nombre de aquellas.

Madrid, 31 de mayo de 2023



La mediación como vía adecuada para gestionar los conflictos con la Administración Pública se abre paso en España. Sin embargo, necesita aún de un impulso decidido para ser un recurso de uso preferente por parte de los profesionales, de las instituciones y de la ciudadanía en general. Esta es la motivación principal del trabajo desarrollado por la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (**GEMME España**) durante varios meses y que ha fructificado en este libro: **“Análisis y propuestas para el impulso de LA MEDIACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”**.

Esta publicación tiene por objetivo analizar la situación actual de la mediación en los ámbitos administrativo, contencioso-administrativo y de las administraciones sanitarias, al tiempo que se indican propuestas de mejora de orden legislativo, organizativo, formativo y de desarrollo de la mediación con las administraciones públicas en nuestro país.

Colabora

