

BIBLIOGRAFÍA

Mediación administrativa en España y en Francia, a propósito del libro de Rhita Boustá «La notion de médiation administrative» (París, 2021)



Javier Jiménez-Ugarte

Of Counsel Mediación y Arbitraje

«Lupicinio International Law Firm»

- Rhita Boustá
- *La notion de médiation administrative*
- París, 2021
- L'Harmattan, Collection: Logiques juridiques
- Número de páginas: 256.
- ISBN: 978-2-343-23811-1

I. UNA OBRA OPORTUNA

Acababa de terminar, y enviar a los editores de un libro bilingüe en Brasil, «*Temas de Mediação e Arbitragem*», un sencillo artículo «*Situación de la mediación administrativa en España, con algunas referencias al caso de Francia*», cuando recibí un anuncio vía *email* de que se acababa de publicar en París una importante obra académica titulada *La notion de médiation administrative*, de la que era autora la Profesora Dra. Rhita Boustá (1).

En su descripción, se decía que contenía variadas consideraciones con técnicas propias de Derecho

comparado sobre la normativa jurídica y realidad existentes en los dos países vecinos, lo que me llevó a adquirirla en búsqueda de ideas clarificadoras en lo que había pasado a ser mi principal materia de aprendizaje (2) . Consciente de que la situación normativa en Francia sobre la mediación administrativa había ido mucho más lejos que lo sucedido en España, mucho me interesó ver cómo la autora había logrado una paridad de tratamiento, un análisis en pie de igualdad entre uno y otro caso.

La explicación final del buen trabajo logrado se encuentra, sin duda, en la trayectoria profesional de esta investigadora universitaria de alto nivel, que puede manejar con igual soltura una y otra lengua, y está en estrecho contacto con los mejores especialistas de un lado y otro de los Pirineos. En una sólida «*Introduction*», Rhita Boustá presenta el método inductivo de la obra, apoyado en la celebración previa de entrevistas personalizadas de una hora, orales o escritas, con colegas, — docentes, abogados y mediadores—, cuyas respuestas, si conveniente, quedan luego integradas, para conservar la unidad, en el texto que, con gran exigencia cartesiana, la autora va desarrollando.

Pienso que interesará al lector que mencione aquí a sus siete principales interlocutores españoles, *María Avilés, Nuria Calvo, Manuel Canyameres, Gerardo Carballo, Amparo Quintana, Jesús Rodrigo y Juan Carlos Villalón*, según figuran en el anejo, junto a otros trece nombres de especialistas franceses (3) .

Antes de entrar en la estructura y contenido del libro, destacaré también algo que trasluce, tanto en la citada «*Introduction*» como en el «*Préface*», del que es autor *Jaques Caillose*, Catedrático emérito de la *Universidad París II Panthéon-Assas*, que sería una fuerte preocupación filosófica de la autora llegado el momento de manejar ideas claves en la obra. El «*concepto de mediación*» y la «*noción de mediación administrativa*» (4) como concepciones eminentemente filosóficas en la base de toda construcción social, las ve la autora, y las avala totalmente el autor del «*Préface*» (5) , como las dos ideas fuerza de los planteamientos de Rhita Boustá.

Siempre he leído con interés estas disquisiciones filosóficas en torno a la mediación. Recuerdo haberlas disfrutado en una breve obra del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, *Josep Aguiló*, bajo el título, que comparto, «*El Arte de la Mediación*» (6) , que también maneja y justifica nuestra autora (7) .

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL LIBRO

Pasando a la estructura y contenido del libro, queda reflejado un complejo y ambicioso diseño que busca cubrir todos los elementos claves de la mediación administrativa, sin dejar de intercalarlos con referencias concretas a las realidades existentes en Francia y en España.

Contiene dos Partes bien diferenciadas formalmente (8) , la primera dedicada al contenido, «*la notion*» de la mediación administrativa, y la segunda al estudio del «*concept*» de mediación a través de los principio de libertad y de igualdad de «*les médiés*». Con una sensibilidad terminológica muy francesa, Rhita Boustá, tras optar por «*differends*» o «*conflits*» frente al de «*litige*», salvo en casos de mediación intrajudicial, reconoce su predilección por el término «*mediés*» frente al de «*parties*»,

justificándolo debidamente (9) . Me agradó saberlo frente a lo que sucede en España, donde se sigue echando de menos el reconocimiento expreso del, sin duda útil, neologismo de «mediado» por parte de nuestra «Real Academia de la Lengua».

Cada una de las Partes tiene a su vez dos Títulos (10) . El primero de la primera Parte desarrolla extensivamente los contornos de la mediación administrativa, y empiezan ya a aparecer diferencias entre los dos países. La primera y principal arranca de contar Francia, desde la Ley de 18 de noviembre de 2016, con nuevos artículos en el «Código de Justicia Administrativa» que introducen la medición que nos ocupa en todas las jurisdicciones administrativas del territorio nacional, y específicamente en los Tribunales administrativos y en sus Cortes de apelación, reconociendo la competencia del «Consejo de Estado» en los litigios de primera y última instancia. La reforma prevé dos procedimientos distintos que podríamos calificar de «prejudicial» o de «intrajudicial».

Por su parte, el «Código de las relaciones entre el público y la administración» se limita a reenviar, en un Título denominado «Otros medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos» (11) , a lo dispuesto en el anterior citado Código.

Como diferencia esencial, Rhita Bousta destaca que España carece de una Ley a nivel nacional sobre mediación administrativa (12) . A pesar de ello, explica de qué manera el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa sigue sirviendo de apoyatura legal para que los jueces puedan, de oficio o a iniciativa de las partes, recomendar la «mediación» para la búsqueda de una solución del conflicto. Aunque reconoce que el término mediación no viene expresamente mencionado, apunta que se llega al mismo gracias a la inclusión del citado artículo en la Sección 9), denominada «Otros modos de terminación del procedimiento», lo que permitiría ir más allá de la tradicional «transacción».

Da la debida importancia la autora al hecho de que esta interpretación, —que califica de «generosa»—, de la normativa nacional se ha desarrollado, y se sigue desarrollando en ciertas Comunidades autónomas. En concreto, menciona a *Canarias, Murcia, Cataluña, Madrid, y Valencia*, lo que le lleva a referirse, una a una , a las distintas normas en vigor.

También destaca el esfuerzo hecho por todos los interesados para defender la constitucionalidad de este proceder, invocando distintos artículos de la Constitución española, incluidos en la Sección de derechos fundamentales y libertades públicas, que permiten (art. 23), defender, sobre la base de significativas sentencias del máximo órgano judicial, la «participación de los ciudadanos en la administración de justicia» a través de nuevas formas institucionales de resolución alternativa de conflictos, o (art. 24), argumentar que la «tutela judicial efectiva» va más allá que el mero recurso a la vía judicial (13) .

Queda claro, pues, que Rhita Bousta se ve obligada a comparar la normativa unitaria existente en Francia en favor de la mediación administrativa con las normas existentes en determinadas Comunidades Autónomas de España, y esto sobre una base legal que califica de «no precisa», en espera de la legislación *ad hoc* anunciada, una y otra vez, por el Gobierno español, pero que sigue siendo triste asignatura pendiente. Lógicamente, no deja de lamentar nuestra *heterogeneidad*

territorial (14) .

III. NOCIÓN DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

En cualquier caso, y para avanzar en la *notion de médiation administrative*, procede la autora a elevar el vuelo para fijarse en una visión común que arrancarí­a ya de la propia «Directiva de la Unión Europea» de 2008, asumida en el «Código de Justicia Administrativa» de Francia, y también, —y vuelve a tener que descender—, en las normativas de algunas Comunidades Autónomas españolas, eligiendo, en este caso, la experiencia normativa de la de *Valencia* (15) .

En la búsqueda de esas similitudes y diferencias entre lo que sucede en el Estado francés y en *España*, se fija también en las *etapas del procedimiento de mediación*, que serían muchos más explícitas y claras en nuestro país, —sesión informativa, sesión constitutiva, mediación *strictu sensu*, y acta final—, y, al efecto, menciona la «*Guía de preguntas y respuestas sobre la mediación y las administraciones públicas*» (16) , o los «Protocolos» de determinadas Comunidades autónomas como la de *Canarias*, pionera en este campo con su Ley 15/2003 (17) . Frente a ello, la mediación intrajudicial en *Francia*, aunque se estructurarí­a también en diversas etapas, éstas serían mucho más informales, bastando incluso con una simple actuación al respecto, positiva o negativa, de la propia administración.

Son extensas, enriquecedoras y, en mi opinión, acertadas, las disquisiciones de la autora sobre las figuras de *la mediación y la conciliación*, donde explora los distintos enfoques doctrinales, —diferenciadores unos y unitarios otros—, hasta concluir que tanto en España como en Francia «desde un punto de vista conceptual» la distinción puede ser defendida, algo que resultaría más difícil «en la práctica» que se vive en unos y otros territorios (18) .

Contraria es su posición sobre el término muy generalizado de «alternativa» para hablar de la mediación como una segunda vía frente a la jurisdicción, término que atribuye esencialmente a la expresión norteamericana «*alternative dispute resolution*», ya que nuestra autora rechaza estos planteamientos dicotómicos que fracasaron totalmente en Francia cuando la reforma de 1986 quiso imponer a los jueces administrativos estas nuevas responsabilidades de «*conciliation*», presentada como alternativa .

Destaca que el «*Protocolo de la Comunidad Autónoma de Madrid*» califique la mediación administrativa de «alternativa complementaria» a la vía jurisdiccional (19) .

Lógicamente, la autora pasa a defender ese otro enfoque de la complementariedad existente entre la mediación y la vía contencioso-administrativa, como el mejor para España y para Francia, que se da tanto en el momento de *ejecución de sentencias judiciales* como en el de la *homologación de los acuerdos de mediación*.

Sobre el *primer caso*, reconoce matices diferenciadores entre la rotundidad de los pronunciamientos de los Protocolos en vigor existentes en las Comunidades autónomas de *Murcia* y de *Madrid*, y la mayor «sorpresa» que ello genera en Francia. Resume con rigor la famosa mediación llevada a cabo

en el caso del *edificio de Fenosa en la Coruña*, que le sirve para avalar conclusiones favorable para los dos países (20).

En lo referente al *segundo*, habla de un mayor recurso a la homologación en España, «casi sistemático» en la mediación intrajudicial, frente a un recurso «más moderado, incluso excepcional» en el caso de Francia, en uno y otro caso sobre similares bases legales (21).

IV. FONDO ÉTICO DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

En el Título II de esta primera Parte analiza la autora el fondo ético de la mediación administrativa. Tras mencionar textos bien conocidos como la «*Recomendación del Consejo de Europa*» de 2001 relativa a los modos alternativos de solución de conflictos entre las autoridades administrativas y los particulares, con su defensa de los principios de imparcialidad, igualdad y respeto a los derechos de los mediados, y la «*Directiva de la Unión Europea*» de 2018 que hace referencia a los principios de eficacia, imparcialidad y competencia, con su apoyo implícito al «*Código europeo de conducta para los mediadores*» de 2004, destaca el paso adelante dado por el Grupo de trabajo sobre mediación de la «*Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia*» (C.E.P.E.J.) que se refiere expresamente en 2018 a los «*prescripteurs*» (22) para mediación de diferencias, colocando en el mismo plano a las que tienen que ver con materias administrativas y a las surgidas en el campo civil, comercial, familiar y penal.

Se hace eco también Rhita Boust de distintos documentos y recomendaciones elaborados por instituciones privadas francesas defensoras de la mediación administrativa (23).

Se pregunta también la autora por los *plazos previstos* en uno y otro país para el desarrollo de la mediación. Para hacer realidad ese «plazo razonable» se invocarían en *Francia* los tres meses prorrogables fijados en el actual «*Código de Procedimiento civil*» a partir de la recepción de la solicitud del mediador, que, en el caso de *España*, se limitarían a dos.

Igualmente, encontraría mínimas diferencias en lo referente al *costo de la mediación administrativa*, que, en principio, estaría en *Francia* siempre cerca de la gratuidad o tendría un costo muy moderado, correspondiendo al juez su fijación (24). Hace ver, sin embargo, que, si bien en *España* la mediación intrajudicial es en principio gratuita, la intervención de abogados puede llevar a fijar el costo de la misma a través de los propios mediadores (25).

Reflexiona a continuación la autora sobre otros principios claves en la mediación. Primero, el de la *independencia*, fijándose en los riesgos que la misma corre dentro del amplio campo de la *mediación institucional* en Francia, que abarca a los servicios públicos, mencionando expresamente el mundo del empleo y el de los mediadores académicos nombrados por el Ministro de Educación, sin negar las peculiaridades que ello genera para el citado principio (26).

También destaca el juego que tienen en la *noción* de la mediación administrativa principios básicos dentro del *concepto* de mediación como la *confidencialidad* y la *neutralidad*, debidamente recogidos en la «*Directiva europea sobre mediaciones civiles y mercantiles*», y en las trasposiciones legales de la misma tanto en *Francia* como en *España*. Resulta evidente el eventual choque de la primera con el

principio de transparencia que debe inspirar en uno y otro país la gestión administrativa (27), así como la existencia de excepciones normativas a tal *confidencialidad*, empezando por la propia voluntad y acuerdo entre las partes. En lo referente al segundo principio de *la neutralidad*, lo utiliza Rhita Bousta para recordar la diferencia entre la mediación y la conciliación, no dándose en este último caso tal actitud exigible al tercero interviniente.

Al pasar a analizar los *perfiles de los terceros* capacitados para asumir mediaciones administrativas, y tras reconocer la profesionalización creciente de la mediación, la autora arranca declarando que en España existiría unas *exigencias* mayores que en Francia. Así en su país no existiría ni acreditación ni cumplimiento de determinados requisitos para ejercer de mediador, frente a lo que sucedería en el nuestro en el que se exige la inclusión en un listado del Ministerio de Justicia o de las Comunidades autónomas concernidas (28). Menciona, casi como excepción, la exigencia en Francia de un «diploma de Estado» para el reconocimiento como mediador familiar.

Valora positivamente que el citado Real Decreto español de 2013 precise de manera concreta el número de horas para ser mediador, —100 horas, entra las cuales 35 deben estar dedicadas a la práctica—, y, en aras de una mayor especialización, destaca algunos cursos dedicados especialmente a la mediación administrativa (29).

Con su exhaustivo conocimiento de lo que sucede en *Francia* y en *España*, Rhita Bousta aporta datos interesantes cuando escribe sobre la variedad de mediadores. Los dos países coinciden en excluir la figura del «*juez-mediador*», también en el predominio de los «*abogados*» cuando toca hacer frente a la mediación administrativa, y en la reticencia lógica que los «*abogados-mediadores*» genera en los mediadores autónomos —«*libéreaux*» los denomina—, sin por ello negar éstos la importancia del papel que corresponde a los especialistas jurídicos durante el proceso de mediación. También insiste en la heterogeneidad existente, reiterando la mayor existencia en Francia de «*mediadores institucionales*» frente al predominio en España de los «*mediadores autónomos*» (30).

Tras destacar que la capacidad de escucha constituye la esencia de toda mediación, incluida la administrativa, hace ver cómo ello ha llevado a muchos mediadores españoles a practicar la co-mediación, llegando en el *Protocolo de la Comunidad Autónoma de Murcia* a convertirla en regla general. Frente a tal experiencia, que intensifica la «horizontalidad» del proceso, reconoce la autora que la co-mediación no es igual de frecuente en *Francia*, donde una mayor «verticalidad» vendría a configurarse como control de fiabilidad del proceso (31).

V. ÁMBITO DE LA LIBERTAD PERSONAL

Al inicio de la Segunda Parte, arranca la autora en el Título primero con el análisis de la libertad personal, lo que le lleva a citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2019, que vincularía la mediación administrativa a determinados artículos de nuestra *Constitución* (32).

Al analizar esa libertad, ve una primera manifestación en la *libre elección del mediador* por las partes, citando la rotundidad del *Protocolo de la Comunidad Autónoma de Valencia* cuando reitera que las dos partes son libres para rechazar al tercero propuesto.

Lo anterior estaría en la base de lo vivido en Francia y en España en contra de toda obligatoriedad de la mediación, que respondería básicamente a fórmulas contractuales (33), mencionando al efecto la legislación reguladora del consumo.

En línea con sus anteriores planteamientos, recuerda que el comportamiento proactivo de *los conciliadores* sí permitiría imponer su carácter obligatorio, invocando al efecto lo que sucede en las distintas Federaciones deportivas en Francia.

Interesará grandemente en España su sintético análisis de los casos de *mediación administrativa obligatoria* en Francia, contenidos en la citada «*Ley de Modernización de la Justicia del Siglo XXI*» de 2016, y la consiguiente «*Ley de programación*» 2018-202, en determinadas áreas de la *función pública* y determinados *sectores sociales*, que se concretarían, por un lado, en conflictos laborales surgidos en los Ministerios de Asuntos Exteriores (34) y de Educación Pública, y, por el otro, en desacuerdos dentro de los sectores públicos de empleo, alojamiento y renta mínima.

A la luz de las experiencias vividas, la autora concluye que sería difícil defender que la mediación previa obligatoria ponga en peligro sistemáticamente la libertad de los mediados, que pueden siempre desvincularse del proceso iniciado, destacando además que en el cincuenta por ciento de los casos contabilizados han sido las partes las que han optado por esta vía.

En otro apartado, Rhita Boustá se pregunta sobre la manera en que la mediación administrativa, que sigue siendo un procedimiento consensuado, puede afectar la libertad de los mediados, algo innegable si nos fijamos en que suele ser necesaria la intervención final de un superior para la *ejecución de lo pactado*.

En el caso de los organismos públicos franceses, se requiere incluso la intervención del Primer Ministro. En el caso de España, se fija en el Protocolo en vigor de la *Comunidad Autónoma de las Canarias*, que reitera la *normativa nacional* (35), al exigir, en caso de acuerdos que afecten al Tesoro Público, la conformidad de las autoridades concernidas, y, en su defecto, la del Abogado del Estado.

También recuerda su entrevista a Amparo Quintana para destacar, como *diferencia formal*, que la mediación administrativa siempre es más larga en el tiempo que otras mediaciones, con problemas específicos en los momentos de la firma del acuerdo y ulterior ejecución, así como para la justificación de los gastos generados dentro del marco legal, habitualmente restrictivo.

Se refiere también a *otras limitaciones* sobre la libertad de los mediados que podrían derivarse de las obligaciones de éstos hacia los mediadores (36), o de derechos reconocidos a los propios jueces, entre los que cita una reciente sentencia francesa que permitiría a éstos rechazar la petición de las partes de derivar el conflicto a mediación.

Una mayor extensión dedica la autora al estudio de las *áreas concretas* en las que se ha desarrollado la mediación administrativa en uno y otro país. En el caso de *Francia*, se habría dado un desarrollo «intuitivo» sobre la normativa nacional existente, frente a lo sucedido en *España* inicialmente restringido a la figura de la transacción sobre cantidades a fijar, ampliándose luego a otras figuras

gracias a distintas normas autonómicas (37) .

Hablando de *Francia*, Rhita Boustá destaca que el legislador no puso ninguna limitación sectorial al reconocimiento de la mediación administrativa en la tantas veces citada Ley de 2016, prohibiendo solo que los acuerdos logrados no se refiriesen a temas que no son de libre disposición, invocando al efecto coincidente doctrina (38) . Fijándose luego en los propios cuadros estadísticos, la autora añade que desde la práctica se ve un predominio de la mediación administrativa en «trabajos y mercados públicos, conflictos entre funcionarios y sus empleadores, temas de urbanismo y cuestiones de salud pública».

En el caso de *España*, y frente a la interpretación restrictiva apuntada en el art. 77 de la «Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa», comenta la extensión teórica de la mediación administrativa intrajudicial defendida por sus entrevistados hacia todas las áreas posibles. Menciona también las precisiones del «*Consejo General del Poder Judicial*» hechas durante un Seminario en el 2011, fijando tres sectores prohibidos: derechos fundamentales de los ciudadanos, cuestiones electorales, y orden público o intereses de terceros. Desde el punto de vista de la práctica, y dada la existencia de pocas estadísticas, se limita a mencionar una mayoría de supuestos de «responsabilidad extracontractual» detectados por *María Avilés*, o los desacuerdos en materia de «subvenciones públicas a nivel municipal», y «denuncias por ruido» comentadas por *Jesús Rodrigo* (39) .

Dentro del último apartado de este Título, vuelve la autora sobre la realidad, muy francesa, de multiplicidad de los mediadores institucionales, donde figurarían dos variantes vinculadas a la figura histórica del *Ombudsman*, bien como *defensor de derechos* en el modelo francés o español, bien como *enemigo de la mala administración* del modelo anglosajón , que incluiría también al Ombudsman europeo creado en 2019.

Presenta, como una de las razones de la proliferación de los mediadores institucionales en el país vecino, la variedad de la misma, generando su intervención distintos efectos sobre el procedimiento en curso, que irían desde la interrupción o la suspensión hasta la continuación del mismo.

También, y en base a un «*Informe de la Asamblea Nacional*» (40) , diferencia cuatro grandes categorías, que sirven para mejor entender su presencia generalizada: los mediadores dentro de la estructura del Estado, desde los académicos a las grandes sociedades estatales como los Ferrocarriles; los mediadores de establecimientos como hospitales y universidades; los mediadores en los sectores sociales como empleo y seguridad social; y los mediadores en las colectividades locales y sus Centros de Gestión.

Menciona la positiva y sorprendente puesta en marcha de un dispositivo de mediación en cada *establecimiento penitenciario*, gracias a veinte delegados territoriales del «*Defensor de derechos*», — antes «*Defensor de la República*»—, repartidos en ocho Departamentos, que habrían llevado a cabo 50.000 mediaciones del 2017 al 2019, con un porcentaje de éxito del 80% (41) .

VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS MEDIADOS

En el Título segundo, dedicado al principio de igualdad de los mediados, reconoce una realidad desequilibrada, que le lleva a apoyar la posición que recomienda, por ello mismo, la existencia de una *legislación ad hoc sobre mediación administrativa*.

De cara a superar esa visión vertical que enfrentaría a la administración con el administrado, se apoya esencialmente en la necesidad del *diálogo, al que añade el adjetivo de transformador*, algo que no es en absoluto incompatible con la existencia de prerrogativas en manos del poder público (42).

Esta desigualdad se convierte en la práctica en una «*desconfianza de una parte sobre la otra*», abriéndose a la posibilidad de que pueda ser el particular el que termine siendo la parte dominante (43).

Añade también algo que todos compartimos en el sentido de que el mejor o peor posicionamiento de la Administración depende finalmente de la calidad y el comportamiento de la persona física que la representa en el caso concreto.

Invoca una vez más el preámbulo del *Protocolo de Canarias* (44), para defender que no es inevitable el choque entre *interés general e interés particular*, lo que cabe comprender mejor bajo el prisma de criterios de equidad.

Esa búsqueda de reformas, en favor finalmente del «*interés colectivo*», le lleva a mencionar planteamientos tanto del «*Parliamentary and Health Ombudsman*» británico, como del «*Mediador de la Unión Europea*», y, en concreto los «*Draft Principles of good administration*» (2006) del primero, y el «*Código europeo de buena conducta administrativa*» del segundo, reformado en el 2015.

Sobre la innegable *necesidad de la motivación* de las decisiones administrativas, incluso en casos donde opera la discrecionalidad, resultan muy acertados sus razonamientos en favor de lo que denomina «*mediación pedagógica*», destinada a explicar la decisión tomada, y superar así la habitual sospecha sobre motivaciones políticas indebidas (45).

Interesantes y de gran utilidad sus alusiones al «*silencio administrativo*», cuya regulación vendrían a coincidir en España y en Francia, resultando aplicable a los dos países su reconocimiento como «*expresión de superioridad*», con gran coincidencia en plazos y excepciones (46).

Para la autora estos casos de silencio administrativo serían especialmente idóneos para la figura de la mediación administrativa, tanto para la obtención de mayor información como para el logro de una solución. En ambos casos puede jugar un activo papel el *Ombudsman*, citando casos vividos por las respectivas figuras (47).

Siempre defendiendo esa deseada igualdad entre las partes, ciertamente difícil de alcanzar, la autora se extiende sobre las distintas técnicas existentes y hace un elogio práctico a la posible intervención de un «*tercero neutral*», que no podría confundirse ni con el mediador ni con los co-mediadores.

Esa búsqueda del máximo equilibrio lleva a la autora a fijarse nuevamente en la figura del *Ombudsman*, que podría acumular tanto una tarea de mediación como una función de control de la administración, basada a menudo en la defensa del «ciudadano-administrado» en su acertada terminología. Al efecto, invoca la labor del «*Defensor de derechos*» en Francia en favor del perjudicado por una administración cada vez más telematizada (48). Esta capacidad de presión sobre la administración le hace insistir en que en esos casos su actuación iría más allá de la mediación (49).

Apoyándose en el Informe del *Defensor del Pueblo*, comenta también la diversidad de tipos de resoluciones que le toca dictar, dentro de las 20.215 demandas recibidas durante el año 2019 (50).

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Termina el libro con unos breves comentarios, que Rhita Boustá titula Conclusiones (pp. 213 a 219), y que cabría resumir y presentar en los siguientes términos.

- La mediación administrativa tendría como objetivo final «*restablecer los lazos con la administración pública*», por lo que iría más allá de la óptica jurisdiccional o conflictual.
- El «*conflicto*», que no enfrentamiento, estaría en la esencia del ser humano y sería por ello mismo inevitable, integrándose en unas relaciones caracterizadas por su multiplicidad, y en las que la mediación está llamada a jugar un activo papel sobre bases de creatividad e imaginación.
- La presencia de la administración pública como mediada lleva consigo una serie de especificidades que justifican su «*autonomía*», sin que pueda ser reducida o calificada como alternativa al proceso contencioso, imponiéndose la idea de la «*complementariedad*».
- El «*mediador*» se diferencia del «*conciliador*» ya que su papel no le lleva a proponer una solución, algo que corresponde exclusivamente a los mediados. Tampoco coincidiría con la labor del «*ombudsman*» cuando a éste le correspondiera defender al «*ciudadano-administrado*».
- La presencia de la administración no pone en peligro ni la libertad ni la igualdad entre los mediados, consubstanciales a este procedimiento, sin negar la existencia de otros matices surgidos de la «*participación de un poder público*».
- También destaca la autora las posibilidades de la mediación en el «*ámbito preventivo*», al permitir una participación de los ciudadanos en las decisiones administrativas, que, incluso, cabría agilizar con los nuevos recursos telemáticos.

Todo lo anterior valdría para el análisis conceptual de la mediación administrativa en uno y otro país. En cualquier caso, no olvida la autora lo ya escrito al inicio de esta clarificadora obra, sobre la legislación nacional al respecto existente en *Francia* frente a la legislación, hasta ahora predominantemente autonómica, existente en *España* (51).

Esta observación final, le lleva a destacar recientes esfuerzos, hechos ante el Parlamento español en

el 2020, por el «Instituto Europeo para la Mediación y la Ética pública» de la «Fundación Valsain», con el apoyo de los «Colegios de la Abogacía» de Barcelona, Madrid y Las Palmas, para ampliar el campo de aplicación de nuestra Ley 5 /2012 sobre «mediaciones civiles y mercantiles» a las «materias administrativas».

A ello solo añadiría, por mi parte, y tras reiterar mis elogios a la autora por su muy recomendable libro, mi esperanza de que los debates parlamentarios en curso para la mejora y aprobación del «Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia» puedan llevar a un pleno reconocimiento a nivel nacional de la existencia y operatividad de la mediación administrativa en España.

(1)

Doctora en Derecho Público por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne, Maître de conférences-HDR en la Universidad de Lille, Profesora y coordinadora pedagógica de la Universidad Abierta de Cataluña (Barcelona).

[Ver Texto](#)

(2) En dichas fechas, había presentado una breve ponencia sobre mediación administrativa en una sesión conjunta en el ICAM sobre «Mediación empresarial», auspiciada por la «Comisión de Mediación del Club Español de Arbitraje», que dirige Mercedes Tarrazón, y organizada junto con las Secciones de «Abogados de Empresa», de «ADR» y de «Colegiados No Ejercientes».

[Ver Texto](#)

(3) Pp. 241 ss., «Présentation des personnes interrogées».

[Ver Texto](#)

(4) Pp. 241 ss., «Présentation des personnes interrogées».

[Ver Texto](#)

(5) P. 21, «La médiation est à la fois éminemment philosophique et au fondement de toute construction sociale. Créant ou récréant du lien entre individus, on peut aussi l'énvisager sous ses aspects politique et interculturel. Sans surprise le domaine juridique s'est également emparé de cette notion inextricablement liée a celle de conflict».

P. 16, «Pour reprendre la terminologie de Mme Rhita Boust, nous demeurons avec la médiation administrative dans les périmètres d'une notion: aussi spécifique soit-elle, elle reste parfaitement en accord avec les exigences du concept de médiation: la première s'inscrit dans le champ qu'ouvre le second, sans en troubler les équilibres internes».

[Ver Texto](#)

(6) «El arte de la Mediación. Argumentación, negociación y mediación», Editorial Trotta. 2015, 133

páginas. P. 126, «*La mediación sería, pues, tanto un arte como una técnica en el sentido de que consistiría en un conocimiento orientado a producir ciertos resultados*».

Ver Texto

- (7) P. 47, L'article premier du Code de la Médiation élaboré par le Centre national de la médiation dans les années 90 envisage même cette activité comme un «art»: *«la médiation est une procédure facultative qui requiert l'accord libre et exprès des personnes concernées de s'engager dans une action ("la médiation") avec l'aide d'un tiers indépendant et neutre ("le médiateur"), spécialement formé a cet art.»*.

Ver Texto

- (8) *Première Partie. Le contenu de la notion de médiation administrative. Seconde Partie. La notion de médiation administrative a l'aune de la liberté et de l'égalité des médiés.*

Ver Texto

- (9) P. 42 nota a pie, «*Ce substantif permet d'exprimer à la fois l'idée de processus et le rôle important du tiers*».

Ver Texto

- (10) Titre I. «*Les contours de la notion de médiation administrative*». Titre II. «*L'encadrement de la médiation administrative*».

Ver Texto

- (11) P. 51, nota a pie, «*autres modes non juridictionnels de résolution des différends*» avec l'administration.

Ver Texto

- (12) Nuestra «Ley de Mediación en materias civiles y mercantiles», 5/2012, que traspuso la Directiva de la U.E de 2008, excluye de su aplicación de manera expresa en su art. 2.2 «*la mediación con entidades de derecho público*», que correspondería a lo que conocemos como mediación administrativa, materia que, según la «Exposición de Motivos», debería ser objeto de una futura legislación *ad hoc*.

Ver Texto

- (13) P. 55, «*En conséquence, les communautés autonomes seraient libres d'organiser des modes complémentaires de résolution de litiges sous la seule réserve de respecter les limites posées par la jurisprudence constitutionnelle*».

Ver Texto

- (14) P. 54, «*Cette situation nous paraît paradoxelement injuste. Tout citoyen ne devrait-il pas disposer de mêmes moyens de résolution d'un litige quel que soit son lieu de résidence?*»

Ver Texto

- (15) P. 56, Tras indicar que *«en espagnol le terme «procedimiento» revêt un doublé sens: tantôt celui de procédure: tantôt celui de processus»*, reproduce , nota a pie, el siguiente párrafo definitorio del «Protocolo de actuación del proyecto de mediación contencioso-administrativa en Valencia con la Corte de arbitraje y mediación de la Cámara de Valencia», de 4-9-2019, *«un procedimiento en el que dos o más partes, por derivación judicial, intentan con la ayuda de uno o varios mediadores de forma voluntaria alcanzar un acuerdo, total o parcial, sobre las diferencias existentes entre ellas, llegado a la solución de su conflicto »*.
- Ver Texto
- (16) P. 44, nota pie, del que son autores María Avilés, Lourdes del Amo, y Juan Carlos Villalón, editado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-MedialCAM, 2020.
- Ver Texto
- (17) P. 57, nota pie n.º 161.
- Ver Texto
- (18) Pp. 61 a 71, desarrolla un primer apartado titulado *«Une distinction éminemment conceptuelle»* y luego un segundo *«La mise en oeuvre nuancée de la distinction en pratique»*.
- Ver Texto
- (19) P. 74, *«Si le terme alternative est, a notre sensé, a bannir, l'idée de complémentarité place la médiation sur le même plan que la procédure juridictionnelle»*.
- Ver Texto
- (20) P. 86, *«Ainsi, loin d'être une alternative, la médiation administrative est parfois nécessaire pour assurer l'exécution de décisions de justice.*
- Ver Texto
- (21) P. 88, *«L'homologation n'est certes pas une condition de validité de la transaction, mais elle renforce son autorité et, par la même, celle de la médiation»*.
- Ver Texto
- (22) P.94, *«Le terme désigne toute entité publique ou privé (y compris les prescripteurs des processus de médiation conduits ou renvoyés par un tribunal) qui gère ou administre un processus de médiation mené par un médiateur neutre tiers, quelle que soit son dénomination ou sa profession (ci'-après le "médiateur") intervenant sous sa direction pour aider des parties à résoudre leur litige "à l'amiable".»*
- Ver Texto
- (23) P. 95, *«Livre blanc du Collectif "Médiation 21" appelant notamment à l'adoption d'un Code de déontologie du médiateur commun a tous les secteurs d'activité»,*

Ver Texto

(24) P. 100, «*Selon l'article L.213-8 du Code français de Justice administrative, le juge fixe la rémunération du médiateur. Pouvant également faire l'objet d'une aide juridictionnel, celle ci ne dépasse pas un certain seuil pratique. En effet, un coût prohibitif pourrait constituer un frein à la médiation.*»

Ver Texto

(25) En una experiencia personal vivida éste año ante el «Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León», de mediación administrativa en proceso de ejecución de sentencia con una empresa, correspondió a la mediadora designada, por instrucciones de la Juez, fijar con las Partes, durante la sesión constitutiva, el importe que le correspondería en concepto de honorarios.

Ver Texto

(26) P. 103, «*La question de l'indépendance des médiateurs dans le secteur public se pose différemment que dans d'autres secteurs dans la mesure où l'institutionnalisation de la fonction y est davantage fréquente.*»

Ver Texto

(27) P. 106, Tras citar en esta línea al español Joaquín Tornos, añade que «*le professeur rappelle la distinction entre l'accès aux dossiers ne concernant que les intéressés, et l'accès aux documents administratifs ouverts à tout citoyen*».

Ver Texto

(28) P. 113, recuerda expresamente que «*l'article 11 de la Loi précitée (n.º 5/2012) exige un titre universitaire ou une formation professionnelle supérieure ainsi qu'une formation spécifique en matière de médiation, et que le Décret du 27 décembre 2013 prévoit la nécessité de connaissances relevant du droit, de la psychologie, de l'éthique et des techniques de la médiation.*»

Ver Texto

(29) P. 115, «*En Espagne de nombreuses formations diplômantes à la médiation incluent un module relatif à la matière administrative, et un nombre croissant de cours et de séminaires est désormais exclusivement dédié à cette question*». En nota a pie, P. 116, menciona, el Curso dirigido por el Magistrado Fernando Martín Diz, «Diploma de especialización en Mediación» impartido en la Universidad de Salamanca.

Ver Texto

(30) P. 120, «*En résumé, la médiation administrative peut être confiée à des avocats (dans les deux pays; spécialisés ou non du droit administratif), des médiateurs libéraux (majoritairement en Espagne) ou institutionnels (majoritairement en France). Selon le pays concerné, les compétences légalement prévues et le contenu des formats sont relativement différents. On note une réglementation plus précise en Espagne qu'en France.*»

Ver Texto

- (31) P. 127, «*Michèle Guillaume-Hofnung invite a se méfier de cette pratique en particulier lorsqu'elle amène à convier un expert: le médiateur risquerait de perdre sa liberté face à un détenteur du savoir.*
- Ver Texto
- (32) P. 129, nota pie. STSJ Galicia, 2019, pré., F.J.I: «*La mediación administrativa como sistema alternativo de resolución de conflictos encuentra encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 10.1 CE). En este sentido, no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los art. 24 y 117 CE.*»
- Ver Texto
- (33) P. 133, Nota pie, incluye la autora una cita sacada de su entrevista con el especialista español Gerardo Carballo, «obligar a las partes a acudir a mediación es una práctica invasiva que menoscaba el principio de libertad».
- Ver Texto
- (34) Recientes datos oficiales recogían que el Ministerio de Exteriores habría decidido autoexcluirse de esta vía experimental debido a los pobres resultados alcanzados.
- Ver Texto
- (35)
P. 144, pie, art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estando e Instituciones Públicas, 27-11-1997
- Ver Texto
- (36) P. 147, donde cita, Nota pie, el art. 10.3º del Protocolo en vigor en las Islas Canarias, «Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad, teniendo en cuenta la autoridad que representa».
- Ver Texto
- (37) P. 151, «*Implicitement établie (la médiation administrative dans le cadre juridictionnel) par la loi française, il résulte davantage des médiateurs espagnols qui, en l'absence de loi nationale, ont élargi le domaine de la médiation au-delà de celui de la transaction.*
- Ver Texto
- (38) P. 152, Philippe Gazagnes: «*Aucun contentieux n'échappe a priori aux techniques de concertation et de négociation.*». «*L'intérêt général lui-même peut se prêter à la médiation.*». P. 153, Bruno Laserre: «*Les matières susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir peuvent faire l'objet de transactions.*».
- Ver Texto
- (39) P. 159, concluye la autora: «*En résumé, à l'instar de la France, la médiation administrative (en Espagne)*

dans le cadre juridictionnel se développe sans être réduite aux hypothèses couvrant la transaction. Dans les deux pays, les limites ne font pas toujours l'objet de consensus. Au-delà de ces incertitudes qui devraient s'éclaircir à l'avenir, le champ de la médiation administrative demeure ici ouvert».

Ver Texto

(40) Rapport n.º 2702, de 20.2.2020.

Ver Texto

(41) No puedo dejar de echar de menos mayores referencias a la realidad española del «ombudsman», tanto en su modelo a nivel nacional, el «Defensor del Pueblo» previsto en el art. 54 de nuestra Constitución, como en sus realizaciones autonómicas, todas ellas exhaustivamente estudiadas en la tesis doctoral, y ulterior libro de Gerardo Carballo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo* (Ed. Thomson-Aranzadi, 2008). En su *Introducción*, p.a 25, escribe el autor que «cuando inicié ese estudio, ya era perceptible por la doctrina científica y por la jurisprudencia que algunos aspectos de la crisis que atravesaba nuestro sistema de justicia administrativa resultaban difíciles de resolver a través de los clásicos mecanismos de control judicial»

Ver Texto

(42) P. 173, nota pie, cita al efecto el siguiente párrafo del vanguardista Protocolo de Canarias, «Se trata esencialmente de que la administración a través de un diálogo transformador, reconozca derechos e intereses legítimos, cumpla con sus obligaciones, identifique el error, revise sus acciones y, en definitiva, alejándose de la figura indeseable del silencio administrativo, descubra y acuerde propuestas legítimas y estratégicas».

Ver Texto

(43) P. 175, cita al efecto a Alexandre Lallet, «*Souvent, l'Administration démunie et surmenée est bien à la peine face à un interlocuteur qui gère souvent l'affaire de sa vie*».

Ver Texto

(44) P. 178, nota pie, «*Es preciso que los actores acepten, de parte de un mediador, propuestas facilitadoras desde una interpretación operativa de la norma, buscando, a través de un aprendizaje constructivo, la compatibilidad de los intereses particulares con los intereses generales en la medida en que puedan alcanzarse nuevos retos destinados a una mejora integral de la calidad de todos los servicios públicos*».

Ver Texto

(45) P.185, escribe la autora que «*le Magistrat honoraire Xabier Libert, qui a mené une cinquantaine de médiations depuis la loi de 2016, nous confiait que cette nouvelle activité lui permettait de découvrir les personnes derrière les décisions administratives*».

Ver Texto

(46) P. 188. *«La fameuse figure du silence administratif est encadré par les deux pays comparés. L'article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration codifie désormais la règle selon laquelle le silence gardé plus de deux mois sur une demande vaut décision d'acceptation».* P. 189, *«Le constat est le même en droit espagnol. Le silence gardé par l'administration durant le délai de résolution d'une demande vaut également, sauf exception, décision implicite d'acceptation (acto presunto).»*

Ver Texto

(47) P. 189, nota pie 653, *Défenseur des Droits, 16/03/2017, affaire n.º RA-2017-2022.* P. 190, nota pie 656, *Defensor del Pueblo, 10-11-2020, caso 18017524), «El principio de eficacia exige de las Administraciones Públicas que se cumplan razonablemente las expectativas que la sociedad legítimamente les demanda, entre ellas, el deber de resolver expresamente las peticiones y reclamaciones que le presenten los particulares, ya que para que los ciudadanos puedan ejercer una adecuada defensa de sus derechos se requiere tener conocimiento de la fundamentación de las resoluciones administrativas. La falta de resolución lo que comporta es indefensión e inseguridad jurídica».*

Ver Texto

(48) P. 204, *«L'assistance du Défenseur des droits en matière de rupture numérique»*, recogidos en su *Rapport annuel* de 2017.

Ver Texto

(49) P. 205, *«Ainsi l'ancien Médiateur de la République a pu être défini comme un "régulateur de la fonction administrative", contre le mauvais fonctionnement de l'administration des services publics, en relation avec les citoyens»*, par Alain -Serge Mescheriakoff.

Ver Texto

(50) P. 208, en base al Informe anual del citado año, escribe la autora *«Outre les 135 réclamant un recours en inconstitutionnalité ayant toutefois donné lieu à seulement deux sases de Tribunal constitutionnel le Defensor del Pueblo a émis 574 recommandations de portée générale se matérialisant par des propositions de réformes, 490 recommandations de portée individuelle visant à résoudre un problème particulier ("sugerencias"), 478 rappels a l'ordre consistant a exiger à l'administration qu'elle se conforme à la loi ("recordatorios") et neuf avertissements mettant en lumière une situation de fait ou une pratique devant être améliorées ("advertencias")».*

Ver Texto

(51) P. 210, *«S'agissant de la médiation administrative "dans le cadre juridictionnel", alors que la France a opté pour une loi nationale, cette procédure n'existe, à ce jour, que dans certaines Communautés autonomes espagnoles».*

Ver Texto