

## **El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo (I) (1)**

Rosario GARCÍA ÁLVAREZ

*Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

**Diario La Ley**, Nº 8499, Sección Doctrina, 12 de Marzo de 2015, Ref. D-97, Editorial **LA LEY**

**LA LEY 1622/2015**

El concepto de acceso a la justicia está evolucionando drásticamente poniendo en evidencia la capacidad de la mediación para satisfacer una parte de la demanda social de justicia. En el ámbito laboral español la mediación ya ha conquistado el mundo de las relaciones colectivas y ahora está buscando su imprescindible papel en el campo de la resolución del conflicto individual de trabajo como el derecho de las partes a resolver sus disputas a través de medios informales y adecuados. Sin embargo, la realidad va muy por detrás de nuestras propias leyes y palabras pues seguimos canalizando la resolución de la conflictividad laboral individual a través del procedimiento judicial y de la sentencia incapaz en muchos casos de satisfacer adecuadamente las necesidades de las partes.

Normativa comentada

*L 36/2011 de 10 Oct. (jurisdicción social)*

**LIBRO PRIMERO. Parte general**

**TÍTULO V. De la evitación del proceso**

**CAPÍTULO I. De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales**

**Artículo 63. *Conciliación o mediación previas.***

*La mediación por sus especiales características (da voz, permite ser escuchado y ser tratado en pie de igualdad y con respeto), representa*

Diario LA LEY

*un método de resolución que, además de complementar a los órganos jurisdiccionales por razones prácticas y de eficiencia, satisface la necesidad de justicia tanto procedimental como distributiva y reparadora de muchos individuos con independencia de su cultura, origen, lengua, formación y medios económicos. La mediación posee una dimensión internacional y global, podríamos decir que universal, porque responde a esa necesidad y deber que todo ser humano y sociedad tiene: la de que partes en pie de igualdad y tratadas con el mismo respeto logren un acuerdo razonable que concilie los intereses y punto de vista de todos los afectados, esto es, un acuerdo sentido como justo por las partes.*

*Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer, muchos obstáculos que salvar y numerosas cosas que cambiar pues pese a la constante declaración de su utilidad y eficacia y de su potencial ganancia en términos de eficiencia y de justicia, de su consideración como manifestación de una sociedad que resuelve sus conflictos de forma madura, moderna y evolucionada, que se proclama atenta a las necesidades de las personas y de su progresiva expansión en la esfera internacional, en el ámbito del conflicto individual de trabajo no es ofrecida con carácter general ni de forma homogénea. De hecho, podríamos decir que en el campo de la conflictividad laboral individual es estadísticamente insignificante hasta el punto de que puede afirmarse que las partes de un conflicto individual de trabajo tienen seriamente limitado su derecho de acceso real y efectivo a un sistema de resolución eficaz, rápido y justo como es la mediación y, por tanto, ven limitado su derecho de acceso a la justicia.*

## **I.**

### **ACCESO A LA JUSTICIA**

En un nivel aún más profundo, la idea entera de que debemos buscar el acuerdo entre todos descansa en un compromiso fundamental con la igualdad de todos los seres humanos... Sólo sobre esta base podemos defender la afirmación de que se deben conciliar los intereses y puntos de vista de todos los afectados (*La justicia como imparcialidad*, Brian BARRY) (2) .

## 1.

### *Mucho más que acceso a los órganos judiciales*

«Acceso a la justicia» es un concepto que nos ofrece muchas y sugestivas connotaciones. Tanto «acceso» como «justicia» pueden tener distintos significados: *justicia* puede ser entendida como el servicio público estatal de resolución de conflictos (los órganos judiciales que administran justicia) ante el que se reclaman los derechos, o puede encarnar otros valores propios de la justicia social (igualdad, equidad, trabajo, seguridad, educación, sanidad, propiedad). Por su parte *acceso* es un término que representa cualquier medio, mecanismo o sistema por el que las personas reclamamos lo que es justo, jurídica o socialmente.

Pese a esta amplitud de significado, el acceso a la justicia se ha vinculado tradicionalmente al correcto funcionamiento y calidad del sistema judicial. En este contexto el objetivo principal para facilitar el acceso a los órganos judiciales adopta una perspectiva endógena: una mirada interna, estrecha y estatal centrada, esencialmente, en la remoción de las barreras internas mediante la reforma de las instituciones formales del sector de la Administración de justicia, como la judicatura, los servicios prestados por los abogados y el propio proceso legal. Más juzgados, recursos y medios, justicia gratuita, reducción del coste de la litigación, simplificación procesal y lingüística han sido las reformas tradicionales para corregir las disfunciones del sistema judicial y facilitar el acceso de todos a los órganos judiciales.

En el análisis (3) de las disfunciones de la Administración de justicia este enfoque tiende a adoptar una aproximación cuantitativa como consecuencia de la propia premisa de la que parte y que se da casi siempre como ecuación válida por la mayoría de los sujetos implicados (judicatura, profesionales, usuarios, políticos): *justicia = juzgados y procedimiento judicial*, lo que nos lleva a concluir que más juzgados, más resolución judicial y más sentencias, más justicia. Más es mejor. La clave, en consecuencia, es cómo conseguir más justicia: si hay dinero, a través de más juzgados y si no, a través de más resoluciones y sentencias con los juzgados que ya tenemos, o con una combinación de ambas. Esta es una ecuación permanente que ha trascendido incluso a la forma de retribución judicial basada en la productividad. Solo a veces y muy excepcionalmente lo cualitativo se impone como objetivo sobre lo cuantitativo, y normalmente no por los responsables políticos y de gobierno judicial.

Este planteamiento, además, se basa en asunciones que no se enfrentan y que, por ende, dejan sin contestar o al menos sin abordar plenamente cuestiones muy complejas: ¿qué es justicia?, ¿qué es una necesidad jurídica?, ¿qué conflictos deberían dar lugar a una demanda?, ¿qué acciones jurídicas estamos, como sociedad, dispuestos a financiar o podemos realmente sufragar con fondos públicos?, ¿cuánto, para quién, por quién, de quién, cómo?

Ante la crisis permanente en la que se encuentra la Administración de justicia que parece imposibilitada para cumplir su misión, se han venido produciendo en los últimos quince años una serie de importantes reformas legales sobre todo de tipo procesal destinadas muchas de ellas a «modernizar y agilizar la justicia». Sin embargo, por muchas reformas que se han hecho se reproduce de forma cíclica el mismo fenómeno pues tanto se cambian las leyes o se amplía la planta judicial, tanto parece permanecer lo mismo: la justicia no es ágil, no parece moderna, no resulta eficaz, no satisface las necesidades. Hay una presión permanente acerca de la reforma

de la justicia que es no solo la manifestación de una preocupación acerca de sus costes y sus retrasos sino, sobre todo, la expresión de una insatisfacción tanto de los usuarios como de aquellos llamados a prestar el servicio de justicia, especialmente los jueces. No cubrimos las necesidades que se nos demandan socialmente, produciéndose como añadido una quiebra de la identidad profesional. El fenómeno, además, no es exclusivamente nacional.

Fruto o consecuencia de todo ello, frente a aquella primera visión estatal, cuantitativa e interna del acceso a la justicia paulatinamente se ha optado por cambiar la perspectiva y adoptar una visión amplia, de base, cualitativa y externa de lo que el propio concepto justicia y, como consecuencia, el acceso a ella representa (perspectiva exógena). En esta evolución el concepto de acceso a la justicia en su vertiente de resolución de disputas se ha ido progresivamente ampliando y así ha pasado de ser considerado un derecho de acceso a los tribunales (sistema público estatal de resolución) a un derecho más amplio de acceso a una resolución, justa, eficiente y eficaz de los conflictos, resolución que puede lograrse a través de diversos medios o mecanismos, formales (judicial), cuasi formales (arbitraje) e informales (mediación y demás métodos basados en la negociación), todos ellos capaces de dar satisfacción al derecho.

Finalmente, desde la perspectiva de justicia social y de derechos humanos (*human-rights approach*), acceso a la justicia es mucho más que mejorar el acceso de los individuos a los órganos judiciales o garantizar la asistencia jurídica: el objetivo es la consecución de leyes justas, y de una resolución justa a través de procedimientos justos mediante la adecuada combinación y coordinación de sistemas de justicia formales (SJF) y de sistemas de justicia informales (SJI).

También desde esta perspectiva de derechos humanos, el acceso a la justicia y el Estado de Derecho (*rule of law*) conforman uno de los pilares que junto a los representados por los derechos de propiedad, los derechos laborales y los derechos comerciales sustentan un enfoque más amplio, el de empoderamiento legal (*legal empowerment*) (4) basado en cada país y contexto particular que tiene lugar tanto a nivel nacional como local siendo una de sus condiciones básicas la «identidad y condición jurídica» de la persona como ciudadano, como trabajador, como titular de bienes y como hombre o mujer de negocios.

## 2.

### *Las barreras de acceso a la justicia y mediación*

«Acceso a la justicia» para todos es un derecho fundamental consagrado por el art. 6 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El derecho de «recurso efectivo» ha sido elevado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho comunitario proclamado además por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El «derecho a la justicia» es una exigencia a la que los Estados de la UE tratan de responder de forma sistemática mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales rápidos y poco costosos (5) . Este derecho aparece igualmente contemplado en la Carta Internacional de los Derechos del Hombre. Y también, por supuesto, en el art. 24 CE 1978.

La mediación es una de las modalidades de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). A efectos prácticos y por estar universalmente extendida seguiremos usando la denominación internacional de ADR. La primera distinción de la que cabe hablar es la de ADR convencionales y ADR que podríamos denominar judiciales (*JADR, Judicial Alternative Dispute Resolution*). Mientras éstas se aplican en el marco de un procedimiento judicial, bien directamente por el órgano judicial o por medio de la remisión a un tercero, las convencionales son aquellas a las que las propias partes acuden voluntariamente en el marco de su conflicto y al margen de cualquier procedimiento judicial. En las ADRJ (o JADR) hay un procedimiento judicializado (asunto *sub iudice*) y en las segundas (ADR) no.

La vinculación entre las ADR, y especialmente la mediación, con el acceso a la justicia y su utilización por los órganos judiciales es hoy en día evidente y reconocida expresamente a nivel europeo e internacional (véase al efecto la exposición de motivos de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en Asuntos civiles y mercantiles). Esta vinculación se produce, por un lado, por razones prácticas y de eficiencia: las ADR son una de las respuestas a las dificultades que en muchos países presentan los órganos judiciales a las que apuntábamos en el anterior apartado. Por otro, por razones de lo que se conoce como justicia procedimental.

Estas dificultades, que se erigen como barreras de acceso a los tribunales, pueden provenir tanto de la tecnificación y complejidad de las leyes y de los procedimientos, como del excesivo número de asuntos que provoca una resolución tardía, como de los costes que conlleva asumir un procedimiento judicial. Estos factores (cantidad, complejidad, lentitud y costes) pueden actuar aislada o conjuntamente y dificultan el acceso a la justicia tanto en su vertiente de acceso al órgano judicial como en su vertiente de obtención eficiente y satisfactoria de resolución del conflicto.

Otras barreras pueden provenir de factores geográficos. Pocos juzgados o su concentración en ciudades o núcleos urbanos grandes dificultan el acceso a la justicia. Los desplazamientos, aun disponiendo de infraestructuras adecuadas, conllevan tiempo y dinero. El solo hecho de tener que ir a un juzgado supone efectuar un desembolso (bien se mida directamente en dinero o en otros costes, como empleo de tiempo o de reducción de la productividad). Incluso la tecnología llamada a eliminar barreras puede representar un obstáculo y desfavorecer a ciertos sectores de la población, como evidencian los estudios sobre la brecha digital (6) .

Las barreras económicas son también muy obvias sobre todo cuando la representación jurídica es preceptiva, obligando al ciudadano a comparecer con abogado, procurador, otorgar poderes ante notario, abonar tasas, practicar pruebas más o menos costosas etc.

La tercera barrera clásica es el lenguaje. Por un lado, es evidente cuando el ciudadano no habla el mismo idioma que el que utiliza el Tribunal o el que es usado para redactar las leyes (caso de población extranjera, cada vez más frecuente). Las normas y los procedimientos están siempre escritas, lo que supone una barrera para aquella población que tenga dificultades para leer y escribir, por idioma o por ausencia de formación. Cada paso administrativo requiere la presentación de un escrito o de una comparecencia que se traslada a un escrito. Es fácil suponer el impacto que esto tiene en personas con escasa o ninguna alfabetización.

Relacionada con el lenguaje se encuentra la complejidad de las leyes y de los procedimientos.

Las leyes tratan de eliminar la ambigüedad y quizá por ello el que las redacta tiende a emplear palabras técnicas, un lenguaje sofisticado y distinciones complejas. En todos los países los profesionales jurídicos somos conocidos por emplear un lenguaje cuando no pomposo y extravagante, extremadamente técnico que complica innecesariamente las cosas. Por otro lado, el uso de un lenguaje y de términos técnicos es a veces inevitable, si se quiere ser preciso. A medida que desciende el nivel educativo o de formación del ciudadano, el problema que supone la barrera del lenguaje, de la técnica y de la complejidad se agrava (7) .

También relacionado con la complejidad se encuentran el exceso normativo conocido como *hyperlexis*

(8) , término acuñado por Bayless MANNING para definir *a pathological social condition caused by an overactive law-making gland* y, como uno de sus efectos, las múltiples «capas legales» que se pueden aplicar a un mismo asunto: normas locales, normas autonómicas, normas estatales, normas internacionales que se pueden suceder, superponer y/o solapar. La barrera de la lengua, del tecnicismo y de la complejidad se refuerzan la una a la otra cuando hay que descifrar leyes que se interrelacionan y superponen.

La mediación al ser un método informal, participativo (basado en la negociación), que puede ser fácilmente accesible, «local» e «internacional» o «global» a la vez (*glocal*), no centrado en normas y derechos, conservando las partes el control del resultado y del proceso, y rápido, permite remover las barreras antes expuestas: económicas, complejidad, tecnificación, retrasos, lenguaje, geográficos....

La remoción de barreras en el acceso a la justicia y la consiguiente satisfacción del derecho actúan de tres maneras a través del uso de la mediación, incidiendo en aspectos cualitativos (9) :

**a)** en el clásico de mejora de acceso al órgano judicial, al reducirse potencialmente el volumen de asuntos, permitiendo la mejor atención de aquellos conflictos que deben ser resueltos necesariamente con una decisión del juez por no ser susceptibles de acuerdo o por imposibilidad de las partes de lograrlo;

**b)** en la vertiente de mejora del servicio público prestado al ofrecer al ciudadano diversos procedimientos de resolución no excluyentes de resolución de su conflicto; y

**c)** como consecuencia, en el acceso a un procedimiento informal de resolución del conflicto que tiene la potencialidad de ser sentido como justo y producir un resultado también justo para las partes.

Abordaremos brevemente este último aspecto que entronca con las razones que antes denominábamos de justicia procedimental.

### 3.

#### *Sobre el problema de la definición de la justicia*

Las personas aplicamos diferentes criterios para decidir si un determinado resultado es justo, criterios que son reflejo de las diferentes circunstancias, personalidades y culturas teñidos, además, por un sesgo egocéntrico (egoísta, en cierta medida): un resultado justo es aquello que de una u otra forma me favorece. Por ello, «justicia» es un concepto que en gran medida es contextual, porque es fruto o creación de un específico contexto, de difícil o casi imposible definición universal y permanente. También lo es la producción de un «resultado justo», esto es, de un resultado que todo el mundo inmediatamente y sin muchos titubeos acepte como «justo». De ahí que las distintas sociedades a través de la ley lo que hacen es centrarse en el «procedimiento»: «quién» tiene el poder de establecer y decidir que un concreto resultado es justo, respaldar el poder de llevar a cabo esa decisión, y finalmente «cómo» ese «quién» va a llegar a esa decisión (así lo establece el art. 117.3 CE: El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan).

La sociedad (el pueblo del que emana la justicia), por tanto, puede establecer que el juez («quién») tiene el poder de establecer y decidir en la sentencia lo que es justo («qué»), a través del procedimiento y del juicio («cómo»), y de ejecutar lo juzgado («cumplimiento»). También puede establecer que las partes («quién») decidan lo que es justo para ellas porque satisface sus intereses («qué») a través de la negociación con la asistencia de un tercero neutral, el mediador («cómo») respaldando la fuerza del acuerdo así logrado («cumplimiento»), incluso como si lo hubiese dicho un juez. Ejemplo de ello es el art. 19 LEC.

Hay quien describe la justicia a través de los dos factores que ya venimos apuntando: el resultado y el procedimiento y así se habla de una justicia distributiva y una justicia procedimental. Hay quien añade otras facetas: retributiva y reparadora (10) .

La justicia distributiva está relacionada con la satisfacción con el resultado, esto es, se centra en los criterios utilizados, así como en su percepción, para decidir que un resultado es justo por sí mismo. La justicia procedimental se relaciona con la percepción de justicia de los procedimientos que se utilizan para llegar a un concreto resultado.

Pese a su importancia los aspectos de la justicia procedimental no atraen tanta atención pública (ni tan siquiera judicial) como aquellos relativos a la justicia distributiva. Sin embargo numerosas investigaciones han demostrado que cuando las personas experimentan la aplicación de un procedimiento de resolución de disputas o de toma de decisiones (como claramente es una mediación o un juicio), prestan una gran atención y dan mucha importancia «a la forma cómo se hacen las cosas», es decir, a cómo se adopta en un momento concreto una decisión y a los matices del tratamiento que se recibe (11) . Como consecuencia, las percepciones de la justicia procedimental afectan profundamente a las percepciones de la justicia distributiva otorgada por el resultado, a la vinculación y cumplimiento del resultado obtenido con el procedimiento y a la confianza, respeto y percepción de la legitimidad de las autoridades o

terceros que deciden, intervienen, ofrecen y aplican el procedimiento. Sorprendentemente, las percepciones de la justicia distributiva tienen en general un impacto más modesto que la justicia procedimental.

Para valorar la justicia procedimental las partes en disputa, lo sean de un juicio o de una mediación, utilizan una serie de indicios: 1) si el procedimiento que se aplica les proporciona la oportunidad de contar su historia (voz); 2) si el procedimiento les permite ser oídos por la otra parte y por el juez o tercero que interviene (ser oídos, audiencia); 3) si el tercero que interviene, el juez o mediador, les trata con dignidad y equidad (respeto e igualdad).

La mediación (12) por sus especiales características (da voz, permite ser escuchado y ser tratado en pie de igualdad y con respeto), representa un método de resolución que además de complementar a los órganos jurisdiccionales por razones prácticas y de eficiencia, satisface la necesidad de justicia tanto procedimental como distributiva y reparadora de muchos individuos, con independencia de su cultura, origen, lengua, formación y medios económicos (13) . La mediación posee una dimensión internacional y global, podríamos decir que universal, porque responde a esa necesidad y deber que todo ser humano y sociedad tiene: la de que partes en pie de igualdad y tratadas con el mismo respeto logren un acuerdo razonable que concilie los intereses y punto de vista de todos los afectados, esto es, un acuerdo sentido como justo por las partes (14) .

## **II.**

### ***RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CONFLICTO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y MEDIACIÓN***

#### **1.**

*Preeminencia de la resolución pública del conflicto laboral individual: la suma de un conjunto de factores*

El ordenamiento laboral español por razones históricas conocidas se ha caracterizado por la tutela pública del trabajador y por el intervencionismo público en las relaciones laborales. Como consecuencia ha sido la ley y no el pacto la fuente de todas las garantías y también la ley y no el pacto era la fuente de establecimiento de la forma de resolución de las controversias, preminentemente pública bien administrativa o judicial (15) .

Este protagonismo de «lo público» empezó a ser objeto de reconsideración en la transición política (16) y con la propia Constitución de 1978, concretamente con los derechos que establece en su art. 37. Así el ap. 2, al reconocer el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, abre la puerta al derecho a crear medios propios y autónomos para resolverlos (STC 217/1991, de 14 de noviembre, fundamento jurídico 5). Por otro lado, el derecho de trabajadores y empresarios a articular procedimientos privados de resolución de conflictos es un elemento más de la ordenación del conjunto de las relaciones laborales y, en consecuencia, forma parte del contenido del derecho a la negociación colectiva (

Diario LA LEY



art. 37.1 CE).

Pese a todo ello la inercia de la tradición determinó que el intervencionismo estatal siguiera prevaleciendo y así se constata cuando se encomiendan las funciones de conciliación, mediación y arbitraje a instancias administrativas (IMAC creado por el RD 5/1979, de 26 de enero) lo que, unido a una jurisdicción altamente especializada, gratuita y rápida (eficiente) (17) tuvo el efecto práctico de reducir la iniciativa de los agentes sociales en asumir el diseño y la promoción de medios privados de resolución. Como consecuencia, la resolución del conflicto laboral individual se ha venido verificando esencialmente por dos vías: a) pública extrajudicial, mediante instancias administrativas para los conflictos de intereses; b) pública judicial para los conflictos jurídicos.

Aunque las funciones de mediación del IMAC fueron desarrolladas por el RD 2756/1979, de 23 de noviembre, solo la conciliación fue utilizada en la práctica por las partes probablemente como consecuencia de estar reglada tanto en su procedimiento como en sus efectos procesales específicos respecto a la interrupción de los plazos de caducidad y la fuerza ejecutiva del acuerdo en adecuada combinación con las garantías procesales que al efecto otorgaba la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral (arts. 50 y ss. RDLeg. 1568/1980, de 13 de junio).

Iniciado el proceso de transferencia de competencias a las CC.AA., también las funciones del IMAC fueron objeto de traspaso: las que asumieron las competencias del servicio crearon instancias públicas con funciones similares y denominación diversa, aplicando las reglas procedimentales del D 2756/1979. Fue el RD 530/1985, de 8 de abril, por el que se reestructura el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (BOE 24 de abril), el que transforma al IMAC en un órgano sin personalidad jurídica, que pasa a estar integrado en la Dirección General de Trabajo y en las Direcciones Provinciales del Ministerio.

Todos estos órganos administrativos fueron en consecuencia creados por los gobiernos respectivos (central y autonómico) sin intervención de los agentes sociales en su diseño. Desde su inicio, pues, la resolución extrajudicial del conflicto individual nació con la «impronta pública» y, por tanto, con el riesgo de la burocratización.

Por otro lado la resolución judicial (también pública) del conflicto jurídico se vio potenciada por la negociación colectiva y por el convenio de una forma indirecta. Al configurarse el convenio en el sistema de fuentes como norma con valor de *cuasi-ley*, su cumplimiento «natural o intuitivamente» se garantizaba de la misma forma que se preservaba el cumplimiento de la ley: acudiendo a la jurisdicción (18).

Esta preeminencia de la solución judicial fue alimentada también en cierta medida por los propios órganos judiciales que miraban cuando menos con cierto recelo especialmente a sus homólogos extrajudiciales: los árbitros. La desconfianza se proyectaba en relación con dos facetas de un mismo derecho: el acceso a la jurisdicción y el de un proceso sin dilaciones indebidas. En definitiva, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La judicialización de la resolución del conflicto jurídico se vio también favorecida por una determinada interpretación doctrinal del art. 117.3 CE que consideraba que *exclusivamente* jueces y tribunales pueden resolver conflictos jurídicos. Esta parte de la doctrina procesalista,

Diario LA LEY

en suma, argüía que la CE judicializaba el conflicto estableciendo un acceso directo a la jurisdicción. Sin embargo, como ha señalado VALDÉS DAL-RE, «la Constitución no consagra un modelo cerrado y único de solución de las controversias jurídicas o, lo que es igual, no judicializa el conflicto. Ni prescribe un acceso directo a la prestación jurisdiccional, vedando el establecimiento por norma estatal o por acuerdo, individual o colectivo, de trámites de obligada observancia, ni impide a los interesados solventar sus diferencias mediante fórmulas amistosas o con auxilio de órganos no integrados en la actividad jurisdiccional» (19) .

Este protagonismo administrativo y de los órganos judiciales laborales fue poco a poco haciéndose progresivo y potenciado también por la desconfianza (¿inexperiencia?) que los propios agentes sociales mostraban hacia la solución auto regulada y extrajudicial y su confianza (excesiva) en la resolución judicial.

## 2.

### *La lenta evolución hacia la resolución privada*

En la década de los ochenta se comienza a vislumbrar un cierto movimiento hacia la resolución privada en el ámbito de las relaciones colectivas con reconocimientos y declaración de intenciones en el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979 (ABI), el Acuerdo Marco Interprofesional de 1980 (AMI), el Acuerdo Interconfederal de 1983 (AI) y el Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES); el desarrollo de experiencias autonómicas y sectoriales a nivel nacional; y, por último, la paulatina consolidación de una jurisprudencia constitucional que consagra la compatibilidad de la solución extrajudicial con el derecho a la tutela judicial efectiva (20) . Todo ello crea el caldo de cultivo para que el legislador iniciara un tímido, fragmentado y a fecha de hoy inacabado proceso de reconocimiento y de articulación de reglas dirigidas a apoyar e implantar fórmulas privadas de resolución.

Así lo hace la LPL aprobada por RDLeg. 521/1990, de 27 de abril, al equiparar la conciliación previa administrativa con la que pudiera efectuarse ante órganos creados mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 ET ( arts. 63 y 153.1 LPL). A ello responde también la reforma posterior del ET y de la LPL por medio de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que concretamente y en lo que ahora nos importa, al reformar el art. 91 ET reconoce la posibilidad (ya existente en algunas CC.AA.) de establecer en los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales a que se refiere el art. 82.2 y 3 ET procedimientos de mediación y arbitraje para la solución de los conflictos colectivos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios, que serían asimismo utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes se sometían expresamente a ellos.

Como es habitual, la reforma fue estimada por la doctrina insuficiente e incompleta y aunque potenciaba la negociación colectiva en la materia que examinamos perpetuaba al mismo tiempo la «incertidumbre sobre la capacidad de los procedimientos autónomos para responder con eficacia a las demandas de composición de la conflictividad individual» (21) .

No obstante estas críticas, pudo construirse un marco adecuado que recogiendo las experiencias autonómicas existentes dio lugar al nacimiento de un acuerdo sobre procedimientos privados de

resolución de conflictos de ámbito colectivo y estatal: el ASEC, firmado el 25 de enero de 1996 por los agentes sociales más representativos (UGT, CC.OO., CEOE, CEPYME). Con su firma las partes sociales dispusieron con carácter general de sistemas privados alternativos al proceso a los que voluntariamente, en virtud de ratificación o adhesión expresa, podrían someterse. Como efecto mimético, se fueron suscribiendo acuerdos de solución extrajudicial de ámbito inferior quedando completado el territorio autonómico en el año 2003 con Asturias.

El tímido pero progresivo aumento de la confianza entre las partes (agentes sociales) y, por lo tanto, en la negociación bien directa o asistida por un mediador como sistema de resolución de la conflictividad conllevó el necesario desplazamiento también tímido y progresivo de la preferencia de la resolución judicial a la extrajudicial. En efecto, los Acuerdos sobre Solución Extrajudicial de Conflictos ampliaron las posibilidades de actuación de la negociación colectiva en lo que se refiere al establecimiento de mecanismos privados de resolución, pudiendo las partes adherirse, remitirse, someterse a los procedimientos extrajudiciales en ellos previstos o, simplemente, establecer sus propios sistemas de resolución.

La negociación colectiva se convierte, por tanto, en la fuente fundamental de establecimiento de los sistemas privados de resolución de conflictos tanto colectivos como individuales, siendo su expresión principal los Acuerdos sobre Solución Extrajudicial (en adelante ASE) de carácter interprofesional. Representan la contrapartida a la resolución pública, bien administrativa bien judicial. Su objetivo es «privatizar» la resolución del conflicto mediante su extracción del ámbito público administrativo y judicial, privatización que debe ser necesariamente respetuosa con el derecho de acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva) del art. 24 CE: no es posible cerrar el acceso a los tribunales pero nada impide tampoco establecer la condición de agotar un trámite privado extrajudicial previo que sustituya al administrativo.

De esta forma, y en lo que a los conflictos individuales se refiere, la norma general es la sumisión a un trámite preprocesal obligatorio, legalmente definido y establecido siendo su naturaleza pública o administrativa extrajudicial. La negociación colectiva, fuente del establecimiento de los sistemas privados de resolución ( art. 37.1 CE), puede sustituir al órgano que desarrolla el procedimiento extrajudicial administrativo obligatorio previo (órgano administrativo integrado en la DGT) por una institución privada designada expresamente por las partes sociales.

Como la causa de este desplazamiento de lo público a lo privado es el pacto colectivo, solo en aquellos territorios en que se ha llegado a este pacto de sustitución de la norma general en los ASE, el sujeto privado asume el procedimiento extrajudicial obligatorio previo y, además, solo en las condiciones y con el alcance de lo expresamente pactado, de tal forma que además de producirse diferencias entre los distintos territorios (ASE que no contiene pacto de privatización frente a ASE que sí lo contiene) pueden coexistir en un mismo territorio la resolución extrajudicial administrativa o pública con la resolución extrajudicial privada, pues es posible pactar la privatización para un cierto tipo de asuntos y no para otros, e incluso compartirse la competencia. Además de los dos ámbitos territoriales (estatal y autonómico) en los que se pueden pactar ASE, nada impide el establecimiento de un ASE a nivel sectorial, estatal o autonómico que establezca procedimientos extrajudiciales de resolución al amparo de lo establecido en el art. 91 ET.

Los ASE tanto el estatal como los autonómicos interprofesionales o sectoriales se centran, sin  
Diario LA LEY

embargo, en la solución de los conflictos colectivos. El ASE estatal porque parte de considerar al conflicto individual como un fenómeno esencialmente «local» y, por tanto, dentro de la competencia territorial autonómica. En consecuencia son los ASE autonómicos los llamados por competencia territorial a abordar el conflicto individual aunque, como veremos y por razones diversas, su objeto fundamental es el conflicto colectivo al que suelen abordar en atención a su naturaleza y objeto, cada vez más amplio como evidencian las últimas reformas legales.

Como el pacto es la fuente de los ASE (a cualquier capa o nivel), pueden o no incluir la resolución de todos (22) o algunos conflictos individuales; pueden o no sustituir al trámite obligatorio previo preprocesal, estableciendo una competencia compartida o exclusiva; pueden o no establecerse con carácter voluntario en algunas materias, pueden especificar solo los conflictos incluidos (formulación positiva) o solo los excluidos (formulación negativa) o guardar simplemente silencio. Pueden asumir incluso una labor «preventiva» del conflicto y extender por adhesión de la Administración Pública su competencia a los conflictos individuales que afecten a su personal laboral (23) ; y pueden asumir conflictos plurales definiendo expresamente lo que, a los efectos del ASE correspondiente, es un conflicto plural. En suma, dentro de su ámbito territorial y personal, materialmente pueden establecer (y dejar sin efecto) (24) cuantos pactos tengan por conveniente en relación a sus competencias y formas de resolución extrajudicial, pactos que pueden ser más o menos amplios, con los únicos límites que los legalmente impuestos, o simplemente no existir.

El resultado práctico ha sido el mapa de resolución extrajudicial del conflicto individual que abordaremos en las siguientes páginas y que nos ofrece un panorama disperso, fragmentado, desigual, y difícil de comprender tanto desde el punto de vista de la jurisdicción, a la que están llamados a agilizar y descargar (Exposición de Motivos, ap. V de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social) como desde el punto de vista de acceso a la justicia comprensiva de un sistema de resolución eficiente del conflicto individual de trabajo, previo o no al procedimiento judicial e «igual para todos», porque todos somos iguales ante la ley.

Finalmente, desde el punto de vista de la mediación, pese a la constante declaración de su utilidad y eficacia y de su potencial ganancia en términos de eficiencia y de justicia, de su consideración como manifestación de una sociedad que resuelve sus conflictos de forma madura, moderna y evolucionada, que se proclama atenta a las necesidades de las personas y de su progresiva expansión en la esfera internacional, en el ámbito del conflicto individual de trabajo no es ofrecida con carácter general ni de forma homogénea. De hecho, podríamos decir que en el campo de la conflictividad laboral individual es estadísticamente insignificante hasta el punto de que puede afirmarse que las partes de un conflicto individual de trabajo tienen seriamente limitado su derecho de acceso real y efectivo a un sistema de resolución eficaz, rápido y justo como es la mediación y, por tanto, ven limitado su derecho de acceso a la justicia.

### **3.**

*Un recorrido por los sistemas de conciliación-mediación que ofrecen las instituciones de resolución*

La entrada en vigor en diciembre de 2011 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, puso en escena a la mediación como sistema de resolución de los conflictos individuales de trabajo, situándola como medio diferente y en pie de igualdad a la conciliación hasta entonces existente. Como novedad, además de contemplarse la opción por una mediación como trámite previo obligatorio se establece en la ley la posibilidad de acudir a lo largo del procedimiento a una «mediación voluntaria» con el fin de evitar, precisamente, su continuación. Sin embargo, su introducción y su vinculación con el procedimiento laboral se han realizado, de nuevo, con excesiva timidez pues si bien se contempla la eficacia procesal de este valioso instrumento, su materialización, funcionamiento y establecimiento real se hace depender de la sola voluntad administrativa y de los agentes sociales encargados de la resolución extrajudicial.

Ya se ha expuesto previamente cómo, en función del territorio en el que nos encontremos, la resolución extrajudicial del conflicto individual se presta por diferentes órganos con distinta naturaleza, pública o privada, según se trate de órgano administrativo o del equivalente que asuma sus funciones creado por la negociación colectiva (25) .

En lo que a los órganos administrativos se refiere, estos pueden tener denominaciones diversas: SMAC, UMAC, CMAC, SEMAC..., pudiendo actuar con competencia exclusiva o compartida con el órgano privado de resolución. Un examen de la información ofrecida por las respectivas páginas webs revela que ninguno de ellos ofrece mediación sino la clásica actividad de «conciliación». En efecto, la navegación por las webs oficiales de las Consejerías de Empleo o equivalentes administrativas, portales del ciudadano, Consejería de Justicia etc. nos permite comprobar que, en el mejor de los casos y no siempre de forma sencilla de encontrar, se ofrece información más o menos extensa sobre el objeto de la conciliación previa al proceso judicial, la posibilidad de descargar un formulario de papeleta normalizado y de su presentación en sede electrónica, la indicación del lugar de presentación física, y su relación con el procedimiento judicial (no siempre actualizado pues en algunas de ellas se siguen remitiendo a la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral). En ciertos casos aunque se menciona la mediación laboral en la web de la Consejería de Justicia se especifica que la competencia en la materia es de la Consejería de Empleo —Andalucía—; en otros el resultado de búsqueda del término mediación en la web dentro de la sección «trabajo y relaciones laborales» es «0»; hay quien ofrece información sobre la conciliación distinguiéndola de otros procedimientos afines, describiendo su funcionamiento en detalle aunque con palabras no siempre sencillas —Murcia—. La Comunidad Valenciana, por su parte, ha realizado una encomienda de gestión con los Ayuntamientos, siendo pionero el de Alzira para que la conciliación se verifique en los consistorios atendiéndose la conciliación por un funcionario municipal licenciado en derecho actuando como letrado conciliador

La información disponible para el ciudadano sobre mediación en el ámbito laboral individual en las páginas públicas oficiales es en la práctica generalidad de los supuestos inexistente. Incluso en algunas CC.AA. en las que existen órganos privados de resolución extrajudicial ofreciendo mediación en conflictos individuales (cuya situación se analizará posteriormente) al no existir una adecuada y sencilla vinculación electrónica por medio de un simple link desde la web de información administrativa oficial, el ciudadano (pensemos en la situación de muchos trabajadores) no dispone de un «acceso» fácil a la información del órgano extrajudicial privado.

En cuanto a la información sobre la conciliación es desigual en su contenido y extensión (amplia en Cataluña y Murcia, por ej., muy escueta en Castilla y León), no siempre actualizada ni de

sencillo acceso y a veces dispersa.

Por lo que respecta al acto en sí de la conciliación, único método que se ofrece, y a salvo las siempre honrosas excepciones individuales que no vienen sino a confirmar la regla general, la práctica extendida es el desarrollo de lo que se ha configurado como un acto de «refrendo administrativo» o convalidación/homologación pública del acuerdo previamente logrado entre las partes. En suma, una especie de registro burocrático de legalización de avenencias o desacuerdos que funciona con total independencia y sin coordinación con los órganos judiciales, pese a que son la antesala del juzgado al que tratan de evitar, ayudar y descargar, y cuyo valor es generalmente cuestionado por público, juzgados y doctrina por la ausencia de una labor realmente conciliadora interpartes en toda su dimensión y facetas.

Respecto a los órganos privados de resolución extrajudicial, en virtud de los acuerdos autonómicos de resolución de conflictos (ASE, tantos como autonomías: 17) se han creado una serie de organismos que dan soluciones privadas pero que funcionan en su inmensa mayoría y de una u otra forma bajo el «tutelaje» y «beneplácito» público (Fundación, Servicio Integrado...). Su denominación es diversa: Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía SERCLA; Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje SAMA; Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos SASEC; Tribunal Laboral de Canarias; Fundación ORECLA (Órgano de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales); Jurado Arbitral de Castilla-La Mancha; Fundación del Servicio Regional de Relaciones Laborales de Castilla y León SERLA; Tribunal Laboral de Cataluña (más el Tribunal TRADE de Cataluña); Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana; Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura; Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares TAMIB; Tribunal Laboral de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Rioja; Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid; Oficina Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales de Murcia; Tribunal Laboral de Navarra.

En ejercicio de su propia autonomía al respecto, las partes negociadoras de cada uno de los 17 ASE existentes han decidido si asumen o no y en qué extensión y con qué carácter, la resolución privada extrajudicial de los conflictos individuales y, por tanto, de la implantación de la mediación a que se refiere el art. 63 y concordantes de la LJS. De esta forma nos encontramos con territorios en los que los órganos privados no ofrecen mediación alguna (por ej., Castilla y León, Asturias, Extremadura, Galicia, Murcia, Madrid, País Vasco), otros en los que está previsto pero suspendido (Canarias, Castilla-La Mancha), aquellos en los que se ofrece solo para ciertos conflictos individuales (Aragón, Andalucía, Cataluña), y otros como Navarra que la ofrece para todos los conflictos individuales (salvo elecciones sindicales, seguridad social y procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa).

Los que han optado por ofrecer algún tipo de mediación en los conflictos individuales manejan una terminología diferente y así nos encontramos con la oferta de «conciliación-mediación», de «conciliación y mediación» y solo de «mediación» (TAMIB). No todos diferencian entre conciliación y mediación y, cuando se realiza los rasgos distintivos no están claros. El Tribunal Laboral de Cataluña prevé la posibilidad de acudir primero a conciliación y tras su fracaso, a mediación.

En cuanto a la información disponible a través de internet, se advierte que no todos los organismos disponen de página web (Canarias, La Rioja), otros no tienen web propia estando integrada la información dentro de la página oficial de la CC.AA. (Castilla-La Mancha) y otros

Diario LA LEY

tienen web específica (Navarra, TAMIB, Cataluña, SERCLA). Es normal encontrar el enlace o la dirección de todos ellos en sus respectivas páginas. Para conocer o informarse sobre la mediación en conflictos individuales en algunos hay que descargarse el Reglamento y proceder a su lectura (SERCLA, que además en su formulario modelo de inicio no distingue entre conciliación y mediación y cita la derogada LPL), otros reproducen el texto del articulado de su acuerdo en la página en vez de una explicación sencilla y accesible al ciudadano y otros, por el contrario (como Navarra), responden de forma clara a una serie de preguntas o consultas frecuentes.

Las referencias a la figura del mediador son también diferentes: unos organismos hablan de mediadores, otros de comisión de mediación, del órgano de mediación e incluso del «Tribunal» de mediación. La regla general es la comediación: uno por la patronal y otro por los trabajadores

También son diferentes las estadísticas que se ofrecen y que nos aportan datos interesantes como que el Tribunal Laboral de Cataluña realizó cuatro mediaciones individuales en el 2013, tres con acuerdo y una desistida y 0 mediaciones en lo que va de año, o que en el SERCLA es notablemente superior la intervención en la mediación voluntaria que en la obligatoria o el promedio de tiempo invertido en una mediación (43 minutos) (26) .

#### **4.**

##### *El importante papel de otros sujetos*

Los arts. 1 a 3 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuyen a la Inspección de Trabajo una variedad de funciones relacionadas en mayor o menor intensidad con la resolución del conflicto tanto de tipo preventivo (función de vigilancia del cumplimiento de la legislación y de asesoramiento), de naturaleza coadyuvante (emisión de informes), de intervención directa formal e informal, y de conciliación, mediación y arbitraje en conflictos y huelgas cuando su intervención sea aceptada por las partes. Aunque su actuación se desarrolla tradicional y de forma predominante en los conflictos colectivos, también es posible en los conflictos de naturaleza individual, incluso deseable (27) .

Otros sujetos públicos que pueden realizar funciones relacionadas con la resolución extrajudicial del conflicto son el juez y el secretario judicial una vez que el asunto está judicializado. Propiamente no se trataría en ninguno de los dos casos de una auténtica labor mediadora puesto que ambos tienen conexión con el procedimiento judicial al que el conflicto se refiere a no ser que se articulara procesalmente de forma tal que aquel que realiza la función de conciliación fuera ajeno al procedimiento. Tal circunstancia podría concurrir en la figura del secretario y a través de una determinada organización de la oficina judicial. No parece legalmente posible, por el contrario, con el juez llamado a desempeñar funciones de conciliación inmediatamente antes de iniciar el juicio y al final del mismo.

En cualquier caso, cuando el juez y el secretario intervienen en su papel de conciliación en el procedimiento al que el conflicto se refiere animando a las partes a buscar una solución amistosa, están realizando gestiones procesales para la resolución extrajudicial del conflicto y

no una mediación en la que, por definición, el tercero interviniente carece de poder de decisión en cualquiera de los aspectos que el conflicto pueda presentar [ilustrativo al respecto es el art. 3 a) párr. 2.º de la Directiva 2008/52/CE y sus considerandos 11 y 12].

En lo que se refiere a la intervención de sujetos privados (mediadores) diferentes a los directamente citados por la ley para actuar (órganos privados de resolución de conflictos designados por la negociación colectiva), su actuación solo puede producirse extraprocesalmente y en los mismos casos y supuestos en los que las partes pueden negociar por sí mismas la resolución de su conflicto (poder dispositivo y art. 19 LEC) (28) . En consecuencia, y atendiendo a un criterio temporal, desde el mismo momento en el que el conflicto se produce en el seno de la organización laboral (centro de trabajo) y hasta la conclusión del procedimiento judicial incluso en fase de ejecución de sentencia firme.

La experiencia pone de manifiesto que no es infrecuente la negociación directa entre las partes y/o sus abogados-graduados: es un hecho que la mayor parte de los acuerdos registrados ante los servicios de conciliación que asumen la fase previa son simples refrendos de acuerdos directamente logrados por las partes. Por tanto, siendo la mediación esencialmente un proceso de negociación asistida (29) no hay obstáculo alguno (30) para que, si surgen bloqueos en la negociación o por cualquier otro motivo, las partes decidan asistirse de un mediador de su libre elección, que no necesariamente ha de ser el de los órganos privados de resolución extrajudicial establecidos por la negociación colectiva, aunque esto debería ser lo más normal.

En este sentido, lo que muchos denominan mediación organizacional o en el seno de las organizaciones es, innegablemente, una mediación laboral que aborda el conflicto en su origen y que puede encomendarse a órganos internos creados *ad hoc* o a órganos externos adoptando múltiples formas. No se trataría tanto de una *función preventiva del conflicto*, puesto que éste surge desde el mismo momento en el que dos partes tienen concepciones contrapuestas de algo, reclaman y su reclamación no es atendida. El conflicto nace en el seno del centro de trabajo, no en el juzgado que solo es receptor y canalizador de un conflicto ya definido y delimitado en sus contornos. Lo que se trata es de gestionarlo adecuadamente, prevenir su escalada y la reducción de sus efectos negativos promoviendo los positivos (cambio). Precisamente la mediación en su modelo transformativo se ha revelado como una herramienta esencialmente valiosa para la gestión del conflicto en el centro de trabajo.

Judicializado el conflicto laboral tampoco hay obstáculo alguno para que las partes se sirvan de la ayuda de un tercero privado para negociar. Puede objetarse al respecto que existe asimetría o desequilibrio de poder entre las partes y riesgo de contravenir la indisponibilidad de ciertos derechos (31) , objeciones que han llevado al legislador a desconfiar de la mediación regulando exclusivamente su realización por determinados sujetos («fiables») y en su vinculación al procedimiento laboral. Parece que se teme más a la negociación asistida que a la negociación directa o no asistida.

Con independencia de que esta regulación no sería necesaria porque el acuerdo logrado en mediación tiene el mismo valor que el acuerdo directo entre las partes al que no se somete a visado público a no ser que se denuncie o se judicialice, no tiene en cuenta otra serie de factores. Por un lado, deja al margen no solo la profesionalidad del mediador (32) sino también el papel de los asesores jurídicos (abogados y graduados sociales) asistiendo a las partes en el proceso de negociación. Por otro, olvida que una de las primeras funciones del mediador es



testar el conflicto y las partes, esto es, la «negociabilidad» del conflicto y el «poder» y margen que cada parte ostenta en el proceso de negociación, lo que entraña una valoración de los desequilibrios y de las posibles intervenciones destinadas a equilibrar el poder en la negociación. No todo conflicto puede ser negociado ni todas las partes son «aptas» y presentan «habilidad» para una negociación, siendo éstas las primeras decisiones que un mediador debe tomar (33) . Finalmente, incurre en un innecesario deseo de control del proceso en vez de centrarse en un mejor y mayor control del resultado obviando que la calidad de éste necesariamente está vinculada a la corrección de la negociación.

No se trata de que la mediación funcione marginalmente a las normas pues todo acuerdo debe respetar la ley. Pero para ello no se precisa siempre y en todo caso el control público sobre el proceso de negociación aunque sea un control indirecto al delegar la dirección de la negociación al órgano privado designado por la negociación colectiva. Con ello lo que se perpetúa es el intervencionismo en el proceso de resolución del conflicto individual de trabajo. Ahora bien, cosa distinta es que se quiera vincular el resultado a un procedimiento judicial y/o dotar a este resultado de determinados efectos jurídicos, en cuyo caso la intervención de los órganos legalmente designados (administrativos, privados sustitutivos, judiciales) puede ser no solo conveniente, sino necesaria. En este caso se desempeña una labor de homologación de acuerdos necesaria para la producción de ciertos efectos jurídicos legalmente establecidos, no una labor de mediación.

Partiendo de que no es lo mismo homologar o visar un acuerdo (actuación sobre el resultado) que mediar o conciliar (actuación en el proceso de negociación), quizá los órganos públicos y privados que funcionan como vía previa obligatoria de resolución extrajudicial deberían plantearse por razones de eficiencia esta distinción entre «atención y actuación en el proceso de negociación» y «atención y actuación en el resultado». De esta forma, podría ser posible y más eficaz establecer un tratamiento y destinar recursos diferentes para lo que es el puro refrendo, visado u homologación del resultado, es decir, de un acuerdo ya logrado por las partes respecto del que solo es necesario constatar su adecuación formal y material a la legalidad, de aquellos otros que deben destinarse a asuntos que requieren el desarrollo del proceso de negociación encaminado a la posible consecución del acuerdo. La misma talla no sirve para todos los supuestos.

Teniendo pues presente que cualquier sometimiento a mediación diferente de la realizada por los órganos legalmente designados no sustituye a la vía previa del art. 63 LJS ni tiene los efectos que la norma establece, debe insistirse en el poder dispositivo de las partes para la resolución de su conflicto a través de la negociación y la posibilidad de conseguir la homologación y visado del acuerdo para dotarle de los efectos jurídicos legalmente anudados a esta homologación, la cual es privativa de órganos y sujetos específicos, como también lo es en la mediación civil al atribuir tal función al notario y al propio órgano judicial. Por tanto, de la misma forma que es posible realizar una mediación al margen de la Ley 5/2012 con el único efecto de no ser aplicable los preceptos de la misma, lo que no la convierte en una mediación «ilegal» o «ajurídica» porque el acuerdo tendrá el valor de un contrato, de idéntica manera puede ocurrir (y de hecho así sucede) en el ámbito laboral.

Por otro lado, aunque la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye claramente de su campo de aplicación a la mediación laboral, en modo alguno puede significar que la mediación esté prohibida o sea imposible en los ámbitos excluidos: sencillamente no se

aplican a las exclusiones los preceptos de la ley. Sin embargo, son cada vez mayores las «zonas difusas» con materias a caballo entre dos jurisdicciones: materias civiles atribuidas a la jurisdicción social como, por ej., el progresivo incremento en número e importancia de las reclamaciones de responsabilidad civil por daños, con intervención incluso de múltiples aseguradoras y ejercicio de acciones directas. La normativa que se aplica es civil, los criterios son civiles y la materia es por naturaleza civil sin perjuicio de la matización que el contrato de trabajo pueda proyectar sobre ella. ¿Se trataría en estos supuestos de una mediación civil o laboral? ¿Es la jurisdicción competente para conocer del fondo del asunto la que marca la competencia de la mediación o es la naturaleza del asunto —civil— la que decide el tipo de mediación al que pueden acudir las partes y, por lo tanto, el mediador que puede intervenir en el proceso?

(1)

Este artículo es la primera parte del publicado por la autora bajo el mismo título en la revista Trabajo y Derecho, núm. 2, febrero 2015, Wolters Kluwer, págs. 36 a 59.

[Ver Texto](#)

(2)

BARRY, B., La justicia como imparcialidad, Buenos Aires, Paidós Estado y Sociedad, 1.ª ed., 1997, pág. 29.

[Ver Texto](#)

(3)

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO J. J. y TOHARIA, J. J., La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ Madrid, CGPJ, 2005.

[Ver Texto](#)

(4)

Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008: «La Ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones». A UNDP Rule of Law Initiative, 2010 Global Programme Annual report: «Accelerating Access to Justice for Human Development».

[Ver Texto](#)

(5)

Son muchas las medidas que los Estados tratan de afrontar:

Diario LA LEY

simplificación de actos de consulta, posibilidad de presentación de escritos electrónicamente, creación de sistemas de información de fácil acceso, divulgación y campañas de difusión («conoce tus leyes», «conoce la justicia»...).

Ver Texto

(6)

TORRES-ALBERO, C.; ROBLES, J. M. y DE MARCO, S., «Inequalities in the Information and Knowledge Society: From the Digital Divide to Digital Inequality», en *The Robotic Divide. A new frontier in the XXI Century?*; LÓPEZ PELEZ, A. (editor), Springer (2013). TORRES-ALBERO, C., ROBLES, J. M., MOLINA, O. (2010), «La brecha digital. Un análisis de las desigualdades tecnológicas en España». *Sistema* 218:3-22.

Ver Texto

(7)

Ver como ejemplo «El Derecho a Comprender» enunciado en el Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia, 2011, disponible en la web del Ministerio (diciembre, 2014).

Ver Texto

(8)

MANNING, B., «Hyperlexis: our national disease», 71 *Nw. U.L. Rev.* 767, 1977.

Ver Texto

(9)

Diario LA LEY

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «La satisfacción de los usuarios de la actividad de los Tribunales de Justicia», *Revista del Poder Judicial* (2002) núm. 66, segundo trimestre, págs. 459 a 512.

Ver Texto

(10)

DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution Theory and Practice*. San Francisco, Calif.: Jossey-Bass (2000). Otros autores incluso añaden más factores como la información, la calidad, forma de desarrollo de las relaciones interpersonales y tratamiento de los sujetos: COHEN-CHARASH, Y. y SPECTOR, P. E. (2001), *The Role of Justice in Organizations: a meta-analysis*. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 86, 278-321. COLQUITT, J. A. (2001), «On the dimensionality of organizational justice: a construct validation of a measure», *Journal of Applied Psychology*, 86 (3), 386-400.

Ver Texto

(11)

LIND, E. Allan y TYLER, Tom. R., *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum Press, 1988.

Ver Texto

(12)

Proceso de negociación asistida por un tercero imparcial y neutral que carece de poder de decisión, conservando las partes el control tanto sobre el resultado como sobre el mismo proceso.

Ver Texto

(13)

WELSH, Nancy A., «Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with it?», 79 Wash. U. L. Q. 787 (2001).

Ver Texto

(14)

BARRY, B., La justicia como imparcialidad. Buenos Aires, Paidós Estado y Sociedad (1.<sup>a</sup> ed.1997), págs. 29 y ss.

Ver Texto

(15)

MERCADER UGUINA, J. R., «Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias», AFDUAM, 11 (2007), págs. 89 a 110.

Ver Texto

(16)

Se inicia con el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (DLRT) y culmina, mediando la CE de 1978 con la L.O. 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). La exposición detallada del iter legislativo puede seguirse en SANTOR SALCEDO, H., La Mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico, La Ley, 2006, págs. 78 y ss.

Ver Texto

(17)

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «La calidad de los Tribunales de lo Diario LA LEY

Social: valoración realizada por los abogados habitualmente litigantes en esta jurisdicción», en Revista de Derecho Social (2003), núm. 21 enero-marzo, págs. 225 a 242.

[Ver Texto](#)

(18)

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «El valor "cuasi-legal" de los convenios colectivos», Relaciones Laborales, tomo I, 1987.

[Ver Texto](#)

(19)

VALDÉS DAL-RÉ, F., Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de los conflictos colectivos (I), Relaciones Laborales, tomo 1, 1992.

[Ver Texto](#)

(20)

Entre otras, SSTC 4/1988 de 21 de enero, 60/1989 de 19 de marzo, 217/1991 de 14 de noviembre.

[Ver Texto](#)

(21)

CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E. et al, «La solución extrajudicial como instrumento para resolver los conflictos sobre negociación colectiva», Cuestiones actuales sobre negociación colectiva, Madrid, 2002, págs. 174 y ss.

[Ver Texto](#)

Diario LA LEY

(22)

Con las necesarias exclusiones derivadas de la propia LJS como las controversias necesitadas de reclamación previa administrativa.

Ver Texto

(23)

Casos del Tribunal Laboral de La Rioja y del TAMIB.

Ver Texto

(24)

Este es el caso de Castilla-La Mancha.

Ver Texto

(25)

Los comentarios son el resultado de la información obtenida en diciembre de 2014 en las direcciones electrónicas y links que aparecen al final del trabajo «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo», GARCIA-ALVAREZ, R., publicado en el núm. 2 de la revista Trabajo y Derecho, febrero 2015.

Ver Texto

(26)

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/informes-y-estadisticas1> (diciembre, 2014)

Diario LA LEY



Ver Texto

(27)

LÓPEZ -ÁLVAREZ, M. J., «Solución de conflictos individuales en clave de mediación», RTSS CEF, 377-378, 2014, págs. 1 a 44, pág. 14.

Ver Texto

(28)

GARCÍA-ÁLVAREZ, R., «Mediación y Libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», Diario LA LEY, 7806, 2012.

Ver Texto

(29)

Al considerar a la mediación un proceso de negociación asistida o facilitada, conscientemente hablo de "proceso de mediación" y eludo el término procedimiento más apropiado para referirse a las reglas de remisión procesal y de incardinación procesal del acuerdo.

Ver Texto

(30)

GARCÍA-ÁLVAREZ, R., «¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?», Diario LA LEY, 8087, 2013.

Ver Texto

(31)

Diario LA LEY

LÓPEZ -ÁLVAREZ, M. J., «Solución de conflictos individuales en clave de mediación», RTSS CEF, 377-378, 2014, págs. 1 a 44, págs. 13 y ss.

Ver Texto

(32)

Al que es posible exigir legalmente, además de las responsabilidades derivadas del especial contrato de encargo que se establece entre las partes y el mediador, el cumplimiento de diversos requisitos más o menos rigurosos que acrediten su ética y su conocimiento en técnicas de negociación y mediación, lo que no parece demandarse, por el contrario, de los denominados «letrados conciliadores» de los órganos administrativos ni de muchos de los mediadores que aparecen en los listados de los distintos órganos privados, cuyas credenciales en mediación por regla general se desconocen cuando no son inexistentes.

Ver Texto

(33)

SENNETT, R., *Together, The Rituals, Pleasures and Politics of Cooperation*. Yale University Press, 2012, págs. 227 a 229.

Ver Texto