

# **Propuestas para una mediación administrativa: Los recursos administrativos como campo óptimo de implantación**

*Héctor Iglesias Sevillano*

Área de Derecho administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.  
Becario del Real Colegio de España en Bolonia. Abogado.

I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. 1. Planteamiento del problema. 2. Los recursos administrativos en el Derecho administrativo español actual. A. Breve referencia a los recursos administrativos como manifestación tradicional del privilegio de autotutela. B. Los recursos administrativos como garantía de la legalidad y sus manifestaciones modernas: los tribunales administrativos. II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA. 3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Público. En especial, la mediación. 4. Los mecanismos concretos: la negociación directa interesado-órgano competente para resolver el recurso como método de control de la discrecionalidad y de la racionalización de las decisiones sobre el fondo. 5. El acuerdo interesado-órgano. Efectos para las partes y para terceros. 6. La formación de un concepto de mediación en el Derecho público como sub-concepto de la mediación civil y mercantil. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo aborda la posible solución de la ineficacia de los recursos administrativos introduciendo mecanismos de mediación en la Administración Pública. La doctrina ha venido sobre este punto reiteradamente en los últimos veinte años, sin grandes avances. Se discute la compatibilidad de la mediación con el principio de legalidad de la Administración, la posibilidad o no de confluir los intereses generales con el interés particular, la igualdad de los interesados en distintos procedimientos tras la transacción, la designación y el estatuto del mediador, proponiéndose habitualmente al Defensor del Pueblo para esta tarea, y se cuestiona la misma utilidad de los preceptos que ya existen en el Derecho administrativo español para amparar la mediación o la solución transaccional de controversias.

Palabras clave: recursos administrativos, resolución extrajudicial de controversias, mediación administrativa, principio de legalidad, intereses generales.

Abstract: The presented work deals with the possible solution to the inefficacy of administrative review introducing mediation mechanisms within the Public

Administration. Authors have come through this point repeatedly in the last twenty years, with no relevant progress. Compatibility of mediation and the administrative legal principle is controverted, as well as the possibility of a confluence between public and individual interests, the equality of interested parties in different proceedings after the transaction, appointment and statutory regime of the mediator, including proposals to give this work to ombudsmen. On the other hand, the utility of the rules already existent in Spanish Administrative Law for this purpose is under question.

Key words: administrative review, non-judicial resolution of controversies, administrative mediation, legality principle, general interests.

## I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

### 1. Planteamiento del problema.

La tesis que mantengo en el presente trabajo puede resumirse en un sólo párrafo, y consiste en dos premisas y una conclusión. Las dos premisas son, la primera, que los recursos administrativos son ineficaces, y la segunda, que la mediación puede ser una oportunidad para que la vía administrativa cumpla su función. La conclusión, es que aunque en el procedimiento administrativo español vigente ya existen en vía de recurso mecanismos que permiten la participación de los interesados en la elaboración del acto que resuelva el recurso, éstos son deficientes e insuficientes, y es ineludible acudir a soluciones *de lege ferenda*.

Hasta aquí, nada nuevo. De las dos premisas, la primera es una absoluta obviedad, ya sobradamente reiterada<sup>1</sup>; la segunda ha sido también tratada insistentemente por la doctrina. Y sobre la conclusión, ha habido intentos de aproximación, ninguno

---

<sup>1</sup> Sobre la ineficacia de los recursos administrativos, basta con una referencia a las estimaciones aportadas por el fundamental trabajo de Díez Sastre, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2015. Y en las mismas ideas insiste su recentísimo sucesor, Díez Sastre, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2016, Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial y Derechos Fundamentales*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2016. En realidad, el primer problema que aparece en la vía administrativa es la absoluta falta de datos, que quedan al margen de cualquier registro y sólo pueden rastrearse a través de las resoluciones judiciales que se producen en el marco de los procesos contencioso-administrativos que siguen a los recursos, y aún así aún éstas son escuetísimas en cuanto a los datos de la vía administrativa (vid. Informe 2016, pág.26). Al contrario parece suceder cuando estos recursos los resuelven Tribunales administrativos, especialmente los económico-administrativos y los Tribunales de recursos contractuales. De hecho, una de las observaciones relevantes de este nuevo Informe es que ante los órganos de recursos administrativos contractuales, de los que hablaré más adelante, incluso disminuye el número de inadmisiones, lo que dice mucho de su eficacia (pág. 136). Pero como explicaré más adelante, el éxito de estos órganos no autoriza la desatención hacia otras vías de reforma de la vía administrativa.

completamente satisfactorio<sup>2</sup>. Resulta difícil encontrar huecos en el procedimien-

<sup>2</sup> La atención doctrinal a los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo ha sido profusa, y probablemente sólo una modificación legislativa puede permitir avanzar un paso más allá. Los primeros trabajos, que yo conozca, aparecen a finales de los años ochenta y el artífice de las primeras propuestas es TORNOS MAS, Joaquín, “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona*, 6, 1989 y TORNOS MAS, Joaquín, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, 136, 1995, y más tarde ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, MacGraw Hill. Madrid, 1997 y PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999. Pero el gran clásico en la materia -como era de esperar de su *alma mater*- es HUERGO LORA, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000, quien últimamente ha actualizado sus propuestas en HUERGO LORA, Alejandro, “La resolución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas en 2015”, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015. Esta última ha aparecido al albur del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015 y en gran medida centrado en esta materia; entre las Actas de este mismo Congreso aparecen otros trabajos reveladores, sobre todo BERMEJO VERA, José, “La resolución extrajudicial de conflictos”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015 y BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015 y BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, éste último centrado en la mediación, y con varios precedentes en BELANDO GARÍN, Beatriz, “El supuesto arbitraje administrativo de la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, en *La Ley*, 7504, 2010, BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, en *Revista de Administración Pública*, 189, 2012, BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa desde la perspectiva de los Letrados”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, 13, 2012. Merece la pena mencionar también los trabajos de BARNES, Javier, “*El procedimiento administrativo en transformación*”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global (Global law press). Sevilla, 2008, sobre la mediación como procedimiento idóneo en sectores especiales, ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, “El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 2012 y los de CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi Monografías. Pamplona, 2008 y CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013), muy focalizados en el posible papel del Defensor del Pueblo en la mediación. DEL OLMO ALONSO, Jesús, *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo*, (tesis doctoral inédita), Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2004, ha hecho un estudio de todos los medios alternativos de resolución de controversias, pero prestando especial atención al modelo de la doctrina norteamericana. Sobre los intentos de encajar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, hay muchos en la bibliografía citada, pero también pueden encontrarse varios en esta línea, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la vía administrativa, especialmente en el caso de la mediación, y aún particularmente en el marco de los recursos administrativos, han tratado recientemente GAMERO CASADO, Eduardo, “Apunte sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos en el empleo público”, en *Revista de Administración Pública*, 170, 2006; MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, en *Revista de Administración Pública*, 178, 2009; BELTRÁN AGUI-

to administrativo español en los que puedan integrarse los métodos alternativos de resolución de conflictos, que como norma general no está diseñado para permitir una negociación entre el interesado y la Administración. Pero hay dos excepciones: la primera, los mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje que el legislador ha intentado introducir con carácter general; y la segunda, algunos mecanismos de negociación sectoriales, cuya utilidad parece mayor. De todos ellos trataré más tarde.

PÉREZ MORENO resumió los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo (con referencia especial al arbitraje) en tres tipos: la función arbitral de la Administración, la resolución de recursos administrativos -o su alternativa a éstos- y el control de la actividad administrativa, distinta de la judicial<sup>3</sup>. En este trabajo vamos a centrarnos en la segunda. Todas estas instituciones han sido ya bien estudiadas por la doctrina, por lo general resaltando su inutilidad, lo que hace que la materia se agote rápido. Evidentemente, si a la Administración no le interesa transaccionar, los acuerdos son inhabituales y su regulación administrativa es ambigua y poco ambiciosa, pocas aportaciones doctrinales se pueden hacer. Pero el hecho es que -en parte gracias a la doctrina comparada- hay en España importantes estudios en la materia, aunque la mayoría sean escasamente aplicables a las normas actuales, de ahí su escasa realidad en la práctica jurídica. La novedad a la que aspira el presente trabajo es aplicar esa doctrina ya elaborada a la consolidación de la mediación civil y mercantil en la Ley 5/2012. Naturalmente, no se nos escapa que esta norma excluye su aplicación a las Administraciones Públicas (artículo 2.2.c) y que los principios que rigen la actividad administrativa impiden en todo caso que se le aplique la regulación privada. Pero sí que tiene la virtud de consolidar el concepto de mediación en España, dándonos un punto de partida para adaptarla a los principios de Derecho administrativo. Ese es el fundamento de la propuesta de *lege ferenda* que hacemos en este trabajo.

---

RRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 2014 y AVILÉS NAVARRO, María, *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2015, CHOZAS ALONSO, José María, “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la Universidad Complutense de Madrid”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, 2015, y en AGUDO GONZÁLEZ, J. (dir.) (2016): *Control administrativo y justicia administrativa*, Madrid: INAP. En todo caso, la irrupción de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo es imparable, hasta el punto de que se ha propuesto la negociación como metodología educativa de los futuros abogados (COMINELLI, Luigi, “Training Young Lawyers in the European Mediation Framework: It’s Time to Devise a New Pedagogy for Conflict Management and Dispute Resolution”, en *The Italian Law Journal*, 1, 2016 y el citado BELANDO GARÍN (2012).

<sup>3</sup> PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999, pág. 111.

Este planteamiento nos lleva necesariamente a una determinada concepción del Derecho administrativo como sistema. El Derecho administrativo vigente es heredero de los dogmas clásicos: un Derecho estatutario, en el que prima el principio de autotutela y la posición privilegiada de la Administración, imponiéndose ante un interesado que es considerado más como administrado que como ciudadano. Los recursos administrativos han sido tradicionalmente uno de los grandes exponentes de esos privilegios de la Administración Pública, dificultando y ralentizando el acceso a la jurisdicción. Y eso sin que la vía administrativa aporte ningún beneficio real al recurrente, sino todo lo contrario.

Últimamente, este sistema está siendo depurado a través de la creación de órganos independientes (al menos teóricamente) dentro de la propia Administración Pública, a los que se les da una forma similar a los órganos judiciales y se les atribuye la resolución de los recursos administrativos. A día de hoy, la vía administrativa sigue considerándose principalmente (aunque no sólo) como un mecanismo de revisión de la legalidad del acto. Esto explica la progresiva asimilación de estos Tribunales administrativos a los órganos judiciales (tanto a nivel nacional como, muy especialmente, europeo), y mejora desde luego las garantías del recurso. Pero al mismo tiempo reafirma la posición privilegiada de la Administración, que aunque bajo un régimen más garantista, sigue imponiendo a través de la vía administrativa de recursos un límite al acceso a la jurisdicción del recurrente.

Sin embargo, el planteamiento del presente trabajo es otro. El Derecho administrativo no debe verse ya como un Derecho estatutario que regula la posición (privilegiada) de la Administración, y eventualmente se intenta limitar esos privilegios en aras de la protección de los ciudadanos. Debe concebirse como un Derecho relacional, es decir, que regula las relaciones entre los ciudadanos (en su condición de interesados) y la Administración<sup>4</sup>, y añadido, exactamente por este orden, pensando en los ciudadanos en primer término. El Derecho administrativo debe ser el producto de la participación del ciudadano en la elaboración de las decisiones en las que adopta la posición de interesado, pero sin que éste pueda llegar a apropiarse del contenido del acto imponiendo sus intereses individuales a los intereses generales (a los que, al fin y al cabo, la Administración sirve, ex art. 103.1 de la Constitución<sup>5</sup>).

<sup>4</sup> En este sentido, GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José, *Tratado de Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008 (obra completa), pág. 39), quien define el Derecho administrativo partiendo el concepto de función administrativa atribuida a la Administración y sus entidades dependientes o vinculadas (pág. 29), pero considera que su objeto son sus relaciones jurídicas con los ciudadanos.

<sup>5</sup> Y que, por cierto, abarcan al propio interesado. Es decir, que todo ciudadano con condición de interesado tiene en el procedimiento administrativo una suerte de doble posición: la que deriva de sus intereses particulares, y la que deriva del interés general, pues en este interés general está incluido el suyo propio en la medida en que participa de aquél. Claro está que esta participación en el interés general es

El objetivo de este trabajo, por lo tanto, es formular una aportación para que la vía administrativa pueda cumplir una función más allá del control de la legalidad, integrando en el acto que resuelva el recurso la concurrencia de los intereses del recurrente y los intereses generales, defendidos por la Administración. El recurso deberá controlar la legalidad del acto recurrido, eso sin duda, pero su objeto debe ser también una completa revisión del fondo en el que la Administración llegue a una solución consensuada con el interesado.

El recurso administrativo es, de hecho, la mejor ocasión para esta negociación, mejor incluso que la adopción del acto administrativo original. Esta afirmación merece una explicación. En efecto, en el procedimiento de adopción del acto original pueden primar razones de interés público para que la Administración se alce cuanto antes con un acto ejecutable. La eficiencia o celeridad pueden hacer desaconsejable que el procedimiento se someta a una negociación, que además puede distorsionar el procedimiento mismo de adopción del acto (dictámenes e informes preceptivos, artículo 79 de la Ley 39/2015, por ejemplo). Lo ideal es que la Administración forme su voluntad mediante su propio procedimiento, que es al fin y al cabo el método de formación de su voluntad. Sin embargo, el acto que resuelve el recurso es perfecto para la mediación y la transacción con el interesado. Por un lado, el procedimiento es mucho más simple y no requiere -o no suele requerir- dictámenes o informes preceptivos: estos son actos de trámite propios de la formación de la voluntad realizada en el acto original. Por otro, la contraposición de intereses entre la Administración y el interesado sólo queda clara desde que existe un acto. Y por último, lo más importante es que el acto por el que se resuelva el recurso está destinado a causar estado en vía administrativa, lo que hace ya indispensable la participación del interesado en la toma de la decisión que le afecta. En el recurso administrativo debe verse una oportunidad para la reflexión detenida y la búsqueda de la confluencia de intereses entre interesado y Administración.

Este será, por lo tanto, el objetivo del presente trabajo: demostrar que, a través de los mecanismos vigentes del participación del interesado en el procedimiento administrativo (principalmente, la audiencia en vía administrativa), es posible dar entrada a sus intereses, alcanzando una solución consensuada, y dando lugar a un acto administrativo que resuelva el recurso con un mayor grado de satisfacción para ambas partes de la que se comprueba en la actual vía administrativa.

---

perfectamente distinta y distinguible de su interés particular. Este es un punto de vista que, a mi parecer, es relevante para entender cualquier negociación entre Administración y ciudadano, porque éste último desde luego defiende sus propios intereses, pero también participa de los intereses generales representados por la Administración.

A efectos de lograr este fin, seguiré el siguiente plan. En primer lugar, expondré lo caracteres básicos de los recursos administrativos en nuestro ordenamiento, tanto en su concepción tradicional (garantía y carga) como su evolución en los Tribunales administrativos. En segundo lugar, la posición de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho público español. Y por último, las posibles propuestas para encauzar una concurrencia negociada de intereses entre el ciudadano y la Administración en un acto administrativo en concreto.

## 2. Los recursos administrativos en el Derecho administrativo español actual.

A. Breve referencia a los recursos administrativos como manifestación tradicional del privilegio de autotutela.

Como parece evidente, los recursos administrativos sirven, en el marco de nuestro sistema constitucional, como instrumento de autocontrol de la Administración, y como vía para evitar la acumulación de recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>6</sup>. Sin embargo, esto está lejos de ser una realidad. Ya he citado doctrina que ha demostrado, empíricamente y con datos, la ineficacia de los recursos administrativos, lo que en todo caso no deja de ser un lugar común<sup>7</sup>.

Los motivos por los que esto ha sucedido pueden ser de dos tipos: jurídicos y extrajurídicos. Comenzaré por los extrajurídicos, y seré breve. Es difícil ser más explícito que SANTAMARÍA PASTOR: “es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones el no transigir nunca”<sup>8</sup>. Por lo tanto, es cierto que el problema del sistema español de recursos administrativos se puede reconducir en parte a un problema de actitud o idiosincrasia de nuestras Administraciones. No obstante, es una exigencia para un análisis riguroso reexaminar los orígenes y justificación jurídica de los recursos administrativos. En cuanto a su función, hay acuerdo en que la vía administrativa (o gubernativa, como se la conoció históricamente) es una garantía para el administrado, porque permite la reacción de éste frente al acto administrativo,

<sup>6</sup> Así GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y otros., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons. Madrid, 2001, pág. 307).

<sup>7</sup> Vid. nota 1.

<sup>8</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015, pág. 45. Para mayor desarrollo de las críticas de este autor a la actitud de nuestras Administraciones ante el sistema el sistema de recursos administrativos, vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comentario. Iustel. Madrid, 2010.

pero al mismo tiempo es una carga que le impide acceder directamente a la revisión plena de la legalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>9</sup>.

En realidad, como es obvio, a través de la llamada vía gubernativa la Administración decide sobre la validez de sus propios actos, lo cual no sólo no garantiza la independencia del órgano que resuelve, sino que no deja de ser una manifestación del viejo principio *jurer a l'Administration c'est encore administrer*. Mediante la autotutela en vía gubernativa la Administración se juzga a sí misma, y es difícil ver en qué medida puede ser esto una garantía para los ciudadanos.

El otro frente jurídico por el que atacar los recursos administrativos se fundamenta en determinar cuál es exactamente su función. O mejor dicho, cuál es su objeto. ¿Se trata exclusivamente de revisar la legalidad del acto, o se produce también una revisión del fondo?<sup>10</sup> Creo decididamente que la respuesta a esta pregunta es la segunda, y es en el debate de fondo donde los métodos alternativos de resolución de conflictos van a tener la mejor parte. A este respecto, hay una fuerte tensión entre los artículos 112.1 y 119.3 de la Ley 39/2015 (correspondientes con los antiguos artículos 107.1 y 113.3 de la Ley 30/1992).

Por un lado, el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 apuesta nítidamente por el control de legalidad, cuando exige que el recurso se funde no sólo en Derecho, sino específicamente en una causa de nulidad o anulabilidad: “1. *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la*

<sup>9</sup> VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho administrativo*, autoedición, Madrid, 1977, pág. 174 argumenta que los recursos administrativos contribuyen al sistema de garantías activas con las que cuenta el administrado, aunque no muy eficazmente (vid. también VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho administrativo*, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed., Madrid, 1987); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, (Vols. I y II) 15ª ed. Madrid, 2011, pág. 537) recuerdan que la obligatoriedad de los recursos administrativos ha sido siempre seña de identidad del Derecho administrativo español, a diferencia del francés o el italiano, donde han sido por lo general potestativos. Con estos precedentes, parece difícil que los tradicionales recursos administrativos sirvan para satisfacer los intereses del recurrente.

<sup>10</sup> Que los recursos administrativos pueden abordar el fondo del asunto es evidente ya en las exposiciones más clásicas. Por poner un ejemplo de la doctrina española, GASCÓN Y MARÍN, José, *Derecho Administrativo* (2 vol.), C. Bermejo, Madrid, 1933, 511 afirma que “*el recurso constituye la vía jurídica para garantía de los derechos e intereses de los administrados*”, pero en el caso de los recursos gubernativos (es decir, los administrativos) constituyen una “*verdadera segunda instancia, en la que el asunto es examinado de nuevo y se puede dictar una nueva resolución que resuelva en cuanto al fondo del mismo*”. En los recursos gubernativos se ejercita un control de tutela, mientras que el contencioso-administrativo es un mero medio de fiscalización de la legalidad del acto. Por eso considero equivocada la excesiva judicialización de la vía administrativa, que enfatiza el control de legalidad, pero resta importancia al control de fondo. Y es precisamente en este control de fondo donde el recurrente tiene mayores posibilidades de hacer valer, no sólo sus derechos conforme a la Ley, sino sus intereses como parte.

*imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, **que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad** previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.”.*

Este precepto no es sorprendente, precisamente porque lo que pretendió la vía administrativa desde el principio fue sustraer, o al menos retrasar, el control de la legalidad de los actos administrativos del control de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso, y en ningún caso mejorar la resolución sobre el fondo. Pero he aquí que el artículo 119.3 de la Ley 39/2015 abre la puerta a un control de fondo del acto: “3. *El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.*”.

Queda claro, creo, que la interpretación sistemática de ambos preceptos exige entender que la resolución del recurso administrativo no debe limitarse a un mero control de legalidad, pues puede y debe en su caso valorar el fondo del asunto. Ahora bien, hay en estos preceptos, creo, una manifestación de la autotutela que es necesario superar.

Esta manifestación de la autotutela de la que hablo es la siguiente: el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 exige fundar el recurso en Derecho al recurrente, pero si el recurso no debe versar exclusivamente sobre el control de la legalidad del acto ¿cuál es la función de esta norma? Parece evidente que es limitar el acceso del interesado al recurso. La Ley no quiere que el recurso administrativo se convierta en un juicio de oportunidad del acto. Pero al mismo tiempo, la Ley no sólo reconoce que el juicio de fondo es posible en el artículo 119.3 de la misma Ley 39/2015, sino que exige al órgano que resuelva sobre “*cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados*”. Obviamente, hay una posición demasiado privilegiada de la Administración cuando los interesados no pueden alegar en su recurso cuestiones de fondo, pero la propia Ley reconoce que estas cuestiones pueden y deben ser tratadas por el órgano, eso sí, a su exclusivo parecer. Naturalmente, sería mucho más razonable permitir al recurrente fundar su recurso en cuestiones de fondo, si al fin y al cabo el órgano puede resolver sobre ellas.

Se observa ya cuál es el problema de los recursos administrativos: se justifican históricamente como una garantía para el recurrente, pero le ofrecen muy pocas posibilidades a éste, y muchas a la Administración. El recurrente sólo puede alegar motivos de nulidad o anulabilidad, pero la Administración puede resolver de oficio sobre cualesquiera cuestiones plantee el procedimiento; el recurrente puede acceder a la vía administrativa para alegar vicios de validez del acto, pero en realidad lo que

logra la Administración es retardar la llegada del conflicto a la jurisdicción contencioso-administrativa y, entre tanto, ejecutar el acto, pues como también es bien sabido raras veces se suspende la ejecutividad de los actos recurridos en vía administrativa. La Administración, en definitiva, decide en los recursos administrativos sobre sus propios errores, con pocas garantías para el administrado.

B. Los recursos administrativos como garantía de la legalidad y sus manifestaciones modernas: los tribunales administrativos.

A pesar de todo, la percepción de los recursos como una garantía de la legalidad es creciente, como demuestra su evolución. Se entiende que no puede haber mayor garantía para el recurrente que su asimilación al proceso jurisdiccional resuelto por un órgano administrativo *similar* a un órgano judicial, y se ignora el interés que el recurrente tiene en la decisión de fondo, especialmente si el acto es discrecional. A estos dos procesos los denominaré *jurisdiccionalización* y *judicialización*.

El mejor ejemplo de este proceso es el moderno fenómeno de los Tribunales administrativos, que efectivamente han mejorado, y mucho, el panorama del control de legalidad de la actividad administrativa. Sin embargo, nunca llegan al grado de control de la actividad administrativa de los Tribunales ordinarios, porque son siempre más deferentes (es decir, controlan menos el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración).

Los Tribunales Administrativos pueden estudiarse desde diferentes perspectivas. Aquí mencionaré muy brevemente dos. Una de ellas es tomar modelos comparados. En este caso, el ejemplo recurrente es el sistema inglés de *Administrative Tribunals*. Se trata de diversos Tribunales Administrativos que resuelven, desde dentro de la Administración, multitud de conflictos de Derecho administrativo altamente técnicos con un razonable grado de independencia, pero en todo caso bien diferenciados del sistema de *judicial review*. Estos Tribunales son uno de los posibles referentes para una reforma de la vía administrativa, especialmente porque no sólo tiene cabida en ellos el control de la legalidad, sino una concepción mucho más amplia de la justicia administrativa<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Así lo ha hecho recientemente TORNOS MAS en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP. Madrid, 2016, pág. 153 y ss), citado más arriba. La conclusión más valiosa que puede extraerse de los estudios de los *Administrative Tribunals* es que ya se plantean en la doctrina anglosajona muchos de los vicios de la vía administrativa tradicional, y muchas de las virtudes de las nuevas concepciones de este control. La doctrina administrativa inglesa y los informes más importantes (*Frank Report; Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, Explanatory Notes*; entre otras muchas) han entendido desde el principio que la justicia administrativa debe regir todo el procedimiento, y no sólo el acto que resuelve y sus sistemas de control. La aportación fundamental de la doctrina administrativa inglesa ha sido la contraposición de la *Green Light* y la *Red Light theory*. No basta un mero control de legalidad para lograr una Administración pública que actúe *con* justicia: vale más un procedimiento administrativo *fundado* en los prin-

El otro gran modelo, y desde luego el fundamental en el Derecho administrativo español vigente, son los Tribunales Administrativos que han surgido en los últimos años por influencia del Derecho europeo, y especialmente como consecuencia de la transposición de la llamada Directiva de Recursos<sup>12</sup>. Estos Tribunales se constituyen para garantizar la legalidad de la actuación administrativa con mayor eficacia de lo que logran los recursos administrativos tradicionales, sin tener que acudir al procedimiento contencioso-administrativo. Entre los creados por el legislador en la Administración General del Estado se deben mencionar, necesariamente, los dos siguientes: el Tribunal Administrativo del Deporte<sup>13</sup>, y especialmente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)<sup>14</sup>.

---

cipios de justicia y participación del ciudadano que un sistema rígido y estricto de revisión de la legalidad de los actos administrativos, aunque obviamente éste sea indispensable. Esta y no otra es la tesis del presente trabajo.

<sup>12</sup> Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 [en adelante, la Directiva de Recursos], reformada más tarde por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007. La transposición de ésta última, como es bien sabido, se debe a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Contratos del Sector Público, ahora en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

<sup>13</sup> Creado por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, en sustitución del Comité Español de Disciplina Deportiva.

<sup>14</sup> Creado por la mencionada Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Contratos del Sector Público, y ahora contemplada en el correspondiente Texto Refundido 3/2011, de 14 de noviembre, artículos 40, 41 (que crea dicho órgano) y siguientes.

Hay que añadir los diversos órganos autonómicos de recursos contractuales creados siguiendo la estela del TACRC, en virtud de las expresas habilitaciones de la Ley estatal (en la actualidad, el artículo 41.3 del TRLCSP 3/2011): Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (con independencia funcional), creado por el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid; el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, creado por La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón; el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Disposición Adicional Octava de la La Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía., creado por el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León, creado por los artículo 58 y siguientes de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas de Castilla y León 2012; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, creador por artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añade un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos; Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, creado por la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, creado por el Decreto 10/2015, de 12 de febrero; y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, creado por la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. Dejo de lado los órganos de resolución recursos administrativos en materia de contratación que hayan podido o puedan ser creados por diferentes órganos constitucionales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sido estudiado en múltiples ocasiones por la doctrina más autorizada<sup>15</sup>. Si bien la Directiva de Recursos parecía exigir un órgano jurisdiccional para residenciar los recursos en materia contractual<sup>16</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró que era posible atribuir la potestad de resolver estos recursos a órganos administrativos que contaran con las características de independencia que la Directiva exige<sup>17</sup>.

El carácter de control de legalidad de estos recursos es evidente, y la tentación de asimilarlos a órganos judiciales es grande, sobre todo a expensas de la confusa distinción entre “órgano jurisdiccional” y “órgano judicial” en la Directiva.

No voy a entrar en esta cuestión aquí, pero sí quiero llamar la atención sobre el último hito en este proceso. En una reciente Sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que los Tribunales Administrativos de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales a efectos de plantear la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE, a cuenta de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público<sup>18</sup>. Obviamente, aunque esto no

---

A estos se puede sumar, hasta cierto punto el sistema especial de resolución de reclamaciones del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y que bajo el título “Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes”, crea un sistema de resolución de los recursos (incluso frente a disposiciones generales) en los que el órgano competente para resolver es aquel que adoptó el acto o disposición (artículo 26.5 a), pero sometido a la información de lo que se ha llamado un sistema de “puntos de contacto” (que son las instituciones fundamentales en materia de unidad de mercado que relata el artículo 26.4) y la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado. Tras apenas cuatro años de vigor de la Ley de Unidad de Mercado, son no pocas las voces que sugieren que sea la propia SECUM la que resuelva el recurso, en atención al buen funcionamiento que ha demostrado. Pudieron escucharse algunas de estas voces en el IV Congreso sobre Derecho de la Competencia y Regulación: Cuestiones actuales de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, celebrado los días 28 y 29 de septiembre de 2016 en el Salón de Actos de la sede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Y así quedará seguramente reflejado en el Libro de Actas de dicho Congreso cuando éste se publique.

<sup>15</sup> Probablemente uno de los mejores y más completos estudios es el ya citado de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015, pág. 41 y ss). Se puede añadir, por supuesto, el reciente Informe sobre la Justicia Administrativa de 2016. Me remito a estos y al resto de los estudios doctrinales en la materia.

<sup>16</sup> Artículo 9 de la Directiva y 234 TCE, donde hay una clara confusión con el término “jurisdiccional”.

<sup>17</sup> Caso Josef Köllensperger, C-103/97 (Sentencia de 4 de febrero de 1999). Es decir, que la Sentencia concluye que el recurso se puede atribuir tanto a órganos jurisdiccionales como no jurisdiccionales (es decir, administrativos), que lo exigible es un grado de independencia tan alto de los Tribunales Administrativos. Por eso una parte de la doctrina los está asimilando paulatinamente a los órganos judiciales, calificándolos de “causi-judiciales” o “cuasi-jurisdiccionales”.

<sup>18</sup> Una magnífica reseña sobre esta Sentencia en DÍEZ SASTRE, Silvia, ¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?, *Centro de Investigación de la Justicia Administrativa*. Madrid,

prejuzgue su naturaleza jurídica en el ordenamiento interno, supone un paso decidido hacia la *judicialización*, de dichos órganos, con la correspondiente *jurisdiccionalización* de los recursos administrativos. Aparte de las complicaciones constitucionales que esto tiene (obviamente, la potestad jurisdiccional en España está atribuida a los Jueces y Tribunales por el artículo 117.1 de la Constitución, de ahí la identificación entre judicial y jurisdiccional en nuestro Derecho; y ¿cómo se articularía el ejercicio de la jurisdicción en el seno de una Administración Pública, por muchas garantías de independencia funcional que tenga el órgano?) resulta cuestionable que la deriva de los recursos administrativos deba ser siempre esta. Como he dicho más arriba, a menudo valdría más que se resolviera sobre el fondo, teniendo en cuenta los intereses del recurrente en el recurso, que multiplicar los órganos fiscalizadores que limitan sus competencias al control de legalidad.

Es evidente, desde luego, que este camino ha mejorado ostensiblemente la calidad de las resoluciones de nuestros recursos administrativos. La implantación de los Tribunales Administrativos, especialmente en materia contractual, ha sido un éxito reconocido incluso por los propios interesados que participan en los procedimientos. La celeridad de los procedimientos de recurso ha aumentado y se han empezado a ver resoluciones favorables a los interesados, cosa difícil de creer con los recursos administrativos tradicionales.

En definitiva, los recursos administrativos, de repente, parecen eficaces. Pero por bien que funcione este sistema de estricto control de la legalidad en el ámbito de la contratación administrativa, no es posible dejar de formularse ciertas preguntas. ¿No ha influido el descenso en el número de contratos públicos durante los años de crisis económica -que son los años de implantación del sistema- en la descongestión de los órganos competentes? ¿No son los Tribunales Administrativos demasiado deferentes con la Administración, evitando pronunciarse sobre aspectos valorativos del acto en los que los órganos de lo contencioso-administrativo sí que entran a resolver? Esa independencia de los Tribunales administrativos, ¿no parece algo endeble y fácil de pervertir por una deriva política más intervencionista en la Administración? Y lo que es más: ¿No estamos cerrando posibilidades a la los propios interesados en esta evolución de los recursos administrativos hacia un control estricto de legalidad (en los términos anglosajones, *red light*)? La mayoría de estas preguntas podrá resolverse

---

2016 (entrada del blog del CIIA disponible en <http://cija-uam.org/los-tribunales-de-recursos-contratuales-son-organos-jurisdiccionales/>). La autora cuestiona que la Sentencia tenga relevancia a efectos de la posición jurídica de estos Tribunales a efectos del Derecho español, pero sí que llega a afirmar que puede considerarse a la luz de esta resolución que sí son órganos jurisdiccionales a efectos del Derecho de la Unión Europea (no sólo a efectos de plantear la cuestión prejudicial), lo que da idea de la profundidad del proceso de judicialización de la vía administrativa.

razonablemente con la futura experiencia empírica. Pero es a la última de ellas a la que intento dar una respuesta en este trabajo.

Como conclusión a este punto, puede decirse que la clave para entender la deriva moderna de los recursos administrativos es su *jurisdiccionalización* y *judicialización*. Su *jurisdiccionalización*, porque se otorgan a ciertos órganos competencias que implican fiscalizar la legalidad de los actos administrativos y ejecutar las decisiones. Pero no hay que perder de vista que en todo caso no estamos ante órganos judiciales, sino ante órganos pertenecientes a la estructura organizativa de las Administraciones Públicas, por muy independientes que sean. Control de legalidad y ejecución por Tribunales Administrativos se incardinan en el tradicional privilegio de autotutela administrativa, el primero manteniendo los conflictos con los ciudadanos dentro de la Administración y retardando en lo posible su acceso a la jurisdicción, y el segundo ejercitando el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos. Pero no se nos escapa el paralelismo evidente de ambas funciones con las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que como decía más arriba el artículo 117.1 de la Constitución atribuye en exclusiva a los órganos del Poder Judicial. De ahí la *judicialización*, precisamente porque se atribuye la facultad de resolver a órganos administrativos que intentan parecerse cada vez más a órganos judiciales, sin serlo en absoluto.

Esta fenomenología puede ser excelente para un cierto sector de la actividad administrativa; contratación pública es obviamente una de ellas, por la seguridad que genera en el tráfico económico y las garantías que aporta su independencia y celeridad a los operadores económicos, incluso aunque el acto objeto de recurso no sea reglado. En el ámbito de las potestades regladas, en general, debe contemplarse esta solución. Es en el ámbito de las potestades discrecionales donde creo que tiene cabida otro tipo de evolución de los recursos administrativos, menos legalista y más volcada en los intereses del recurrente. La necesaria evolución de los recursos administrativos se produciría, por tanto, en dos direcciones: una legalista o fiscalizadora (óptima para sectores en los que es necesaria gran celeridad y certeza en la resolución, como la contratación, y en general para las potestades regladas) y otra centrada en un análisis del fondo de la cuestión y que de cabida a la participación del interesado (óptima para las potestades discrecionales). En estas últimas voy a centrar mi estudio.

## II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.

### **3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Público. En especial, la mediación.**

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son, con toda probabilidad, el instrumento de más éxito en el moderno Derecho procesal. Es habitual

que para designarlos se utilice la expresión anglosajona *Alternative Dispute Resolution*, o su acrónimo *ADR*. En Derecho privado, se les suele situar poco menos que como la solución a la congestión de los órganos judiciales. Se parte de una gran división triple entre los sistemas de resolución de conflictos: la autotutela, en la que el sujeto impone su derecho por su propia fuerza, la autocomposición, que consiste en alcanzar una solución por acuerdo de las partes, y la heterocomposición, que pone la decisión en manos de un tercero (el arbitraje, la vía judicial). A la heterocomposición se le ha llamado el sistema de vencimiento, porque una de las partes vence y la otra es vencida, y la solución le es impuesta<sup>19</sup>. La misma lógica se ha pretendido aplicar a veces al Derecho público, de momento con escaso éxito<sup>20</sup>.

En defensa de estos métodos, es común citar diferentes normas europeas, la mayoría de *soft law*, que recomiendan su introducción en las Administraciones Públicas. Son, principalmente, la Recomendación del Comité de Ministros R/86-12, del Consejo de Europa, sobre las Medidas para Prevenir y Reducir la Carga de Trabajo Excesiva en los Tribunales y la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas. La doctrina que ha tratado estos métodos en mayor profundidad también destaca su regulación comparada: en Francia, impulsada por el Informe del Consejo de Estado “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*” de 1993, y en Alemania, con la magnífica §55 del VwVfG de 1976<sup>21</sup>. También se ha reconocido la mediación administrativa en la legislación norteamericana, en la *Administrative Dispute Resolution*

<sup>19</sup> Así MORENO CATENA en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 365.

<sup>20</sup> Un par de buenos ejemplos sobre arbitraje y mediación pueden verse en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, *op. cit.*, pág. 177 y ss. Sin embargo, la realidad es que hasta ahora no ha sido posible configurar seriamente estos mecanismos, y la mayoría de las propuestas, o se adaptan mal al Derecho vigente (caso del arbitraje administrativo “impropio” del que habla ESCARTÍN ESCUDÉ en la obra citada), o directamente son *de lege ferenda*, (como el arbitraje administrativo “propio”, que propone este mismo autor). Además, ninguna propuesta ha llegado a generar el adecuado consenso doctrinal. Sería ideal atenernos al Derecho vigente, y buscar fórmulas por las que el interesado pueda plantear su conflicto con la Administración a la propia Administración en términos de autocomposición, aunque en la práctica esto es complicado, como luego veremos. Para MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, *op. cit.*, pág. 14) los métodos alternativos de resolución de conflictos están sufriendo una notable expansión a nivel europeo gracias precisamente a la superación de la concepción de la litigiosidad excesiva que asocia a un “panprocesalismo”, concibiéndose ahora el recurso al juez como última ratio, lo cual enlaza con una satisfacción de derechos del interesado más coherente incluso con la jurisprudencia del TEDH.

<sup>21</sup> HUERGO LORA (2000:61).

*Act* de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre)<sup>22</sup>, en un modelo interesante, del que nos interesará sobre todo el modelo de elección del árbitro o mediador.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos influyeron levemente en el legislador español en la aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. De ahí provienen sus artículos 88 y 107.2, actuales 86 y 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que innovan en poco a sus predecesores. En realidad, se trata de dos preceptos -un primer y tímido intento de transposición de la Directiva de Recursos- que se aplican raramente.

También parece notable que en Derecho administrativo dos de estas fórmulas de resolución de conflictos estén tan desarrolladas (la autotutela en favor de la Administración, y la heterocomposición en favor del recurrente, siempre que haya un acto, disposición o vía de hecho que recurrir, una autopsia que hacer, en la expresión de HAURIOU), mientras que otra, la autocomposición, apenas tiene predicamento en nuestra legislación administrativa. Es difícil incardinar la mediación en los moldes revisores del Derecho administrativo tradicional, pues como ha dicho acertadamente BARNES, “la mediación no consiste en una resolución, constituye una actividad material”<sup>23</sup>. Avanzando más, descubrimos que los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho privado aspiran a “*simplemente proporcionar a los litigantes un mecanismo más eficaz en términos de tiempo de respuesta pero, sobre todo, de respuesta más satisfactoria, superando el tradicional confrontativo y autoritario en que se concreta el proceso ante los tribunales*”<sup>24</sup>.

En Derecho público, sin embargo, no se pueden aplicar los mismos parámetros. La ecuación no funciona igual entre el ciudadano y la Administración, porque a consecuencia del privilegio de autotutela, precisamente, es evidente que la Administración parte de una posición superior. La resolución de un conflicto entre las partes, además, no es tan sencilla como en el Derecho privado, porque en Derecho administrativo no se contraponen los intereses privados de las dos partes, sino el interés privado de una, el ciudadano interesado, que a su vez está en posición de inferioridad y requiere una especial protección de sus derechos, y la postura de la Administración, que defiende los intereses generales, pero desde una posición muy reforzada, que es

<sup>22</sup> DEL OLMO ALONSO (2004:42).

<sup>23</sup> BARNES (2008:27).

<sup>24</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, (2011:366).

necesario controlar. La situación, por tanto, es de absoluta anomalía, comparada con la que se produce en el Derecho privado<sup>25</sup>.

La consecuencia de todo esto es que, para articular la autocomposición de los conflictos en el Derecho público, hay que partir de su naturaleza distinta a la del Derecho privado. Exactamente igual que hemos asumido que los contratos administrativos no pueden regirse por el Derecho privado, o que no basta la noción de representación privada para articular las potestades de los órganos administrativos o incluso el ejercicio de la soberanía. Y exactamente igual que asumimos que todas estas instituciones de Derecho público tienen naturaleza propia, y requieren una construcción teórica iuspublicista distinta de la que se haga en Derecho privado. En definitiva, necesitamos una teoría general de la autocomposición en Derecho público, no trasplantar la teoría privada al Derecho administrativo, como se hizo tantas veces en la tradición jurídica decimonónica. Esta es, probablemente, la causa última del fracaso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en la Administración.

La construcción que propongo es la siguiente. Anatómicamente, el conflicto en Derecho administrativo parte de una desigualdad de intereses y de niveles, a la que ya he hecho referencia más arriba. El interés particular del ciudadano se enfrenta a los intereses generales que defiende la Administración, el ciudadano parte de una posición débil en la que sus derechos están en riesgo, la Administración de una posición fortísima que deriva del privilegio de autotutela. El Derecho administrativo trata de equilibrar estas posiciones reglando el procedimiento administrativo, imponiéndole cargas (motivación de los actos, por ejemplo) y limitando la actividad de la Administración mediante el principio de legalidad. Al mismo tiempo, da cabida al interesado en dicho procedimiento mediante la audiencia y los recursos.

---

<sup>25</sup> De ahí la mayoría de las críticas que se han vertido sobre la mediación administrativa. Un resumen de éstas puede encontrarse en HUERGO LORA (2000:77). En el mismo sentido, entre otros muchos, PÉREZ MORENO (199:118), que restringe el control de legalidad a los órganos jurisdiccionales, exigiendo la convalidación judicial del Acuerdo de transacción; también CARBALLO MARTÍNEZ (2008:22); BELTRÁN AGUIRRE (2014:III). Entre ellas cabe citar la incertidumbre de la transacción, su difícil compaginación con el principio de legalidad, la posibilidad de prospere la impugnación un acto transaccional por su invalidez, el riesgo de dar lugar a soluciones desiguales para diferentes sujetos, su relación con contextos legislativos caóticos (el fenómeno de la legislación “motorizada”) o la apatía de los propios funcionarios o su desconocimiento de los procesos allí donde no son habituales. Como respuesta a la contraposición de intereses generales y particulares, aparentemente irreconciliables, y la hegemonía del principio de legalidad de la Administración, TORNOS MAS (1995:153) puso en relación el auge de los medios alternativos de resolución de conflictos con la tesis de BENVENUTI, que propugnaba un concepto de la función administrativa entendida como proceso, en el que se conjugaran intereses que desembocan en un acto administrativo plenamente garantista, lo que “compensaría” su falta de estricta observancia de la legalidad. Siguiendo esta línea argumental, sería deseable que en las potestades discrecionales el juego de la legalidad se entienda circunscrito a un marco que hay que respetar, no a una sujeción estricta como sucede en las potestades regladas. Pero de esto hablaremos más abajo.

Pues bien, el concepto de la autocomposición en Derecho público se debe construir sobre estos fundamentos. Los métodos alternativos de resolución de conflictos no deben servir sólo para su fin más obvio, resolver el conflicto de fondo, como sucede en Derecho privado. Deben ser el mecanismo para la participación del interesado en el la toma de decisiones dentro del procedimiento administrativo. La autocomposición en Derecho público debe tener una doble finalidad: la resolución del conflicto y la participación activa del interesado en el procedimiento administrativo y por ende en la adopción del acto. Si bien puede considerarse que la formulación de alegaciones o la audiencia son ya mecanismos de participación, pues permiten al ciudadano intervenir en el procedimiento y defender sus derechos e intereses, ninguno tiene el gran potencial de defensa de los derechos e intereses del recurrente que puede aportar la autocomposición de los conflictos con la Administración<sup>26</sup>.

La solución que la autocomposición puede aportar es doble. Por una parte, una negociación no significa que vayan a imponerse los intereses privados del recurrente, ni que vayan a subyugarse los intereses generales. En una negociación ceden ambos, pero precisamente para poder salvar la mayor parte posible de esos intereses. Que la Administración ceda en su uso (y abuso) de la autotutela, no significa que los

---

<sup>26</sup> La mediación como instrumento de participación del ciudadano ha sido propuesta ya por la doctrina. De hecho, se ha extendido incluso a organizaciones sectoriales en representación del interesado, cuando no a los llamados agentes sociales (CARBALLO MARTÍNEZ (2008) (y también en su recensión, MARTÍN DE LLANO, María Isabel “CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, 2008, 531 págs.” (recensión), en *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, 26, 2010, pág. 545) y CARBALLO MARTÍNEZ (2013:15), y se ha relacionado incluso con un progreso de la democracia en el ámbito administrativo. Estas afirmaciones hay que tomarlas con cautela. La propuesta de este trabajo es una mayor participación del ciudadano en el procedimiento en defensa de sus propios intereses, lo que hace difícil admitir que su interés particular pueda estar representado a través de una organización sectorial (obviamente, salvo que ésta sea interesada en el procedimiento). Pero lo que parece cuestionable es que pueda reconocerse a estas organizaciones legitimidad para participar en la mediación como parte coadyuvante del interesado (si no son originalmente interesadas en el procedimiento) y mucho menos sustituyéndole. Además, los llamados “agentes sociales”, que estarían en la mediación defendiendo sus propios intereses (aunque éstos sean los de un colectivo, por ejemplo, sindical). En este sentido, hay que recelar de la identificación de unos intereses particulares con los de un colectivo (por ejemplo, los de un funcionario en particular con los del colectivo funcional) confusión que recuerda a un colectivismo hoy ya superado. Distinto sería el caso del Defensor del Pueblo propuesto por CARBALLO, que sí que podría representar los intereses del ciudadano en el procedimiento, siempre dentro de sus competencias, es decir, sobre todo cuando esté en juego la defensa de sus derechos fundamentales. Lo examinamos más abajo. Además, la composición entre los intereses generales y el del particular en el procedimiento permite su participación en la toma de decisiones de la Administración, pero eso no equivale a una formación “democrática” de la voluntad de la Administración. Las garantías democráticas de la actividad administrativa están ya en la Constitución (artículos 97, 103.1, 106.1 etc.). La propuesta de participación del ciudadano de este trabajo trata de mejorar su posición en el procedimiento administrativo concreto para que pueda proteger mejor sus derechos e intereses, pero no pretende ser un supuesto mecanismo de acceso a una nueva forma de participación democrática que en todo caso está ya garantizada por la Constitución.

intereses públicos queden desprotegidos. Si con la negociación la Administración llega a un acuerdo satisfactorio para salvaguardar los intereses generales (aunque no sea tan agresivamente como con el ejercicio de la autotutela), respetar los derechos del recurrente y además evitar procesos contencioso-administrativos y los costes que conllevan, es evidente que no puede considerarse que esté traicionando su servicio al interés público. Que conjugar todos estos intereses es difícil es obvio, pero no existe un método mejor para hacerlo que la autocomposición. En todo caso, el límite de las concesiones que pueda hacer la Administración debe ser muy claro con carácter general. La Administración nunca podría negociar un acuerdo que fuera beneficioso exclusivamente para el recurrente, sin reportar ningún beneficio para el interés general. Ahora bien, es imposible especificar más sin remitirse al caso concreto.

Por otro lado, obviamente, aunque la Administración llegue a un acuerdo con el recurrente, se rige por el principio de legalidad (artículo 103.1 de la Constitución), y sigue sometida a ese control por parte de los órganos de lo contencioso-administrativo (ex artículo 106.1 de la Constitución). Llegar a un acuerdo con el interesado no permite, ni mucho menos, eludir esa garantía de legalidad. Esto se explica porque, en mi opinión, la vigencia de esa garantía de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y el servicio con objetividad a los intereses generales, ambas imposiciones constitucionales a la actuación de la Administración, no son separables, sino que la garantía del artículo 103.1 de la Constitución debe entenderse como un conjunto. De esta forma, sabemos que un acto administrativo contrario a la Ley y al Derecho es nulo o anulable (según los casos), por muy eficaz que sea su servicio a los intereses generales. Que el acto sea producto de una negociación no cambia esta situación: servicio a los intereses generales y sometimiento a la Ley y al Derecho son dos requisitos que deben concurrir en el acto administrativo, haya sido su adopción negocial o no.

Esto nos lleva a dos de los problemas centrales de la mediación administrativa, la legalidad del procedimiento negocial en sí y el ámbito objetivo que puede alcanzar la transacción. En el marco de un estudio sobre la mediación en la función pública, GAMERO CASADO ha observado, adoptando un punto de vista estricto del sometimiento de la Administración al principio de legalidad por vinculación positiva, que el mayor obstáculo que ésta tiene para acudir a cualquier procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos es que legalmente se contemple esta posibilidad<sup>27</sup>. Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en Derecho privado se fundamentan en la autonomía de la voluntad, principio general que no se le reconoce a las Administraciones Públicas en cuanto tales, pues no son sujetos privados que puedan determinar su voluntad libremente, sino que efectivamente están sometidas rígidamente al principio de legalidad, como ya he dicho. Pero también es cierto que

<sup>27</sup> GAMERO CASADO (2006, 346).

el principio de legalidad de la Administración no siempre tiene por qué entenderse en su forma de vinculación positiva, sino que puede entenderse como vinculación negativa.

Francamente, la contraposición doctrinal más tajante entre vinculación positiva y vinculación negativa debe considerarse superada por la realidad de la actuación administrativa. Es cierto que inicialmente se interpretó el artículo 103.1 de la Constitución como una victoria de la vinculación positiva. SANTAMARÍA PASTOR<sup>28</sup> advierte de que la discusión sobre el principio de legalidad según el sistema revolucionario o el monárquico alemán no tiene sentido actual, y no es posible optar simplemente por uno de los dos modelos. El autor propone limitar la vinculación negativa sólo a las situaciones en las que la Administración puede actuar con eficacia *ablatoria* (que son los actos desfavorables o restrictivos de derechos individuales, en los términos que el art. 9.3 de la Constitución refiere a las normas). También crítico con la concepción estricta del principio de legalidad por vinculación positiva se pronuncia ARIÑO, que la considera poco realista, y enfoca la vinculación de negativa a supuestos de actividades administrativas prestacionales o de fomento<sup>29</sup>.

De ahí que en las potestades discrecionales, donde la Administración se mueve más bien en un sistema de vinculación negativa (es decir, de facultad de hacer lo no prohibido) la participación del ciudadano en la toma de decisiones es mucho más plausible, y es ahí precisamente donde creo que los métodos alternativos de resolución de conflictos tienen su lugar<sup>30</sup>. De ahí la discusión tradicional sobre el ámbito objetivo de la transacción. HUERGO LORA<sup>31</sup> ha explicado que aunque la posición tradicional del Derecho alemán bajo su § 55 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 (VwVfG) había sido restringir la mediación a las potestades discrecionales, el ordenamiento administrativo alemán ha ampliado su ámbito de aplicación mediante una referencia, más genérica, a la “libertad de disposición”, que permite la

<sup>28</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991, pág. 201.

<sup>29</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares. Granada, 2004, pág. 35.

<sup>30</sup> Junto con las potestades regladas, la doctrina suele situar como lugar natural de aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos las llamadas decisiones técnicas. Así por ejemplo TOROS MAS en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), (2015:170), y los que cita. En realidad, decisión técnica no es una categoría jurídica en sí misma, sino una mera valoración sobre el contenido o naturaleza de fondo de la decisión. Que el contenido de la decisión verse sobre elementos arquitectónicos o sobre vertidos tóxicos, y que requiera conocimientos técnicos elevados, es independiente de su naturaleza jurídica. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, las decisiones o son discrecionales, o son regladas, o tienen elementos de ambas, pero esto es independiente de su contenido técnico extrajurídico. Habrá decisiones técnicas perfectamente regladas y otras que requieran el ejercicio de un poder discrecional, en cuyo caso sin duda los métodos alternativos de resolución de conflictos podrán tener un papel relevante en su adopción.

<sup>31</sup> HUERGO LORA (2000:90).

negociación también en el caso de potestades regladas, siempre que el acto sea adoptado por el órgano competente. Esta es una conclusión sorprendente, pero con gran tradición en Derecho alemán<sup>32</sup>.

Para el Derecho español, muchos autores<sup>33</sup> insisten en ampliar la mediación en el Derecho español a las potestades regladas, argumentando que éstas siempre dejan un margen de discrecionalidad. En realidad, yo no me atrevería a ir tan lejos. En materia de potestades regladas la respuesta que está dando actualmente el ordenamiento español es el reforzamiento del control de legalidad, tanto mediante la creación de sistemas de Tribunales administrativos, por lo general poco incisivos en el control de los márgenes de discrecionalidad de la Administración dentro de las potestades regladas, como mediante una evolución en la jurisprudencia contenciosa, esta sí cada vez más interventora en el control de esta discrecionalidad “marginal”, de manera que es de suponer que los propios Tribunales administrativos se muevan en la dirección de esa jurisprudencia valorativa o evaluadora de la corrección de las decisiones de la Administración.

En otras palabras, la tendencia en las potestades regladas es, hasta donde quien escribe alcanza a ver, la reafirmación del control de legalidad y su extensión a los márgenes discrecionales que las normas regladas dejan. La mediación debe quedar para las potestades auténticamente discrecionales, que obviamente pueden tener cierto carácter reglado, empezando por la competencia y el procedimiento, pero en los que la decisión final es puramente discrecional, y por lo tanto negociable. Además, como expliqué más arriba, considero que el procedimiento en el que mejor encaja este método de adopción de los actos es el de recursos administrativos. Como ya decía entonces, la celeridad y eficacia que la Administración debe lograr en la adopción de los actos administrativos en aras de los intereses generales puede aconsejar una menor participación del ciudadano en la primera etapa, y que su intervención se refuerce en vía de recurso administrativo.

Creo que en estas líneas hemos llegado a una construcción satisfactoria de la autocomposición en Derecho público. Es una primera aproximación, que pretendía dos cosas. La primera, identificar los problemas: la autocomposición en el Derecho público debe ser muy distinta de la del Derecho privado, y requiere una teoría general que aborde dos dificultades: la participación del ciudadano, que compense su situación de inferioridad ante la Administración; y el equilibrio de intereses entre los del ciudadano, que son privados, y los intereses generales a los que sirve la Administración. Esa teoría general ha sido construida. Ahora queda ver cómo se articularía

<sup>32</sup> Desde el BverG de 28 de marzo de 1962. Vid. HUERGO LORA (2000:92).

<sup>33</sup> Por ejemplo, CARBALLO MARTÍNEZ, (2013:13).

la autocomposición mediante métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho público, en el marco del Derecho español vigente.

#### **4. Los mecanismos concretos: la negociación directa interesado-órgano competente para resolver el recurso como método de control de la discrecionalidad y de la racionalización de las decisiones sobre el fondo.**

Hemos alcanzado ya un cierto grado de fundamentación teórica para construir un sistema de autocomposición en Derecho administrativo, pero todavía no lo hemos llevado a la práctica. Habrá que ver cómo se articulan estos mecanismos, aunque es forzoso adelantar que, en cualquier caso, resulta difícil, y la propuesta será de *lege ferenda*.

En primer lugar, cualquier fórmula es poco útil sin una vista. La negociación, en definitiva, debe plantearse cara a cara. Una negociación con la Administración se celebraría, naturalmente, con el responsable del órgano, o con quien ejerza la competencia por delegación. Una cuestión muy difícil de esta vista es quién asumiría el papel de mediador. Resultaría en la práctica casi imposible someter a la Administración a la mediación de un tercero. Sin una norma reguladora que somete a la Administración a mediación -y aún con ella-, lo único que se puede esperar es una autocomposición sin intervención de tercero, en la que la Administración ostentará una posición superior.

Lo que es más, la Administración, en virtud de su privilegio de autotutela y esa superior posición, asumiría probablemente la función de mediador, en el sentido de marcar los términos de la negociación, la dirección y avance del debate y su finalización. En otras palabras, sin poder equivaler a un mediador en absoluto, la Administración está destinada a tener al iniciativa en la negociación, y seguramente a abusar de ella. Este es el auténtico motivo por el que la negociación con la Administración suele fracasar: la apatía de las propias Administraciones Públicas, que tienen suficiente poder para decidir cuando debe terminar el proceso negociador.

Una parte de la doctrina española propone atribuir la potestad de mediar a órganos independientes de la Administración, singularmente, el Defensor del Pueblo<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Esta es la propuesta de CARBALLO MARTÍNEZ. Según la interesantísima tesis de este autor, el Defensor del Pueblo tiene entre sus competencias la evitación de conflictos mediante el diálogo entre las partes, función que parece referirse claramente a la mediación. Claro está que esta función mediadora, de reconocerse, se debería ejercer exclusivamente en el marco de las competencias del Defensor del Pueblo. A estos efectos, recuérdese la expresión del artículo 54 de la Constitución, que lo define, primero, como un alto comisionado de las Cortes Generales, y específica, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título (el I de la Constitución), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la

Incluso se podría ir más allá, y proponer al Defensor del Pueblo como coadyuvante o sustituto del interesado, en los procedimientos que entren dentro de sus competencias, con lo que reequilibraría las fuerzas negociadoras con las que cuentan interesado y Administración. Ésta última solución resolvería un problema fundamentalísimo de la mediación administrativa, el desequilibrio inicial de fuerzas. No muy lejos se encuentra la solución norteamericana, que ha estudiado OLMO<sup>35</sup>, tanto para el arbitraje como para la mediación. Muy resumidamente, consiste en acudir a un “neutral”, que según la *Administrative Dispute Resolution Act* sería un individuo, imparcial y de confianza para la partes, que les ayuda a resolver el conflicto. Su designación dependía primero de la *Administrative Conference of The United States* (ACUS), aunque tras la desaparición de ésta se ha atribuido a una Comisión independiente. En definitiva, se atribuye a una agencia pública independiente, lo que en nuestro caso exigiría como equivalente un Tribunal parecido a los Tribunales administrativos, pero al menos garantizaría su legitimidad frente a la Administración, que encontraría difícil no someterse a la mediación y a la transacción posterior. Además, dentro de la opción del “neutral”, la práctica norteamericana también conoce la intervención del Ombudsman, pero no se trata sólo de un Defensor del Pueblo nacional o autonómico, sino de un representante presente en cada Agencia o Ente Público, incluso en las universidades u hospitales<sup>36</sup>.

### 5. El acuerdo interesado-órgano. Efectos para las partes y para terceros.

En cuanto a los efectos de la transacción, la única referencia que tenemos en nuestro Derecho es el artículo 86 de la Ley 39/2015 (antes 88 de la Ley 30/1992)<sup>37</sup>. Hay que distinguir los efectos de la transacción de los efectos del acto administrativo en que se consagra. Los actos que resuelvan los recursos en vía administrativa tendrán en principio exactamente los mismos efectos que cualquier otro acto administrativo que causa estado, y en particular, tendrán el mismo régimen de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Quiere esto decir que los actos surgidos de un proceso negociador, si es que la Administración consiente, a día de hoy y con nuestro procedimiento administrativo

---

Administración, dando cuenta a las Cortes Generales (lo que sugiere que supervisará sólo la Administración General del Estado). Evidentemente, en ese caso el Defensor del Pueblo no puede ser el único órgano mediador para todos los conflictos que generen todas las Administraciones Públicas. (Vid. CARBALLO MARTÍNEZ (2008).

<sup>35</sup> DEL OLMO ALONSO (2004:73 y ss).

<sup>36</sup> DEL OLMO ALONSO (2004:65).

<sup>37</sup> Ni tampoco hay equivalente al citado artículo 156 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

vigente, dicha autocomposición, serían recurribles con el mismo régimen que el resto de actos, con las mismas potestades de fiscalización de la legalidad por los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, y con el mismo régimen de legitimidad por parte del recurrente en vía contenciosa: derecho subjetivo o interés legítimo.

Sin embargo, sobre la recurribilidad de los actos negociados es necesario, una vez más, hacer dos observaciones, *de lege ferenda*. En primer lugar, sobre el recurso contencioso-administrativo, éste debería ser admisible mediante la legitimación de un tercero con condición de interesado *en ese procedimiento* que no haya participado en el acuerdo. Pero es necesario admitir igualmente la legitimación del interesado que firmó el acuerdo si la ilegalidad favorece a la Administración. La razón es sencilla: no se puede transigir con la ilegalidad. La voluntad concurrente del interesado con un acto ilegal que le perjudica no puede por supuesto subsanar la ilegalidad del acto, pero tampoco impedirle su acceso a la justicia contencioso-administrativa ni la invocación de la ilegalidad ante los Tribunales. Sin embargo, si la ilegalidad favorece al interesado, la cuestión es diferente. En ese caso nos encontramos sencillamente en el supuesto de un acto favorable al interesado, susceptible de recurso de lesividad o la revisión de actos nulos. Evidentemente, estos recursos persistirán en manos de la Administración al margen de que el acto sea negocial o no, porque tampoco puede la voluntad concurrente de la Administración sanar la ilegalidad del acto. Precisamente para corregir esta voluntad ilegal de la Administración existen estos recursos: en estos casos, y para asegurar el principio de legalidad de la actuación administrativa, no rige para la Administración la prohibición general de *venire contra factum proprium*, aún por mucho que el paso del tiempo pueda impedir la invocación de la ilegalidad en el caso de la anulabilidad.

En segundo lugar, habría que añadir una breve mención a la necesaria publicidad de los actos negociados, que incluso debería producirse en los boletines oficiales. Esto tendría dos ventajas: la primera, la de potenciar la transparencia de la actuación de la Administración en la negociación frente a terceros -evitando situaciones “oscuras” en el proceso negociador-; en segundo lugar, permitiría que la misma decisión se aplicara a otros interesados en posición similar *en otros procedimientos*. Éstos podrán alegar la existencia del acuerdo anterior, que podría incluso ser vinculante para la Administración en la resolución de ulteriores recursos administrativos con supuestos de hecho equivalentes. Este sería un precedente oponible a la Administración en el recurso contencioso-administrativo que recurra la segunda resolución si ésta no lo aplica, al menos como argumento de la demanda, tal vez asociado al derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución), pero también a la función promocional de las Administraciones Públicas (artículo 9.2) o a la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3). Estos interesados en otros procedimientos similares no estarían en ningún caso legitimados como interesados en el procedimiento administrativo negociado

por mucho que su supuesto fáctico o jurídico sea similar. Pero sí deberían, en virtud del principio de igualdad que debe prevalecer en la actuación administrativa, recibir exactamente el mismo trato que el interesado con el que se negoció, por lo que es razonable que puedan conocer la decisión adoptada y alegarla ante la jurisdicción contenciosa en sus propios recursos.

## 6. La formación de un concepto de mediación en el Derecho público como subconcepto de la mediación civil y mercantil.

En materia de mediación administrativa, no puede aspirarse realmente a obtener un buen resultado cuando las instituciones positivizadas no han sido concebidas en ningún caso para el modelo de un Derecho administrativo relacional, sino para un Derecho estatutario que regula una Administración colmada de privilegios frente a los interesados.

En este estado de cosas, reaparece la necesidad de aportar soluciones *de lege ferenda*. Hay ya varias propuestas en la doctrina sobre una posible regulación de ciertos métodos autocompositivos o heterocompositivos, fundamentalmente centrados en el arbitraje<sup>38</sup>. La opción que propongo es la formación de un concepto de mediación en el Derecho público. Como es bien sabido, ya existe una mediación regulada en nuestro Derecho civil, en la ya no tan novedosa Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pues bien, reconociendo el avance que esta norma supone para nuestro ordenamiento, el objetivo será formar un concepto de mediación en el Derecho público a partir de la mediación privada en ella regulada.

La teoría de la formación de conceptos es clave para el desarrollo del Derecho y la dogmatización de nuevas instituciones extrajurídicas. Pivota siempre entorno a las nociones de sistema y tópica, y ha sido el concepto central abordado por las diferentes teorías del método<sup>39</sup>. La dogmática de SAVIGNY, por ejemplo, concibió el Derecho como relaciones abstractas entre instituciones, mientras que su sucesor PUCHTA diseñó todo un sistema de conceptos basado en una relación orgánica en forma piramidal, donde revertían hacia un concepto supremo. Esta “genealogía de conceptos” fundaba éticamente el concepto supremo, si bien fue el precedente de sus equivalentes positivistas, particularmente el de KELSEN. Estas dogmáticas, que son

<sup>38</sup> Diversos intentos pueden encontrarse en HUERGO LORA (2000:149), BELTRÁN AGUIRRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa” *op. cit.*, ESCARTÍN ESCUDÉ en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), (2015:177).

<sup>39</sup> Sobre las teorías del método, la obra clásica es sin duda LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho. Madrid, 1994 (reimp. 2010), y más modernamente SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons. Madrid: 2003. En nuestra doctrina, es muy valioso el trabajo de DÍEZ SASTRE, Silvia, “La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 2015.

de carácter sistemático, conviven con la dogmática tópica, entre otras la jurisprudencia de intereses (que nace ya con IHERING y se desarrolla con HECK) y la propia teoría tópica de la Escuela de Maguncia.

Más allá de este conjunto de nombres, hay que adoptar un método de formación del concepto. Obviamente, no cabe en un trabajo de estas características optar razonadamente por una de las teorías, mucho menos formular una alternativa. Bastará, a los efectos del presente trabajo, construir la mediación administrativa como un subconcepto de la mediación. Para ello utilizaré como modelo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como ejemplo regulatorio de un concepto general, asumiendo que realmente tiene una relación “genealógica” con la mediación administrativa, eliminando las especificidades propias de la institución de Derecho privado e introduciendo las variantes relevantes en Derecho público. Analicemos por lo tanto los elementos que deberían integrar el concepto de mediación administrativa. Lo haremos en forma esquemática.

1. Para empezar, la definición de mediación de Derecho público no puede ser la misma que la que se emplea en Derecho privado. El artículo 1 de la Ley 5/2012 define la mediación civil y mercantil en los siguientes términos: “*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*”. Para una mediación administrativa, debemos recordar en primer lugar que la Administración está sometida al principio de legalidad. Antes hemos dicho que este es un ámbito donde tiene clara cabida la vinculación negativa: es así, pero en la medida en que la Ley regule un determinado procedimiento, su cumplimiento se regirá por vinculación positiva, como es natural, quedando la vinculación negativa para los ámbitos de discrecionalidad que se deduzcan de la propia Ley. Por lo tanto, además de un nombre común para la mediación que la Ley deberá establecer (Mediación Administrativa es la candidata más obvia), la definiría como *un medio de resolución de controversias en el que la Administración y el interesado intentan conciliar los intereses generales con el interés privado, intentando alcanzar un acuerdo con la intervención de un mediador*.

2. El ámbito de aplicación *subjetivo* de la Ley sería exactamente el que excluye el artículo 2.2b) de la Ley 5/2012, es decir, la mediación con las Administraciones Públicas (evidentemente, con aquellas que forman parte del Estado español). En cuanto a su ámbito de aplicación *objetivo*, será idealmente el ejercicio de potestades discrecionales, independientemente de la materia regulada. Es razonable que el interesado pueda plantear cualquier mediación, en las mismas condiciones en las que puede interponer cualquier recurso administrativo. La solicitud de mediación sustituiría a dicho recurso, por lo que no es necesario

plantearse cuestiones de prescripción de la acción, como se hace en el Derecho civil, sino que simplemente se ejercería el derecho al recurso gubernativo frente al acto en el plazo de un mes.

3. Las instituciones de la mediación son la gran dificultad. Como ya hemos explicado, es difícil encontrar un tercero lo suficientemente legitimado como para arbitrar entre los intereses generales y los privados de las partes. El mediador deberá existir, pero también deberá mantener necesariamente una posición de imparcialidad, limitándose a penas a moderar el debate y a gestionar los turnos de palabra. Es cuestionable que pueda formular propuestas, porque el interesado, que es parte privada, podría asumirlas en virtud de su autonomía de la voluntad, pero difícilmente la Administración, que no puede anteponer le propuesta del mediador a los intereses generales. La clave será la cualificación del mediador y su nombramiento, un asunto que está destinado a ser permanentemente contencioso, porque de ellas dependerá su legitimidad para formular propuestas. Las dos grandes opciones son: la mediación del Defensor del Pueblo -que puede extenderse a los organismos de representación del ciudadano existentes en otras instituciones públicas; y la selección por una Comisión independiente al efecto, que a su vez seleccione a los mediadores entre personas de reconocido prestigio en materia de resolución de conflictos y con la necesaria cualificación técnica. No obstante, parece predecible que la Administración siempre intentará imponer su candidato. En todo caso, la prioridad es que el mediador no participe sino para garantizar que el debate se produce en sus justos términos, que el interesado es escuchado por la Administración y que se intenta llegar a un acuerdo.

4. En cuanto al representante de la Administración que comparezca en la negociación, puede ser la persona física encargada del órgano que resuelve el recurso o quien pueda ejercitar esa competencia por delegación de aquélla. En todo caso, la solicitud de mediación se interpondrá ante el órgano competente para resolver el recurso, y será éste (y en ningún caso el que adoptó el acto) quien pueda delegar la competencia de comparecer en la mediación. El representante de la Administración, en todo caso, deberá ser competente para resolver el recurso, lo cual en caso de delegación descarta la posibilidad de que ese representante sea el autor del acto recurrido, precisamente porque la Ley prohíbe que se delegue en él la competencia para resolver el recurso (artículo 9.2.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

5. En cuanto a los principios de la mediación, el procedimiento y el estatuto del mediador, la regla general debe ser la aplicación de la Ley 5/2012, que debe

constituir un régimen supletorio. No hay que cerrarse a la aplicación de la norma civil, que ya ha resuelto gran parte de las dificultades que la mediación genera. La especialidad de la mediación administrativa, siendo como tal necesaria, queda suficientemente cubierta con el régimen especial de intervención mínima del mediador y el resto de medidas que aquí se proponen. En todo lo demás, la generalidad de la Ley de Mediación permite su aplicación supletoria, lo que puede autorizar la propia Ley de Mediación Administrativa por mucho que la Ley civil excluya su propia aplicación a las Administraciones Públicas.

6. Queda por aclarar un último punto: la ejecución del acuerdo. Evidentemente, de nada sirve el acuerdo que no se cumple, *pacta sunt servanda*, no sólo en el Derecho de obligaciones, sino también aquí. En la mediación civil y mercantil cualquiera de las partes puede elevar el acuerdo a escritura pública (artículo 25 de la Ley 5/2012). Pero no se le puede imponer a la Administración la vinculación al acuerdo de la misma forma. El acuerdo debe ser vinculante para la Administración, y éste tendrá el carácter de documento público (artículos 1216 del Código Civil y 317.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no necesita la elevación notarial. Pero el mecanismo adecuado para la ejecución del acuerdo no es una reclamación judicial para su inclusión en el acto, que no podría ser articulada en el procedimiento contencioso-administrativo. Por lo tanto, el mecanismo correcto es la impugnación del acto que debe incorporar el acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley impondrá el contenido del acto al órgano que resuelva, que debería ser el que participó en la negociación (sea su competencia original o delegada), sin que eso implique que deba resolver en el momento mismo de la mediación, sino que podría hacerlo posteriormente dentro de un plazo. Por lo tanto, la incorporación del acuerdo al acto será un acto reglado, y será fácil para la jurisdicción contenciosa condenar a la Administración incumplidora. Ahora bien, el recurso contencioso será inevitable en caso de incumplimiento de la Administración, pero al menos se refuerza enormemente la posición del interesado respecto de la resolución de los recursos administrativos, casi siempre desestimatorios. El acuerdo aportaría, al menos, la garantía al interesado de que el resultado de la negociación va a imponerse en el contenido del acto.

## 7. Conclusiones.

Más que hacer una recapitulación de los argumentos expuestos más arriba, creo que es preferible concentrarme en los tres puntos con los que iniciaba el estudio. Decía entonces que los recursos administrativos son un fracaso como instrumento, que la autocomposición (y los métodos alternativos de resolución de conflictos, en general) es una de las posibles soluciones a ese fracaso, y que en todo caso los

mecanismos de los que nos provee el Derecho administrativo vigente para realizar esa mediación entre interesado y Administración, aunque existen, son demasiado limitados. Creo que el estudio lo confirma. Si los interesados no pueden participar activamente en el procedimiento de resolución de su recurso mediante una negociación, ¿cómo va la Administración a tener en cuenta sus argumentos? Si nos limitamos a entender los métodos alternativos de resolución de conflictos en términos de Derecho privado, tomando como referencia por ejemplo la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje o la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>40</sup> ¿Qué tercero va a tener legitimidad para mediar o arbitrar entre los intereses generales, representados por la Administración, y los intereses privados del interesado? El mediador o árbitro puramente civil, más allá de las cuestiones de mera legalidad, siempre se va a encontrar en una posición de inferior legitimidad a la de una de las partes: la propia Administración. Es necesario un procedimiento de selección del mediador desde dentro de la propia Administración, atribuyéndole esa responsabilidad a cargos específicamente asociados a la defensa de los derechos de los ciudadanos, o bien a los que seleccione una Comisión independiente.

Es necesario desarrollar procedimientos alternativos de resolución de conflictos propios del Derecho público, protagonizados por una negociación bilateral, incluso sin intervención de tercero, en los que la propia Ley obligue a la Administración a negociar y ceder en ciertos puntos, aunque sean meramente formales, para dar acceso al ciudadano a la toma de decisiones. Es el legislador quien debe entender esto, introduciendo en nuestro Derecho administrativo instituciones que permitan la participación de los interesados en la actividad administrativa, que dé la oportunidad a los interesados de negociar la revisión de actos, sin tener que llegar al recurso contencioso-administrativo. Esta sería, creo, una solución útil para los recursos administrativos, que los haría útiles y más fáciles de legitimar ante los ciudadanos.

---

<sup>40</sup> En el caso de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el arbitraje con la Administración no se excluye expresamente. Sí lo hace el artículo 2.2.b) de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

## 8. BIBLIOGRAFÍA.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP. Madrid, 2016.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares. Granada, 2004.

AVILÉS NAVARRO, María, *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2015.

BARNES, Javier, “*El procedimiento administrativo en transformación*”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global (Global law press). Sevilla, 2008.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “El supuesto arbitraje administrativo de la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, en *La Ley*, 7504, 2010.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, en *Revista de Administración Pública*, 189, 2012.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa desde la perspectiva de los Letrados”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, 13, 2012.

BELANDO GARÍN, Beatriz, La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en “*Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

BELTRÁN AGUIRRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 2014.

BERMEJO VERA, José, “La resolución extrajudicial de conflictos”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi Monografías. Pamplona, 2008.

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013.

CHOZAS ALONSO, José María, “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la Universidad Complutense de Madrid”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, 2015.

COMINELLI, Luigi, “Training Young Lawyers in the European Mediation Framework: It’s Time to Devise a New Pedagogy for Conflict Management and Dispute Resolution”, en *The Italian Law Journal*, 1, 2016.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

DEL OLMO ALONSO, Jesús, *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo*, (tesis doctoral inédita), Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2004.

DÍEZ SASTRE, Silvia, “La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 2015.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2015.

DÍEZ SASTRE, Silvia, ¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?, *Centro de Investigación de la Justicia Administrativa*. Madrid, 2016. (Disponible en <http://cija-uam.org/los-tribunales-de-recursos-contractuales-son-organos-jurisdiccionales/>).

DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2016, Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial y Derechos Fundamentales*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2016.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, “El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 2012.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y otros., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons. Madrid, 2001.

GAMERO CASADO, Eduardo, “Apunte sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos en el empleo público”, en *Revista de Administración Pública*, 170, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, (Vols. I y II) 15ª ed. Madrid, 2011.

GASCÓN Y MARÍN, José, *Derecho Administrativo* (2 vol.), C. Bermejo. Madrid, 1933.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José, *Tratado de Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008 (obra completa).

HUERGO LORA, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000.

HUERGO LORA, Alejandro, “La resolución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas en 2015”, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho. Madrid, 1994 (reimp. 2010).

MARTÍN DE LLANO, María Isabel “CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, 2008, 531 págs.” (recensión), en *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, 26, 2010.

MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, en *Revista de Administración Pública*, 178, 2009.

PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999.

ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, MacGraw Hill. Madrid, 1997.

SAEZ LARA, Carmen, “Administración pública y procedimientos de solución de conflictos laborales”, en *Temas Laborales*, 125, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comentario. Iustel. Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons. Madrid: 2003.

TORNOS MAS, Joaquín, “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, en Tribunal Arbitral de Barcelona, 6, 1989.

TORNOS MAS, Joaquín, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en Revista de Administración Pública, 136, 1995.

VILLAR PALASÍ, José Luis, Apuntes de Derecho administrativo, autoedición, Madrid, 1977.

VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, Principios de Derecho administrativo, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed., Madrid, 1987.