

LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Jornada “Mediación administrativa en Cataluña”
Universitat Oberta de Catalunya, 22 de enero de 2019.



Dr. Joaquín Tornos Mas,
Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona

INDICE.- I. Introducción. Mediación y derecho administrativo. II.- ¿Qué debemos entender por mediación? III.- El derecho administrativo y la resolución de conflictos. IV.- La mediación en las relaciones regidas por el derecho administrativo. A. La mediación como vía para evitar conflictos. B. La mediación como vía para la resolución de un conflicto. C. La mediación intrajudicial. V.- Conclusiones.

I.- Introducción. Mediación y derecho administrativo.

El objeto de esta breve comunicación es tratar de analizar los límites y posibilidades que plantea el recurso a la figura jurídica de la mediación en las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas.

Para abordar este tema, que supone poner en contacto una institución jurídica de valor general, la mediación, con una rama del derecho, el derecho administrativo, es necesario partir de la precisión conceptual de la figura de la mediación y de las singularidades de esta rama del derecho. De este modo trataremos en primer lugar de precisar el significado jurídico de la mediación, para a continuación analizar si esta institución puede utilizarse para resolver conflictos en los que está presente la Administración y, por último, avanzaremos algunas ideas sobre la idoneidad de este procedimiento en relación a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos¹.

¹ Debemos señalar que nuestra aproximación a la figura de la mediación se limita a su posible funcionalidad cuando se pretende recurrir a la misma para que actúe como un mecanismo de resolución de conflictos sujetos al derecho administrativo. De esta forma debe quedar claro que nos interesa una

Nuestro interés se centra en la técnica de la mediación como procedimiento para la posible resolución de los conflictos que pueden enfrentar a la Administración y a los ciudadanos, cuando esta relación está regida por el derecho administrativo.

La razón de su interés es la constatación de la insuficiencia de las garantías hoy existentes para resolver estos conflictos. Los mecanismos existentes son el recurso administrativo (en sus diversas formas, y con las especialidades propias en materia tributaria) y el posterior recurso en sede judicial. Formalmente ambas vías ofrecen unos cauces bien articulados para que el ciudadano, que entiende lesionados sus derechos o intereses legítimos por la actuación o por la inactividad de la Administración, pueda plantear sus pretensiones y obtener la satisfacción a las mismas si están amparadas en una norma legal. Pero también es ampliamente conocido que la garantía real no siempre existe. Los recursos administrativos ante la propia Administración activa no siempre se resuelven, muy raramente se estiman², y aquellos que se interponen ante órganos separados de la Administración activa (caso de los recursos en materia tributaria ante los TEAR o TEAC)³ se resuelven con unos retrasos exagerados.

La vía judicial, por su parte, es lenta y cara⁴. La imposición de tasas y la condena en costas en razón del vencimiento objetivo ha limitado el acceso real a esta vía. De este modo muchos conflictos quedan de hecho sin tutela judicial real, a pesar del mandato del artículo 24 de la Constitución.

finalidad limitada de la técnica de la mediación, que no incluye lo que de forma más amplia se incluye en el concepto de gestión colaborativa de conflictos, y que puede utilizarse cuando existen relaciones de conflicto dentro de entidades públicas pero no sujetas al derecho administrativo.

Los estudios sobre la mediación suelen referirse de forma general a esta técnica como un instrumento útil para gestionar las discrepancias que surgen en la relaciones sociales desde el diálogo, el reconocimiento mutuo de las partes y la búsqueda del consenso (así, por ejemplo, resolver los conflictos que puedan surgir entre los alumnos de una escuela o entre los facultativos de un hospital). Aquí la mediación desarrolla fundamentalmente una función terapéutica, preventiva o restauradora de relaciones. Se trata de imponer una cultura de la negociación, de la implicación de las partes en la solución de los conflictos que pueden surgir en sus relaciones particulares. Vid. al respecto SIBINA, D. Mediación y administración local, en la obra colectiva “Materiales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña”, Centre d’estudis Jurídics i formació especialitzada, Barcelona 2011, pág.322.

² Sobre esta cuestión son de interés las consideraciones contenidas en el “Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa” del Ministerio de Justicia, año 2012, pág.24 y 25. Vid, también TORNOS MAS, J. Vías extrajudiciales de resolución de conflictos, RAP 136, 1995 y Los recursos administrativos en la ley 4/1999, Justicia administrativa 1999.

³ Sobre la actividad de los TEAR.s y TEAL.s son de gran interés los datos que facilita AUCEJO, E. en su trabajo “Reclamo e Mediazione tributaria nel Diritto Tributario italiano. ¿Para cuándo en España?”.

⁴ De nuevo sobre este punto son de interés los datos que nos aporta el Informe citado en nota anterior. En la página 16 se nos ofrecen los datos que aportan las estadísticas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial. Si bien el número de asuntos acumulados sigue siendo muy grande en todas las instancias, es cierto que en los últimos años se advierte una sensible reducción. En todo caso los datos siguen siendo muy preocupantes. En este sentido nos remitimos a la información que nos facilita MARTÍN REBOLLO, L en su obra “Leyes administrativas”, Thomson Reuters Aranzadi, 19 edición 2013. “cientos de miles de asuntos pendientes en el conjunto de los órganos jurisdiccionales. Crecimientos que en algunos órganos jurisdiccionales han llegado a ser superiores al 500 por 100 en quince años. En algunos casos promedios de 450 o más asuntos resueltos por Magistrado y año, de los que más de la mitad por sentencia. Conflictividad elevada con medios superiores a los 200 asuntos por cada 100.000 habitantes, cifra que se eleva en algunos Tribunales a más de 300. Todo ello conduce a duraciones medias de los procesos en los TSJ de más de dos años, lo que significa que en muchos ese ya de por si largo período es mayor”.

II.- ¿Qué debemos entender por mediación?

Pues bien, tratemos de abordar la primera cuestión ¿Qué debe entenderse por mediación?. Para dar respuesta a esta pregunta debemos acudir a la construcción doctrinal de esta institución en su configuración normativa, construcción que encontraremos en las normas de derecho privado, ya que las normas generales de derecho público no se han ocupado de esta institución.

Doctrinalmente no remitimos en primer lugar al trabajo de Barral/Lauroba y otros⁵ en el que con el fin de identificar qué debe entenderse por mediación se ofrece una primera definición clásica, según la cual la mediación es “un procés de resolució o gestió de conflictes – tenint present aquesta precisio- on intervé un tercer el qual que assisteix les parts en nom de la superació de l’esmentat conflicte, mitjançant acords que construeixen elles mateixes”

En sentido parecido, Alastruey⁶ califica la mediación como método cuya finalidad es buscar la solución efectiva a determinados litigios y cuyo procedimiento es el diálogo dirigido. Es un procedimiento auto compositivo en el que las partes no delegan en un tercero (árbitro, juez) la solución de su conflicto. En la mediación el interesado es dueño y señor de su situación, de sus intereses y de las posibles soluciones o alternativas para la superación del mismo⁷.

Recientemente Agudo González⁸ define la mediación como aquella actividad en la que “un tercero neutral (llamado mediador) contribuye a la resolución de un conflicto entre partes, organizando el intercambio de sus puntos de vista, intentando aproximarlos y propiciando, en definitiva un acuerdo”.

Normativamente la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo primero, establece que “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

La ley catalana 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado, en su artículo primero, afirma que “a los efectos de la presente ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a

⁵ BARRAL- LAUROBA, et alrii, El concepte jurídic de la mediació, en la obra coelctiva “Materials del llibre blanc de la mediació a Catalunya”, Centre d’Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada”, Barcelona 2009, pág. 177.

⁶ ALASTRUEY, R. Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial, en la obra ya cutada Materiales...pág. 401.

⁷ Otros conceptos doctrinales similares los encontramos recogidos en TALENS, J, La mediación. Breves apuntes sobre la mediación y su regulación por el RD 5/2012 de 5 de marzo y la ley de apoyo al emprendedor de 28 de septiembre de 2013”, ed. Fe de erratas, Madrid 2014. También en las colaboraciones en el libro Materiales...op.cit, entre otras en ESTEVE, G. Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos, pág. 47.

⁸ AGUDO GONZÁLEZ, J. La función administrativa de control, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pág. 422.

facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”⁹. Citamos, por último, el Decreto catalán 279/2006 de mediación escolar cuyo artículo 18 establece que la mediación es un “método de resolución de conflictos mediante la intervención de una tercera persona, con formación específica imparcial, con el objeto de ayudar a las partes a obtener por sí mismas un acuerdo satisfactorio”.

De este conjunto de definiciones pueden extraerse una serie de principios que deben concurrir en todo caso para que se pueda reconocer la existencia de la figura de la mediación. Veamos cuáles son estos principios¹⁰.

a. La mediación es un procedimiento, un método que tiene como objetivo la resolución de un conflicto. El acuerdo, en su caso, es el resultado, pero la mediación puede finalizar también sin acuerdo.

b. La mediación es una fórmula de auto composición para resolver controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible.

c. La mediación requiere voluntariedad. La mediación es voluntaria para las partes. Puede pactarse la sujeción a una mediación como trámite previo y en este caso será obligatoria de forma previa al proceso arbitral o judicial. Las partes pueden desvincularse en cualquier momento del procedimiento de mediación. Se puede imponer, en su caso, el asistir a una reunión informativa, pero no el acudir a la mediación.

d. La mediación debe respetar la igualdad de las partes. Las partes deben intervenir con plena igualdad de oportunidades en el procedimiento de mediación.

e. El mediador debe ser imparcial. Si la mediación es institucional el órgano mediador no puede estar vinculado con la Administración que participa en el proceso negociador.

f. Neutralidad. El mediador no debe interferir en las negociaciones de las partes. El resultado de la mediación debe ser fruto de la colaboración de las partes. El punto de vista del mediador no debe condicionar el contenido de los acuerdos.

g. Confidencialidad. El mediador y las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener en el seno del procedimiento de mediación.

h. Vinculación. El acuerdo al que se llegue vincula las partes. El acuerdo tiene la eficacia del contrato. Puede elevarse a escritura pública, adquiriendo la fuerza del título ejecutivo.

⁹ Una referencia a las definiciones de la mediación en las leyes autonómicas de mediación familiar puede encontrarse en TALENS, J. op.cit. pág. 14 y 15.

¹⁰ De nuevo en este punto es de referencia el trabajo citado en nota 6.

i. Economía procesal. El procedimiento de mediación debe ser ágil y no demorarse más de un tiempo razonable, que puede fijarse con carácter general en tres meses.

Una vez hemos relacionado los elementos que permiten identificar la institución de la mediación, procede también precisar las notas que nos permiten diferenciar la mediación de otros medios alternativos de resolución de conflictos, en particular la conciliación y el arbitraje.

En el caso de la conciliación estamos ante un método también de auto composición en el que las partes resuelven el conflicto de forma acordada con la intervención de un tercero que propone la solución al conflicto.

En el caso del arbitraje estamos ante una fórmula de heterocomposición. Las partes remite la solución de su conflicto a un tercero (árbitro o colegio arbitral) que no forma parte del poder judicial y cuya resolución, el laudo, les vincula.

III.- El derecho administrativo y la resolución de conflictos.

La administración es un poder servicial del poder político, un conjunto de medios personales, materiales y financieros que tienen como razón de ser satisfacer las finalidades de interés general que definen las leyes, y que concreta el poder político a través de su potestad de dirección política, lo que los italianos llaman el “indirizzio político”.

Para poder cumplir con esta finalidad la administración tiene en sus relaciones jurídicas con terceros una posición privilegiada que se concreta en los poderes de autotutela declarativa y ejecutiva. Los actos de la administración se presumen válidos y son inmediatamente ejecutivos, pudiendo ejecutarse por la propia administración. El control de la administración se lleva a cabo en primera instancia por la propia administración, recursos administrativos, y en segunda instancia por una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente junto a estos privilegios en más, existen unos privilegios “en menos”, unas reglas que limitan o condicionan la actuación de la administración¹¹. La administración está vinculada a la ley, sólo puede actuar si cuenta con atribución de potestad, debe actuar a través de un procedimiento predeterminado, debe motivar sus decisiones y responderá por toda lesión (daño no soportable) que cause a los particulares.

Si nos centramos en los modos de resolver los conflictos que pueden surgir entre la administración y los ciudadanos podemos identificar los siguientes:

a. Autocomposición. Se trata de alcanzar una solución por acuerdo entre las partes. No hay vencedor. Conciliación y mediación. Dentro de la mediación, apuntaremos al final la distinción entre mediación extra o intra judicial.

¹¹ Vid. De nuevo, GARCÍA DE ENTERRÍA-TR FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, 17 edición, Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2015, pág 71 y ss.

b. Heterocomposición. La decisión del conflicto se pone en manos de un tercero, es un sistema de vencimiento. Arbitraje, recurso administrativo (ante órganos internos o ante órganos independientes) y recuso judicial.

La resolución de conflictos entre la administración y los ciudadanos debe diferenciarse de la institución del control de la administración y sus diversas formas de llevarlo a cabo¹². El control de la administración trata de garantizar la sujeción de la administración al marco normativo que la habilita a actuar y que a su vez constituye el límite de su actuación. Quien ejerce el control, en particular el juez, trata de hacer efectivo el principio de legalidad o de juridicidad. Aun cuando el recurso administrativo o el acceso a la justicia sea a instancia del ciudadano que estima no ajustada a derecho una actuación administrativa que le causa un perjuicio o le impide un beneficio, quien controla a la administración revisa la actuación administrativa con respecto al marco normativo que la vincula. Es cierto que en la actualidad la justicia no es simplemente revisora, que posee un carácter subjetivo ya que está determinada por la pretensión del recurrente y trata de dar satisfacción a esta pretensión. Pero en todo caso el control en sentido estricto, o control que llevan a cabo los tribunales o los órganos de resolución de recursos administrativos, es un control correctivo, un control que trata de corregir irregularidades jurídicas¹³.

La mediación, por su parte, no trata de corregir irregularidades jurídicas, sino que trata de buscar la aplicación de la norma que más satisfaga a las partes relacionadas o en una situación de conflicto. La mediación no puede comportar una decisión contraria a derecho, pero su funcionalidad no es lograr la correcta aplicación de la norma, sino tratar de alcanzar un acuerdo entre las partes relacionadas dentro del marco legal aplicable. No hay control de una actuación previa, sino un cauce para llegar a una solución acordada. Aquí reside su singularidad y la dificultad de su aplicación a las relaciones regidas por el derecho administrativo, ya que la administración debe en principio actuar con el fin primordial de cumplir la norma del modo más correcto posible en la persecución del interés general. La defensa de la mediación en este ámbito administrativo debe basarse en la constatación de que el logro de un acuerdo con los ciudadanos afectados es una buena manera de lograr la mejor satisfacción del interés general que está definido en la norma aplicable.

Por otro lado hay que reconocer que nuestro sistema jurídico ha diseñado un modelo de resolución de conflictos entre la administración y los ciudadanos formalmente correcto, pero en la práctica imperfecto. El sistema se basa en la articulación de una primera vía administrativa, obligatoria si debe interponerse recurso de alzada y potestativa si el recurso a interponer es el de reposición, y una ulterior vía judicial, a la que se puede acceder con una amplia legitimación y con unos costes moderados, ya que además de la justicia gratuita no existen tasas para personas físicas y la presencia del procurador es optativa. El coste es el letrado.

¹² Vid. al respecto AGUDO GONZÁLEZ, J. op.cit. pág. 430.

¹³ Vid. De nuevo AGUDO GONZÁLEZ, J. in totum.

Pero por un lado los recursos administrativos (no tenemos datos oficiales, por lo que nos basamos en la experiencia personal) por lo general en las diversas administraciones tardan en resolverse y, si se resuelven, rara vez se estiman y en muchas ocasiones contienen unas escuetas motivaciones que no siempre guardan relación con lo planteado por el recurrente.

En sede contenciosa el problema es que el recurso judicial no siempre cumple con la exigencia constitucional de dar una tutela judicial efectiva. La justicia es lenta, y poco proclive a conceder medidas cautelares. En ocasiones además, en relación al tipo de conflicto que se plantee, carece de los conocimientos técnicos suficientes. Si bien se han mejorado los índices de la demora en la resolución de conflictos en las diversas instancias, en particular en el Tribunal Supremo tras las últimas reformas, la demora sigue siendo excesiva¹⁴.

Por otro lado, en la conflictividad de escasa relevancia económica el acceso a la vía judicial debe ser una vía excepcional pues en principio no tiene sentido. Por un lado están los costes del procedimiento, excesivos para resolver litigios de menos de 3000 euros, y por otro están los costes para el administrado, ya que aunque puedan contenerse difícilmente se arriesgará a pleitear quien deba asumir un coste de 1.500 euros si su reclamación es de 500 euros. Parece evidente que si la vía administrativa tradicional es inoperante, y que la vía judicial (irrenunciable en virtud del artículo 24 de la CE) presenta graves lagunas, deberán buscarse otras alternativas.

Por todo ello, la mediación aparece también como una forma alternativa a los mecanismos ordinarios de control de la administración.

IV.- La mediación en las relaciones regidas por el derecho administrativo.

Una vez fijado el concepto y la justificación de la mediación en las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas, nos parece necesario diferenciar tres posibles utilidades del instituto de la mediación¹⁵.

- a. La mediación como mecanismo que pretende evitar un conflicto.
- b. La mediación como mecanismo que trata de dar solución a un conflicto.
- c. La mediación intra-judicial.

A. La mediación como vía para evitar el conflicto.

¹⁴ Vid. I respecto los datos que nos ofrece el Informe sobre la justicia administrativa en España, dirigido por Silvia Díez, CIJA-UAM, Madrid 2016, págs. 39-41.

¹⁵ Cuestión diversa, y que por tanto no tratamos en este trabajo, es el ejercicio por las entidades locales y otros entes públicos de la mediación en el ámbito del derecho privado, de conformidad con el artículo 23 de la ley 15/2009 del arbitraje privado. En este caso la administración actúa como ente mediador para resolver conflictos entre particulares. Vid. Al respecto, TORNOS MAS, J. Comentario al artículo 23, en el libro colectivo dirigido por Viola, I. Comentarios a la Ley catalana 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y concordantes, Marcial Pons, Madrid, 2018, 152-158.

En estos casos el ordenamiento administrativo trata de acordar el contenido del acto con el administrado, o los administrados directamente afectados, lo que obviamente supondrá que pueda evitarse un posible litigio si se llega al acuerdo. Pero estos supuestos son limitados, ya que el margen de negociación queda reducido a la esfera de la discrecionalidad. También puede admitirse la negociación en aquellos supuestos en los que lo que se reconoce al administrado se compensa con la reducción del coste de tramitar un procedimiento o soportar un posible pleito. Así, por ejemplo, cuando se negocia la cuantía de una indemnización, o se acuerda reducir la multa si se acepta su imposición y se abona su cuantía. Son estos supuestos legalmente regulados en los que el contenido del posible acuerdo está predeterminado y en los que no interviene un mediador.

Pero en todo caso es evidente que no estamos ante supuestos de mediación. No existe un tercero que impulse un acuerdo. No se resuelve un conflicto ya existente, se trata de evitar un posible conflicto, la tramitación de un procedimiento ejecutivo o determinar la cuantía de una indemnización, pero sin discutir la existencia de la responsabilidad administrativa. Y la Administración tiene un margen de negociación muy estrecho. La posición de las dos partes, Administración y administrado, es muy diversa.

En otras ocasiones el concepto de mediación se trata de identificar con el incremento de la democracia en la toma de decisiones administrativas. Así, se identifica la ya clásica teoría de la participación de los administrados en la Administración con la noción de mediación. El hecho de abrir el procedimiento a los administrados para configurar de común acuerdo el contenido de la decisión final administrativa, sería una forma de “mediación” y de evitar conflictos ulteriores. Así, por ejemplo, el caso de la participación en la toma de decisiones en materia urbanística, en particular en el planeamiento.

En estos casos la finalidad que persigue el ordenamiento al establecer un cauce de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la Administración no es primordialmente tratar de evitar litigios ulteriores sino la definición del interés general aunque es cierto que indirectamente también pueden evitarse futuros litigios con soluciones acordadas. Un interés general que no se puede preestablecer en la norma, sino a través de un procedimiento acordado. Por ello, en estos supuestos no estamos ante una auténtica mediación. La Administración mantiene su posición preeminente en la toma de la decisión, pero busca conocer la opinión de los sujetos implicados para definir con la máxima información posible cuál es el interés general¹⁶.

¹⁶ Estas formas de “negociación” son las que contempla en la actualidad el artículo 86 de la ley 39/2015 “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 materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que

Cuestión diversa es la posibilidad de acudir a verdaderos procedimientos de mediación cuando surge, por ejemplo, un conflicto en aplicación de una norma urbanística. Si la aplicación de un plan urbanístico genera un conflicto con los vecinos afectados, o si una operación de realojo suscita enfrentamientos con la Administración que debe llevarla a cabo, se puede plantear, en principio, el recurso la técnica de la mediación. Se podrá acudir a la figura de un mediador para que trate de impulsar el acuerdo de las partes enfrentadas para adoptar el acto concreto porque se aplica el plan o se lleva a cabo el realojo. Puede acudirse en estos casos a la búsqueda de un tercero que actúe como mediador. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo o las instituciones similares del ámbito autonómico o local. En estos casos si existiría una verdadera mediación.

En todo caso, en estos últimos supuestos sí que existe un conflicto y la solución del mismo trata de alcanzarse por una vía distinta a la judicial.

En todo caso, los problemas de acudir a mecanismos de auténtica mediación con el fin de poder evitar que se genere un conflicto, son aún importantes. Nos encontramos con la falta de cultura administrativa (un poder con autotutela no tiene interés en negociar), ya que la administración entiende que ella define el interés general, en su caso escuchando a los interesados, y luego lo impone. Por otro lado el principio de legalidad y la interpretación estricta de la vinculación positiva dificultan el abrir espacios de negociación. Esta dificultad se ha incrementado en los últimos años a raíz de los casos de corrupción y las actuaciones del ministerio fiscal. De hecho, todo convenio se ha convertido en algo sospechoso de prevaricación. Luego, es mejor no tratar de avanzar por la vía de los acuerdos.

Por último no puede olvidarse que la mediación es una actividad material que puede finalizar con un acuerdo, que será un acto o una norma, y que este acto o norma serán susceptibles de impugnación por terceros. Luego no es seguro que el conflicto se evite a pesar del esfuerzo.

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.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

B. La mediación como vía para la resolución de un conflicto.

En este apartado nos interesa centrar nuestra reflexión en el estudio en la institución de la mediación caracterizada por los siguientes elementos:

- Trata de resolver conflictos provocados por una actuación o inactividad administrativa previa, normalmente la emisión de un acto dotado de fuerza ejecutiva.
- El conflicto está sujeto a unas reglas propias del derecho administrativo.
- Las partes en conflicto están en posición desigual. La Administración actúa amparada por los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva de sus decisiones pero a su vez está vinculada positivamente al derecho administrativo y no dispone libremente de su capacidad de pacto.

No es necesario insistir en las carencias de nuestro sistema judicial y la necesidad de buscar formas alternativas de resolución de conflictos. La propia Exposición de Motivos de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 reconoció esta situación cuando afirmó que "el control de la legalidad de las actividades administrativas se puede y debe ejercer asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos"¹⁷.

En este mismo sentido se ha manifestado de forma reiterada el Consejo de Europa, reclamando la necesidad de introducir y aplicar fórmulas alternativas a la judicial para la resolución de conflictos. Así, en la Recomendación R (81) 7 de 14 de mayo y R (86)12. De particular interés en nuestro caso es la Recomendación R (2001) 9 de 5 de septiembre en la que se aboga por extender las vías alternativas a la solución judicial a los conflictos entre autoridades administrativas y los ciudadanos. En su expositivo número 5 se hace referencia a la constatación de que en muchos Estados el gran número de asuntos que se acumulan ante los Tribunales que resuelven asuntos administrativos impide que los resuelvan en un tiempo razonable, vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Directiva 2008/52/CE del parlamento y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles también vincula la necesidad de implantar vías alternativas a la necesidad de hacer realidad el acceso de los ciudadanos europeos a la justicia. Finalmente en el mismo sentido cabe también citar la resolución del Parlamento Europeo de 13 septiembre 2011 sobre la aplicación de la directiva antes citada.

Especialmente relevante es el actual el artículo 112 de la ley 39/2015 (anterior artículo 107 de la ley 30/1992). Según este precepto, las leyes pueden sustituir el recurso de alzada o el de reposición por el procedimiento de mediación.

¹⁷ Esta problemática, el colapso de los sistemas de solución judicial de los conflictos, es por otro lado común tanto en los países de tendencia jurídica continental como en los países anglosajones. Vid al respecto AE Vilalta, Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación, en la obra colectiva "Materiales..." op.cit. pág. 38 y ss.

En estos casos el conflicto existe y la ley 39/2015 “habilita”, o tal vez mejor incita, a que otras leyes pueden sustituir las vías administrativas previas de los recursos de alzada o reposición por un procedimiento de autocomposición como el de mediación(el mismo precepto también se refiere a la conciliación o el arbitraje). De esta forma la ley administrativa se remite a una institución que está regulada en normas de derecho privado, de modo que integra este cauce previsto para solucionar conflictos interprivatos en la posible solución de conflictos que enfrentan a la Administración con los ciudadanos.

La realidad nos demuestra, sin embargo, que hasta el presente lo que el artículo 107 de la anterior ley 30/1992 previó con carácter general y abstracto, no se ha desarrollado. No existen leyes que hayan establecido la sustitución de los recursos administrativos por procedimientos de mediación.

a. Los límites a la mediación como vía para resolver conflictos.

Procede entrar ya en lo que constituye el núcleo central de este trabajo: analizar la viabilidad de la mediación para la solución de conflictos en los que es parte de la Administración.

La mediación, como hemos expuesto anteriormente, es un procedimiento de resolución de conflictos no judicial caracterizado por estar basado en la auto composición, ser voluntario para las partes que están en posición de igualdad y contar con un mediador imparcial y que actúa de forma neutra tratando de favorecer el acuerdo. El procedimiento debe garantizar la confidencialidad de los acuerdos trámite internos así como una tramitación fundada en la economía procedimental. El acuerdo final, en caso de alcanzarse, vincula a las partes.

Pues bien, debemos analizar ahora si estos principios pueden mantenerse en su integridad o en su mayoría cuando una de las partes del procedimiento de la mediación es una Administración pública que actúa sometida al derecho administrativo, de conformidad con lo que antes hemos expuesto, esto es, ejercitando las potestades que le atribuye el ordenamiento. Para llevar a cabo estas potestades (que implican a la vez poderes y deberes de actuación) la Administración goza de una posición singular, caracterizada por su autotutela declarativa y ejecutiva. Los actos de la Administración se presumen válidos y la propia Administración puede imponer su ejecución ante la resistencia de los particulares.

El conflicto que podría ser objeto de mediación se producirá, en su caso, cuando la Administración actúe en ejercicio de su potestad. El acto de aplicación de la norma creará la relación jurídico administrativa, y esta relación puede ser conflictiva. En este momento ¿podrá la Administración resolver sobre cómo revisar el ejercicio de su potestad a través de una mediación?. Pongamos un ejemplo. En el ejercicio de su potestad tributaria la Administración dicta un acto de liquidación de un determinado tributo. Surge en este momento una relación jurídica regida por el derecho administrativo que puede ser conflictiva. El sujeto particular grabado por la liquidación

puede impugnar el acto administrativo en sede administrativa y judicial. Pero ¿podría buscarse una solución alternativa a la vía judicial a través de la mediación?

Una primera objeción al recurso a la mediación para la resolución de conflictos sujetos al derecho administrativo reside precisamente en esta singular posición de la Administración, que impide aplicar de forma acrítica este instituto jurídico tal y como ha sido concebido y regulado para resolver conflictos entre sujetos privados.

La Exposición de Motivos de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles afirma que “el segundo eje de la mediación se encuentra en la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en la relaciones que son objeto del conflicto”. Los sujetos privados, habilitados por este principio dispositivo pueden pactar todo aquello que no sea contrario la ley y esté dentro del ámbito de sus derechos disponibles. Por ello, puede buscar el acuerdo a través de un mediador sin otro límite que el del carácter disponible del derecho sobre el que se negocia.

Pues bien, lo que afirma la Exposición de Motivos citada no es aplicable a la Administración. En la actividad de la Administración no puede perderse el papel central de la ley o de la norma en beneficio de una libertad de pacto para alcanzar una solución parcial con la que resolver un determinado conflicto.

El recurso a fórmulas autocompositivas de los conflictos tiene, por tanto, un primer gran límite cuando una de las partes es un Administración. La vinculación positiva de la Administración a la norma que otorga las potestades, reduce de manera muy importante la capacidad de modular su aplicación para lograr una solución acordada de un concreto conflicto. La norma no puede perder su papel central en aras de lograr una solución del conflicto, contra legem, lo que tampoco cabría en el ámbito privado, pero cuando actúa la Administración tampoco es posible en principio un acuerdo praeter legem, lo que sí sería posible la relaciones inter privados.

Otra manifestación derivada de la presencia de la Administración son los límites formales que se imponen a la posibilidad de cerrar el procedimiento de mediación mediante un acuerdo. El acuerdo final que podría poner fin al conflicto supone, de hecho, una transacción. Entendida la transacción como “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

Pues bien, la legislación general en materia administrativa exige que para poder transigir el órgano que quiere cerrar el acuerdo cuente con una autorización del órgano competente para permitir transigir.

Por tanto, no todo órgano administrativo tiene la competencia para poner fin a la mediación a través del acuerdo transaccional.

Además, de este requisito formal, el Consejo de Estado se ha encargado de establecer unos límites sustantivos generales a la posibilidad de transigir por parte de la

Administración. Así, en el Dictamen 41876/96 ha establecido tres requisitos fundamentales: que la relación jurídica sea incierta o se tenga por tal; que existe la intención de sustituirla por otra cierta y determinada, y que se dé una recíproca concesión para ambas partes¹⁸. ¿Cuándo podrá afirmarse que la aplicación concreta de una norma da lugar a una relación jurídica incierta? El simple hecho de que el acto administrativo sea susceptible de impugnación (todos lo son) no significa que la relación jurídica sea incierta.

Otro problema. La mediación debe respetar el principio de confidencialidad. Según el artículo nueve de la ley 5/2012 “el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial”. Las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Según el apartado segundo del mismo artículo 9 “ la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

Con este principio se pretende favorecer el acceso a la negociación, ya que lo que en la misma se aporte o manifieste con la finalidad de llegar a un acuerdo no tendrá consecuencias si finalmente no se alcanza el acuerdo y se decide plantear la resolución del conflicto en sede judicial.

El problema es que esta libertad opaca de manifestaciones dentro del procedimiento de mediación choca frontalmente con el principio de transparencia que se impone a toda actuación administrativa. La reciente ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno obliga a la Administración a dar cuenta de todas sus actuaciones. Si bien el acceso al expediente durante su tramitación está limitado a los interesados (artículo 35,a de la ley 30/1992) , y podría entenderse que el interesado es sólo la parte que participa en la mediación, el acceso a los archivos y registros una vez el expediente ha finalizado es un derecho de todos los ciudadanos (artículos 35,h y 37 de la ley 30/1992 y también en la actualidad artículo 12 de la ley 19/2013 de transparencia). Entre las excepciones a este derecho la ley no incluye los expedientes de mediación. Por tanto, todas las actuaciones que queden recogidas en el procedimiento de mediación, las actas que pueda formalizar el mediador, los documentos aportados y no devueltos¹⁹, así como el acta final, atendiendo al hecho de

¹⁸ Vid. Al respecto CLERIES, N. en la obra colectiva citada Materiales ...pág. 334. Con carácter general, LOPERENA, D. , La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, IVAP, 2000.

¹⁹ El artículo 22,1 de la ley 5/2012 establece que “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 de cuatro meses”.

que en la mediación participa una Administración, pueden considerarse como elementos de un procedimiento administrativo sujeto a los principios de transparencia ²⁰.

b. El problema de la voluntariedad. El recurso a la mediación depende en última instancia de la voluntad de las partes. Uno de los principios de la mediación es la voluntariedad. Por tanto, para que las partes decidan acudir a la mediación deben entender que este procedimiento alternativo a la vía judicial les ofrece ventajas significativas. Estas ventajas pueden vincularse a la solución final del conflicto (se participa en la configuración de la decisión final, se ofrecen renuncias a cambio de compensaciones que puedan tener mayor relevancia personal, se modula el rigor de la norma de aplicación que se adapta al caso concreto), y también al procedimiento para llegar al acuerdo (más rápido, menos costoso).

Desde esta perspectiva lo cierto es que la posición del ciudadano y de la Administración ante el posible recurso a la mediación es muy diversa. El ciudadano puede encontrar fácilmente argumentos sustantivos informales a favor de la mediación. La Administración, por el contrario, no se ve perjudicada en principio por el costo ni por la lentitud del procedimiento judicial. Si puede ser sensible la Administración a la mediación desde la perspectiva de una mayor rapidez en procesos de recaudación, o para pacificar conflictos generales especialmente complejos. Pero en todo caso la cultura administrativa es la de la sujeción estricta lo dispuesto en la norma, así como a la presunción de validez del acto que adopta aplicando el precepto normativo de referencia.

Ello no significa que la Administración no entre nunca en procesos negociadores cuando surge un conflicto. A la Administración también le interesa evitar litigios, obtener el pago de cantidades que puedan quedar demoradas y con cierta inseguridad sobre el resultado final si no se pacta. Pero en último término sino de una clara ventaja en el acuerdo, se entiende que la norma ampara su decisión, no acudirá a la mediación y remitirá al ciudadano a la reclamación judicial...”si no está de acuerdo, que recurra”. Esto lo que ofrece el sistema jurídico como garantía ante la actividad administrativa. Las cifras sobre el colapso judicial o el hecho de que determinados asuntos de escasa cuantía no justifiquen los costos de la vía judicial, es algo que en términos generales no preocupa directamente a la Administración que no deja de sentirse cómoda en este escenario.

c. El difícil recurso a la mediación.

Como corolario de lo que acabamos de exponer podemos afirmar que nos encontramos con el tradicional rechazo a las formas generales sobre mediación, al recurso a esta

²⁰ En este sentido la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, 19/2013 de 9 de diciembre, al regular el derecho de acceso a la información pública - artículos 12 a 24, no establece ningún límite por el hecho de tratarse de información contenida en un procedimiento de mediación, aunque si reconoce como límite al derecho de acceso “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”, artículo 14,1-k.

institución en el ámbito de las relaciones sujetas al derecho administrativo. La mediación ha nacido y se ha desarrollado en el seno de las relaciones civiles y mercantiles, y las normas que han configurado el procedimiento de mediación han ignorado su aplicación a las relaciones de derecho administrativo. Así, la Directiva 2008/52/CE establece en su artículo 1.2 que no se aplicará en particular “a los asuntos fiscales, aduaneros administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana”. La ley estatal 5/2012 por su parte establece en su artículo 2.2 que queda excluida del ámbito de aplicación de la ley “la mediación con las Administraciones públicas.

Es cierto que lentamente van surgiendo voces y textos a favor de extender la mediación a la resolución de conflictos en los que sea parte la Administración. Así, la Recomendación ya citada Rec (2001) 9 del Consejo de Europa, dirigida a los Estados miembros, en la que ampliando lo dispuesto en sus recomendaciones anteriores R (81) 7 y R (86) 12, constata el colapso de la vía judicial y el hecho de que no siempre esta vía será la más apropiada para resolver conflictos en los que es parte la Administración. Por ello, recomienda extender el recurso a medios alternativos para la solución de este tipo de conflictos²¹.

Esta Recomendación, no obstante, se refiere en general a todo tipo de medios alternativos a la solución judicial: conciliación, mediación, arbitraje y acuerdos negociados, sin especificar las diferencias entre conciliación e intermediación. Por otra parte acota el ámbito material, de forma ejemplificativa, a los asuntos relativos a actos administrativos singulares, contratos, responsabilidad civil y reclamaciones de cantidad.

Por el momento, en el ordenamiento interno no contamos con normas sectoriales que impulsen la mediación en la resolución de conflictos con la Administración²².

d. Algunos ámbitos en los que podría acudir a la mediación.

Llegados a este punto, y de acuerdo con lo que acabamos de exponer, parece necesario formular la siguiente pregunta ¿existe algún ámbito material, dentro de las relaciones de derecho público, en el que la mediación pueda ser una alternativa eficaz a los métodos heterocompositivos de resolución de los conflictos? .

A nuestro entender si existe este ámbito propicio para la mediación, pero es un ámbito limitado y, además (y sobre esto volveremos en las conclusiones de este trabajo), puede ser ocupado más eficazmente por otras técnicas alternativas a la resolución judicial.

Como hemos destacado en las páginas anteriores la principal objeción al recurso a la mediación en las relaciones sujetas a derecho público es la singularidad de la

²¹ Es significativo que en el expositivo 10 se afirme lo siguiente: “considering that the use of alternative means should not serve administrative authorities or private as a means of avoiding their obligations or the rule of law”.

²² Si nos aparece la referencia al arbitraje en la legislación de contratos del sector público, RDL 3/2011, art. 50, pero limitada esta posibilidad a los contratos sujetos al derecho privado.

Administración en tanto sujeto vinculado positivamente a la ley, y que por tanto carece de libre disposición en el ejercicio de sus potestad.

Además, si la mediación debe finalizar a través de un acuerdo, se plantea el problema formal de que la transacción de estar prevista en una ley específica y su ejercicio queda sujeto a autorización previa.

No obstante, creemos que es posible llevar a cabo una interpretación flexible de la vinculación positiva de la administración a la norma y en este sentido entender que en determinados supuestos goza de un margen de aplicación que le permite llegar a acuerdos sin situarse fuera del mandato normativo. Siempre que la norma habilite para alcanzar diversas soluciones igualmente correctas, o utilice conceptos jurídicos indeterminados, la administración podrá llegar a acuerdos para concretar la solución final. Por ello entendemos que la mediación debería admitirse también en los supuestos de relaciones singulares en los que la norma exige un proceso de concreción para dictar el acto administrativo que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, siempre que esta decisión no afecta derechos e intereses de terceros.

Así, por ejemplo, en los supuestos de reclamaciones de cantidad planteadas a la Administración, ya sea como consecuencia de una acción de responsabilidad contractual o extra contractual, o en los casos de litigio surgidos en la ejecución de un contrato. También en supuestos en los que debe acordarse la provisión de algún servicio personal, pudiendo negociarse qué tipo de servicio, la duración, lugar de prestación. Así, por ejemplo, en los conflictos en torno a los servicios a prestar según la legislación de dependencia, servicios sanitarios o escolares.

La cuestión formal, la reserva de ley para poder transaccional, se puede superar entendiendo que la ley General que admite la mediación ya supone autorizar la transacción o el acuerdo por el que se pone fin al procedimiento de mediación.

Si como hemos dicho tenemos en cuenta que este trabajo se incluye en una obra general sobre los medios alternativos para la resolución de conflictos en el ámbito tributario añadiremos algunas consideraciones finales sobre la posibilidad de la mediación en esta materia tributaria.

El recurso a la mediación podría plantearse en materia tributaria en relación a actos como la liquidación tributaria goma sanciones, providencias de apremio, delegación de beneficios fiscales o devolución de tributos. En todos estos casos la decisión administrativa puede dar lugar a un conflicto, y éste podría ser susceptible de mediación con el fin de acordar el contenido del acto administrativo dentro del marco de la legalidad. Se puede acudir a la mediación para, por ejemplo, acordar los hechos que da lugar a la liquidación, aguardar la cuantía de la sanción (dentro de los márgenes normativos) y su forma de pago, quizá el alcance de un beneficio fiscal. A la

administración deberá exigirse que motive las razones de su acuerdo, su vinculación a fines de interés general. Pero con estos límites y cargas, nada parece que deba impedir de forma radical la posibilidad de introducir técnicas de mediación para resolver conflictos en que esté presente la Administración.

En cualquier caso, articular un recurso alternativo a la vía judicial es una necesidad urgente, en particular para los conflictos de escasa cuantía económica. Nadie pleitea por la cuantía inferior a 3000 euros. Debe ofrecerse especialmente para estos casos una vía alternativa rápida, gratuita y con garantías de que el órgano o la persona que resolverá el conflicto actúa desde el conocimiento de la materia y la imparcialidad. Además, como ya hemos apuntado, esta fórmula de resolver el conflicto puede también ser rentable para la administración, en la medida en que puede recaudar de forma más rápida y con más garantías.

e. Algunos ejemplos.

Siguiendo en este punto a Agudo González²³ podemos citar dos supuestos en los que la legislación contempla la mediación institucional para resolver conflictos de naturaleza administrativa. Así, el artículo 28 de la ley 2/2013 de 29 de mayo de renovación y modernización turística de Canarias, los artículos 42 y 43 de la ley 19/2014 de 29 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

C. La mediación intrajudicial.

Por último hay que hacer referencia a la distinción entre la mediación previa a la vía judicial, y la llamada mediación intrajudicial. Ciertamente esta última no deja de ser en sí misma contradictoria con el sentido general de la mediación, como vía alternativa al conflicto judicial. De hecho, en este caso al tratar de derivar la resolución judicial a una mediación externa, lo que se busca es una forma alternativa a las ya existentes para poner fin a un recurso judicial en sede contencioso administrativa (sentencia, allanamiento, desistimiento). En todo caso puede hablarse de una variante de la mediación caracterizada por desarrollarse dentro de un procedimiento judicial en curso y por ser impulsada por el juez o tribunal que debe resolver el litigio intrajudicial²⁴.

En relación a esta variante de la mediación tan sólo queremos dejar constancia del interés que tiene el seguimiento de las experiencias en curso a partir de la iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, que ha elaborado un “Protocolo de actuación para la implantación de un proyecto de mediación en la jurisdicción contencioso administrativa”. Como consecuencia del mismo se han elaborado unas bases de

²³ AGUDO GONZÁLEZ, J. op.cit. pág. 424 y 425.

²⁴ Sobre la mediación intrajudicial vid. ORTUÑO, P. La mediación intrajudicial, en la obra colectiva citada, Materiales... pág. 131 a 140, y PÉREZ MORENO, A. Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso, Revista andaluza de administración pública, nº 37, 2000, pág. 11 a 37.

actuación para llevar a cabo la mediación en el proceso contencioso administrativo, bases que fueron redactadas por el Sr. Gerardo Carballo Martínez (Asesor del Defensor del Pueblo de España) y por la Sra. María Concepción García Vicario, Presidenta de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos. La Fundación Valsain ha llevado a cabo también importantes aportaciones en esta misma materia, y se están llevado a cabo ya experiencias piloto en algunos Tribunales Superiores de Justicia²⁵.

V.- Conclusiones.

a.-La mediación es un medio alternativo de resolución de conflictos por el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador que actúa como tercero independiente.

b.-La mediación no puede identificarse con todo procedimiento paccionado de actuación administrativa, ni con el control por un tercero de la actividad administrativa, ya sea el control en vía de recurso administrativo o judicial. La mediación no trata de asegurar la corrección jurídica de la actuación administrativa, ni busca la mejor aplicación de la norma entre las posibles para resolver un conflicto, ya que lo que busca es la aplicación de la norma que más satisfaga a las partes de entre las legalmente posibles. La mediación trata de evitar o solventar un conflicto a través del acuerdo de las partes enfrentadas.

c.- La mediación también difiere de la participación en el procedimiento administrativo o de la finalización convencional de un procedimiento. En estos casos normalmente se lleva a cabo una negociación directa entre la Administración y los sujetos afectados, manteniendo la Administración su posición preeminente, aunque abierta a escuchar los intereses de los sujetos afectados.

La mediación supone, por contra, que las partes enfrentadas tratan de llegar a un acuerdo con la intervención de un mediador.

d.- La mediación es difícilmente aplicable cuando una de las partes es la Administración, dada la sujeción de la misma al principio de legalidad, que la vincula positivamente al ordenamiento jurídico. La Administración ejerce potestades, no es un sujeto que actúa libremente en las relaciones sociales con el único límite de no incurrir en una prohibición. Por tanto, debe actuar según lo que la norma le habilita a hacer y tratando de perseguir en todo caso fines de interés general (que no pueden ceder ante el interés de llegar a un acuerdo concreto que evite un conflicto singular).

²⁵ Especialmente relevante me parece que en el sistema francés se esté desarrollando este tipo de mediación. Vid. al respecto la ley de 18 de noviembre de 2016 y los trabajos del Centre de mediation du barreau de Saint-Denis.

Por otra parte la realidad es que en la actualidad no existe una cultura favorable a la mediación. La figura del mediador se ve como algo extraño dentro de un cauce formalizado de resolución de conflictos basado en reglas de derecho administrativo (el recurso administrativo). Los representantes legales de las partes enfrentadas conocen los límites legales de la mediación y desconfían de la utilidad de un mediador.

e. Pueden diferenciarse tres posibles utilizaciones del instituto de la mediación.

- La mediación como mecanismo que pretende evitar un conflicto.
- La mediación como mecanismo que trata de dar solución a un conflicto.
- La mediación intra-judicial.