

# OBSTÁCULOS LEGISLATIVOS AL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

**Autora:** Rosario García Álvarez

Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
Profesor asociado ICADE, Máster de Acceso a la Abogacía

## Resumen

Cualquier intento legislativo de desarrollar la mediación para nuestros tribunales debe tratar de enfatizar como objetivos el conjunto de valores que de ella se predicán: rapidez, bajo coste, mayor participación, simplificación, soluciones creativas y adaptadas a las necesidades de las partes. Sin embargo, el legislador laboral sigue anclado en una particular concepción de la mediación y su valor que impide en la práctica su adecuado desarrollo en conexión con los juzgados. Para conseguirlo se hace preciso el reconocimiento explícito y la permanente atención de todos sus valores como objetivos legales y no como simple producto del acuerdo.

*Palabras clave:* mediación; mediación laboral; mediación intrajudicial; resolución de conflictos laborales.

## Legislative barriers to development of Mediation in Social Jurisdiction

## Abstract

Attempts to develop mediation in the legal system and within the courts should emphasize speed, low cost, increased party participation, simplification and more tailored and creative solutions. However, the labor law-makers are still anchored in a particular understanding of mediation and its values, blocking in practice the adequate development of mediation connected to labor courts. To meet this challenge, recognition and constant attention should be given to all the specific social and human values treating them as goals in their own right and not just by-products of settlement.

*Key words:* mediation; employment and labor mediation; intrajudicial mediation; employment dispute resolution.

Recibido: 21/04/2016

Aceptado: 14/06/2016

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), BOE 11 de octubre, alude a la mediación tanto procesal como intraprocesal como medio de resolución extrajudicial de los conflictos laborales colectivos e individuales. La causa de esta mención se encuentra en el dictamen previo del Consejo Económico y Social que fue el encargado de vincular la mediación directa y exclusivamente, lo que es importante destacar, a razones de eficiencia. En palabras del legislador, la mediación fue concebida como una “medida llamada a agilizar la jurisdicción social”. Ninguna mención se realiza a los otros valores sociales que deben guiar su práctica para que los sujetos a los que se encomienda puedan llevarla a cabo de forma adecuada.

En efecto, esa “novedad destacable” (inicio del penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos V) consistente en impulsar la mediación previa y la intraprocesal, no se encontraba en el anteproyecto de ley siendo el CES<sup>1</sup> el que, al advertir que la reforma conllevaba una notable ampliación de competencias para el orden jurisdiccional social y como consecuencia la previsión de un incremento del volumen global de asuntos, hizo una llamada de atención sobre la necesidad de potenciar los mecanismos de resolución extrajudicial de los conflictos laborales, “por ejemplo, a la hora de regular los efectos y las posibilidades de la conciliación

---

<sup>1</sup> Dictamen 11/2010, p. 18 y apartados correspondientes del dictamen. Disponible en [www.ces.es](http://www.ces.es), consulta abril 2016.

o aludiendo a otros instrumentos ya consolidados como la mediación. Igualmente”,... facilitando “el papel del juez con fines de conciliación durante el proceso”.

Fueron, por tanto, razones de eficiencia las que inspiraron las recomendaciones del CES y que, atendidas por el legislador de forma casi prácticamente literal, determinaron la introducción de la mediación junto a la tradicional conciliación previa en el título destinado a la evitación del proceso, de tal forma que las partes a la hora de agotar el preceptivo trámite previo pueden elegir entre “solicitar una conciliación o, en su caso, una mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma sus funciones”. También con absoluta igualdad regula las consecuencias de la incomparecencia; la suspensión de la caducidad y la interrupción del plazo de prescripción en los arts. 63, 64, 65 y 66; las posibilidades de impugnación en el art. 67; y de la ejecución del acuerdo logrado y formalizado por los trámites de ejecución de sentencias en el art. 68.

La mediación intraprocesal aparece también contemplada en el art. 82.3 de la LJS cuando señala, al regular el contenido de la cédula de citación, que en ella se advertirá a las partes de dos posibilidades. La primera, consistente en formalizar conciliación en evitación de juicio por medio de comparecencia en la oficina judicial; y la segunda, en someter la cuestión a los procedimientos de mediación que pudieran estar constituidos de acuerdo a lo dispuesto en el art. 63.

De la breve exposición hasta ahora realizada podemos ya extraer una serie de conclusiones:

1. La conciliación/mediación se contempla desde dos perspectivas: pre-procesal e intraprocesal ( o intrajudicial).
2. La pre-procesal se configura como trámite obligatorio previo al proceso, siendo el objetivo evitar su iniciación.
3. La intraprocesal, por el contrario, se configura como voluntaria y su objetivo es evitar la continuación del proceso judicial.
4. Ambas se vinculan exclusivamente a razones de eficiencia: agilización de la jurisdicción como medida compensatoria del incremento global de asuntos provocado por la reforma.
5. Las dos contemplan a los servicios administrativos o aquellos que pudieran estar constituidos conforme a la negociación colectiva y que asuman sus funciones, como los sujetos naturales para ofrecer y llevar a cabo la conciliación/mediación tanto antes de la demanda como una vez que la disputa está *sub iudice*. Son estos, por consiguiente, los que se configuran legalmente como servicios de mediación.
6. Qué es mediación e incluso conciliación parece darse constantemente por sabido: no se define conceptualmente en la ley ni existe remisión expresa a normativa específica de mediación laboral que guíe de forma clara a los servicios administrativos (el resto tiene capacidad de autodefinición) y ayude a

las partes a comprender qué es o debe ser mediación/conciliación. Aquellos, por tanto, no tienen más remedio que seguir como siempre: guiados por el obsoleto Real Decreto Ley 5/1979, de 26 de enero sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (BOE 6 de febrero) y por el Real decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, (BOE 5 de diciembre) por el que el citado Instituto asume parte de las funciones que tiene encomendadas<sup>2</sup>.

En relación con los servicios administrativos, pero también con muchos de los que han asumido sus funciones, existe el sentir común y extendido de encontrarnos ante la manifestación evidente de los males de la burocratización. Despersonalización y actuación pasiva por parte de los denominados conciliadores hasta el punto de que, a salvo siempre las honrosas excepciones que por lo demás confirman la regla, se afirma reiteradamente que solo se trata de un mero registro de acuerdos previamente logrados y de desacuerdos que necesitan el papel sellado para poder formular la demanda. La crítica hacia estos servicios suele ser reiterada cuestionándose incluso la misma necesidad de su existencia a pesar de que, por ejemplo, en el año 2014 terminaron con avenencia un total de 118.481 asuntos, cifra que representa un 28'6% del total de los registrados<sup>3</sup>. De no existir, seríamos los juzgados los que tendríamos que haber hecho el refrendo o registro del acuerdo. No parece, por tanto, un servicio poco eficiente ni que su presencia incluso a los meros efectos de registro sea tan innecesaria como se alega.

Por otro lado, la crítica a estos servicios se nos presenta injusta porque la mirada detractora cuestiona el efecto y no la causa: la normativa reguladora del año 1979 cuyo diseño ha generado la forma, consecuencias y estado actual de los servicios administrativos. Y, además, el efecto se cuestiona como consecuencia de priorizar hoy socialmente valores diferentes a aquellos que se consideraban en el año 1979.

El panorama se complica porque si ya antes de la LRJS existía una cierta confusión y solapamiento entre las figuras de la conciliación y la mediación que el gran público no sabía diferenciar con precisión, actualmente se acrecienta cuando se ponen al mismo nivel la conciliación, la mediación y en algunos servicios la denominada conciliación-mediación.

Para complicar aún más el escenario, tradicionalmente la mediación laboral se ha circunscrito a la conflictividad colectiva conformándose como una figura que incluye los trámites propios de una conciliación (citación de las partes, invitación a alcanzar una solución negociada, levantamiento de acta que refleje el

<sup>2</sup> Como consecuencia de la transferencia de competencias a las CCAA, el Real Decreto 530/1985, de 8 de abril, (BOE 24 de abril) convirtió al IMAC en un órgano sin personalidad jurídica, integrado en la Dirección General de Trabajo y en las Direcciones provinciales del Ministerio de Trabajo. Las diferentes CCAA crearon sus respectivos servicios públicos asumiendo las funciones, eligiendo nombres diversos (SMAC, UMAC, CMAC).

<sup>3</sup> Vid. infra nota 47.

resultado) con un comportamiento más activo del tercero que interviene. Esta intervención más activa se caracteriza por la celebración de una o varias reuniones, según el caso una mínima o más extensa indagación sobre el conflicto y, lo que es especialmente importante, el ofrecimiento de soluciones razonadas e imparciales que en el V ASAC estatal (BOE 23 de febrero de 2012) se exige que conste en el acta, aunque sea de forma simple y sin fundamentación expresa. Sobre la propuesta del mediador, se insiste en que es conveniente, oportuna y necesaria pues la autodeterminación de las partes radica en la libertad para no aceptarla y que, incluso en este caso, sirve para propiciar las negociaciones entre las partes para acabar convirtiéndose finalmente en la solución o, al menos, el fundamento o bases para la solución del conflicto.

La imprecisión y particularidades de la mediación en el ámbito laboral y la falta de remisión y desarrollo legislativo ad hoc acompañada de una actualización y modernización expresa de lo ya existente por parte del legislador de 2011 lleva a que, naturalmente, sea el modelo de mediación laboral antes expuesto y los valores declarados en la institucionalización de su uso en la LRJS y en el Real Decreto Ley 5/1979, de 26 de enero, los que se convierten en marco de referencia en nuestro ámbito entrando así en claro contraste con el concepto de mediación, sus valores y principios manejados en el ámbito civil, europeo y judicial en el que el uso de la mediación es de aparición más reciente. Es como si hubiera dos conceptos en vez de uno, como si la mediación como institución pudiera ser diversa, cuando lo que es diverso son sus aplicaciones y los retos a los que, en virtud del sector de aplicación, se enfrenta el mediador.

Partiendo de estas premisas legales configuradoras, el análisis que sigue a continuación se encamina a plantear una serie de cuestiones:

- Las consecuencias adversas que se derivan del actual diseño legal para la aplicación y correcto desarrollo de la institución de la mediación en el ámbito laboral, fruto de la herencia recibida.
- Las serias dificultades con que se encuentran los servicios a los que se encomienda la mediación especialmente los de tipo administrativo para, con el actual marco legislativo, desarrollar una auténtica labor conciliadora/mediadora y no un simple refrendo de acuerdos.
- La importancia de declarar y priorizar todos los valores que se persiguen a la hora de proceder a la institucionalización del uso de la mediación.

Hecha esta introducción, el apartado 2 del presente artículo se destina a recordar de forma breve las directrices o líneas maestras que rigen la regulación de la mediación en el ámbito civil. En el apartado 3 se incide en la naturaleza de la mediación como una evolución de la negociación y, a la vez, se trata de dar una visión de en qué consiste la intervención o ayuda prestada a las partes por un tercero imparcial y neutral, ayuda encaminada a lograr un acuerdo por sí mismas. A

continuación, el apartado 4 analiza la regulación de la conciliación/mediación en el mundo laboral en contraste con la regulación civil. El apartado 5 se centra en la revisión de algunas de las consecuencias derivadas de las decisiones del legislador laboral, como el requisito de la obligatoriedad y la primacía del valor eficiencia. Finalmente, el apartado 6 contiene las conclusiones, de tipo prescriptivo, argumentando la necesidad de reconsiderar y priorizar legal y adecuadamente los valores ínsitos en la mediación, incluso cuando se imponen la eficiencia y el pragmatismo, por medio de la revisión constante de los efectos de las decisiones legislativas.

## 2. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN POR LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Hoy en día no existe problema para comprender legalmente los rasgos esenciales y los principios inspiradores de una mediación. Contamos para ello con la Directiva 2008/52/CE (DOUE 24 de mayo) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, con su transposición representada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 de julio) y con el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, (BOE 27 de diciembre) por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley. Conforme a estas normas, la mediación es un medio de solución de controversias estructurado cualquiera que sea su denominación o nombre<sup>4</sup>, en el que las partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo (es decir, negociar) con la intervención de un mediador<sup>5</sup>.

Voluntariedad para iniciar y para permanecer en el proceso, libre disposición, autodeterminación, imparcialidad y neutralidad de los mediadores, igualdad de partes en el proceso de negociación que tienen los mismos derechos, oportunidades y obligaciones, confidencialidad que afecta a todos los intervinientes eximiéndoles de la obligación de declarar o de aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de la mediación, libertad de actuación y de organización de las partes con respeto a los principios de lealtad, buena fe, respeto mutuo y colaboración y apoyo permanente al mediador, son los principios inspiradores de la mediación.

El Preámbulo de la Ley destaca como ventajas de la mediación “su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes (...) construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equita-

---

<sup>4</sup> Cabría, por tanto, utilizar la denominación de conciliación.

<sup>5</sup> Al que también se podría denominar conciliador.

tiva, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto (...) fórmula de autocomposición...eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible... institución ordenada a la paz jurídica (que) contribuye a concebir a los tribunales de justicia... como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos...”

La Directiva, por su parte, vincula la mediación directamente a la mejora del acceso a la justicia<sup>6</sup>, debiendo abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. De ella destaca su economía, rapidez y adaptación de la solución a las necesidades de las partes, la mayor vinculación de las partes con el acuerdo y con su cumplimiento y su capacidad para preservar relaciones amistosas y viables (considerandos 5 y 6).

Conforme a la ley el inicio del procedimiento para la formalización de una mediación se materializa mediante una sencilla solicitud en la que se pueden incluir, sin carácter exhaustivo, pactos relativos al proceso: uno o varios mediadores, tiempo de duración de las sesiones, si son conjuntas y/o separadas, lengua, lugar de celebración, empleo de determinados medios. Formulada la solicitud de mediación se pasa a una fase o sesión informativa cuyo objeto es ofrecer a las partes y a quiénes van a estar en el proceso una serie de pautas mínimas sobre qué es la mediación, cómo se desarrolla y se organiza, el coste, duración... Recibida la información y aceptada la mediación se firma el acta de la sesión constitutiva, es decir, el acuerdo y deseo de las partes de ensayar, probar, intentar usar la mediación como medio de resolución de su disputa (pacto de sometimiento a mediación) y de asumir las obligaciones derivadas que de ella se deriven, regulando la ley sus aspectos formales mínimos (art. 19).

Una vez aceptada la mediación por medio de la firma del acta de la sesión constitutiva comienza el desarrollo de las sesiones de negociación. Flexibilidad y autonomía de la voluntad y desarrollo conforme a los principios inspiradores son sus características y el mediador, en sus intervenciones, debe facilitar la comunicación entre las partes y la exposición de sus posiciones de modo igual y equilibrado, en sesiones conjuntas o separadas, velando en todo momento porque dispongan de información y asesoramiento suficientes. Para ello desarrollará una “conducta activa tendente a lograr el acercamiento”<sup>7</sup> de las partes con respeto en todo momento de los principios inspiradores (Preámbulo Ley, III).

<sup>6</sup> Sobre acceso a la justicia, barreras y mediación, García Álvarez, R., “La mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, (núm. 2, febrero 2015), pp. 36-40.

<sup>7</sup> Vid. infra nota 18: conciliación/acercamiento como componente psicológico de la mediación,

La Ley y el Reglamento contemplan también el estatuto del mediador al que exigen una serie de requisitos mínimos (art. 11), entre los que cabe destacar la necesidad de una formación de duración y contenido específicos que se desarrolla en el Reglamento con igual carácter de mínimos: marco jurídico en relación con el ámbito de especialización, aspectos psicológicos, ética, procesos y técnicas de comunicación, negociación y resolución de conflictos. También se regulan las Instituciones de Mediación, encargadas de administrar los servicios de mediación.

Una importante precisión: la Ley 5/2012, de 6 de julio, excluye de su ámbito de aplicación a la mediación laboral; no niega, evidentemente, la posibilidad de mediación en el mundo laboral. Simplemente no se aplican sus previsiones<sup>8</sup>. Por su parte, la Directiva 2008/52/CE hace una advertencia específica en su considerando 10 sobre la mayor incidencia de los derechos indisponibles en los ámbitos del Derecho laboral y el de familia. No obstante, permite su aplicación en estos campos del ordenamiento<sup>9</sup>.

Qué es materia civil y mercantil no se especifica en ninguna de las normas lo que determina que sean nuestras normas del derecho civil y mercantil las que sirvan de referente cuando se trate de una mediación nacional. Sin embargo, puede haber una mediación transfronteriza europea o internacional (extracomunitaria) que obligue a reconsiderar el ámbito laboral como desgajado del derecho civil, al no ser nuestras normas civiles y mercantiles la referencia<sup>10</sup>.

Concebida desde la perspectiva general del campo de estudio de resolución de disputas como una negociación facilitada por un tercero imparcial y neutral, sea cual sea el sector del ordenamiento en el que se aplique, la mediación<sup>11</sup> es una<sup>12</sup>. Por otro lado, no deben confundirse el proceso de negociación facilitada

<sup>8</sup> Señala el Preámbulo de la Ley que “Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”.

<sup>9</sup> “La presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral”.

<sup>10</sup> Barona Vilar, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 122-123.

<sup>11</sup> Barona Vilar, S., *Mediación en...* cit., p. 98-99.

<sup>12</sup> La mediación muestra un alto grado de variaciones e indeterminación en relación con los procedimientos usados por el mediador, los objetivos que se persiguen y, en última instancia, con su significado esencial y profundo. Pese a toda la disparidad existente hay unanimidad en que se trata de un proceso de toma de decisiones basado en la negociación que presenta los siguiente puntos: 1) igualdad, autonomía de las partes y autodeterminación individual; 2) control del proceso de resolución y del resultado por las partes; y 3) presencia de un tercero imparcial y neutral que asiste y facilita la negociación. Vid. el examen contemporáneo del concepto de mediación en García Álvarez, R., “El juez como mediación, ¿Es conveniente? ¿Es posible?”, *La Ley* (núm. 7721, octubre 2011).



que es en puridad la mediación y el procedimiento para ponerla formalmente en marcha, vincularla en su caso al proceso judicial futuro o ya existente y generar determinados efectos jurídicos de tipo vinculante y/o procesales, que podrán ser diferentes en función del sector del ordenamiento jurídico en el que la mediación se lleve cabo. Se trataría, en tal caso, de las específicas aplicaciones de la mediación en el mundo civil/mercantil, laboral, penal, administrativo, de familia... sectores en los que puede producirse una distinta institucionalización del uso de la mediación. Desde otra perspectiva, también puede existir una mediación de hecho cuyo resultado, el acuerdo, producirá determinados compromisos y efectos jurídicos entre las partes en función de su contenido (contrato privado); y una mediación formalmente constituida que producirá y será tributaria de otros efectos jurídicos: los previstos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, o los que pudieran resultar de aplicación en función del sector del ordenamiento.

Finalmente, el considerando 11 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a las negociaciones precontractuales; los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto y, destacamos, “los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

Veamos a continuación en qué consiste la mediación: la intervención activa del mediador orientada a la solución de la controversia por las propias partes, esto es, ayudando a las partes a negociar<sup>13</sup>.

### 3. LA MEDIACIÓN: UNA EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

La intervención<sup>14</sup> del mediador en un conflicto, laboral o de cualquier otro tipo, supone aceptar un compromiso<sup>15</sup> mutuo: para el mediador el de ayudar a las partes en su negociación, para las partes el de ser ayudadas por el mediador en la negociación. Para que haya mediación las partes deben comenzar a negociar: los cónyuges, las empresas, el arrendador y el arrendatario o el trabajador y el empresario deben estar dispuestos a reunirse y a celebrar una sesión de negociación,

<sup>13</sup>Natural y correctamente en armonía con la flexibilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad, la norma guarda silencio sobre cómo se desarrolla la intervención del mediador y la negociación, al ser imposible recoger y encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación: solo es factible sentar sus bases y favorecer su utilización (Preambulo, III). Otra opción hubiera supuesto el establecimiento de un pseudo-procedimiento encorsetado.

<sup>14</sup>En la exposición sucinta sobre estas cuestiones sigo, parcialmente, a Moore, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

<sup>15</sup>Compromiso entre las partes y el tercero que constituye un contrato del que surgen específicas y recíprocas obligaciones.

creando un foro para el diálogo. La mediación es, por esencia, una negociación en la que por mandato legal o por voluntad (pacto) de las partes se incluye a un tercero que por diversas razones (conocimientos en negociación, capacidad para apelar a las partes para que lleguen a un acuerdo sobre la base de sus intereses específicos, reputación personal o institucional), puede ayudar a las partes en conflicto a coordinar sus actuaciones y ser más eficaces en sus intentos de negociación. Al introducir al tercero en el proceso de negociación se generan inevitablemente nuevas variables y dinámicas de interacción entre los litigantes que pueden llevar a la consecución del acuerdo.

El tercero que interviene —el mediador— se incorpora de esta forma a una disputa o a una negociación ya iniciada porque se considera que su intervención puede mejorar la dinámica de la relación conflictiva influyendo en alguna forma en el comportamiento negociador de las partes, bien facilitando la obtención de la información necesaria para llegar al acuerdo o conformar su resultado, bien permitiendo desarrollar un proceso negociador más eficaz. Para que esto se produzca es imprescindible que las partes tengan una específica disposición anímica: la de permitir psicológicamente que el tercero se incorpore a su disputa o negociación en marcha y les ayude. No se trata de que las partes acojan con entusiasmo la intervención del mediador a modo de un *mesías*. Lo único que se precisa es que las partes aprueben su presencia y estén dispuestas a valorar y escuchar con seriedad sus sugerencias de negociación.

El mediador debe ser además imparcial y neutral. La imparcialidad tiene connotaciones subjetivas y se refiere a la ausencia de relación personal con las partes. La neutralidad, por el contrario, alude al comportamiento de intervención específico del mediador, esto es, a la forma equidistante y sin preferencias de canalizar la intervención y dirigir el proceso de negociación. Ningún litigante quiere un mediador (o un juez) que favorece a una parte porque el mediador (como el juez) es por definición constructor, promotor y defensor de un proceso equitativo (justo), debiendo ser capaz en todo momento de prescindir de su opinión personal sobre los deseos de cada parte para concentrarse (esta vez a diferencia del juez) en cómo ayudar a los sujetos a tomar sus propias decisiones sin favorecer indebidamente a una de ellos. Esta actuación equitativa no significa, sin embargo, llevar a cabo las mismas actuaciones y el mismo diálogo con los dos litigantes. La equidad o la percepción de justicia del proceso no se juzgan desde fuera, sino desde dentro, por las partes. Son ellas, en última instancia, la prueba final y el test de la imparcialidad y de la neutralidad del mediador: es su percepción de ausencia de parcialidad<sup>16</sup> la que permite y determina la aceptación de la ayuda del mediador.

Cuando un mediador interviene en una disputa jurídica ya formalizada, como ocurre cuando se va a interponer o se ha interpuesto una demanda, se introduce

---

<sup>16</sup> Barry, B., *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

en un conflicto manifiesto en el que las partes, al menos en teoría, comenzaron en algún punto a negociar pero han llegado a un callejón sin salida o a un punto en el que no saben cómo continuar (*impasse*). Una vez que el mediador realmente se introduce en el conflicto manifiesto por existir la disposición anímica y adecuada de las partes (aceptación anímica de la presencia del mediador) lo que va a hacer es tratar de mejorar el proceso de negociación desarrollado o superar su paralización. Pero insistimos en ello, el reconocimiento último del poder del mediador de ayudar e influir sobre la negociación y el proceso de resolución es algo que solo pueden otorgar las partes a través de la aceptación anímica de su presencia y de su ayuda. No hay ley externa, juez, contrato u organismo capaces de imponer esa disposición anímica que, en última instancia, permite la verdadera intervención del mediador. Lo único que la ley, el juez o el contrato pueden hacer es imponer o ejercer una presión más o menos importante para que las partes intenten, ensayen o prueben la mediación como medio de resolución antes de que un juez decida el asunto. Este ensayo, prueba o intento de negociación obligado, forzado o simplemente inducido o sugerido<sup>17</sup>, no significa que los participantes se vean constreñidos a llegar a un acuerdo ni puede hacer generar en ellos la disposición anímica necesaria que siempre va a ser estricta y exclusivamente voluntaria. Sin embargo, si se intenta, prueba o ensaya es posible que surja esa disposición adecuada para negociar y recibir ayuda en el proceso.

El mediador, además, carece de todo poder de decisión lo que le distingue de los jueces y de los árbitros. También se distingue porque trabaja de forma diferente: mientras el mediador busca la conciliación<sup>18</sup> de los intereses en juego de las partes, a las que ayuda a examinar el futuro, a intercambiar compromisos y construir modos de relación que se ajustarán a las normas de equidad no del mediador sino de los propios litigantes, el juez va a examinar el pasado efectuando un juicio sobre hechos ya acontecidos, va a evaluar las normas jurídicas sobre adquisición de derechos y de exigencia de responsabilidades y, si se acude a la equidad, ésta se regirá por los principios sociales común y generalmente aceptados, no por los criterios de equidad específicos e individuales de las partes en disputa (lo que es justo para ellos en un momento y situación concreta).

Hemos señalado con reiteración que el mediador interviene ayudando a las partes. Esta ayuda puede manifestarse de muy diferentes maneras. Así y en primer lugar, el mediador es un facilitador del proceso de negociación que normalmente

<sup>17</sup> Vid. art. 414 Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>18</sup> La *conciliación* es el componente psicológico de la mediación en el que el tercero trata de generar un clima de cooperación y confianza (sin ésta no puede haber aquélla) que conduzca a la negociación. Desde un punto de vista psicológico las partes se han conciliado cuando se han corregido las percepciones indebidas, se han reducido o eliminado los temores injustificados y se ha mejorado la comunicación. El resultado es un diálogo que permite una negociación racional. Se ha logrado el acercamiento. El acuerdo no es necesario para la *conciliación* psicológica. Moore, Ch., *El proceso de mediación...*, cit. pp. 205 y ss.

lidera<sup>19</sup> al tomar la iniciativa con sugerencias de procedimiento (asistencia procesal) y, si es necesario, de otro tipo. Al ser la negociación un proceso de comunicación dirigida a resolver un conflicto o a hacer un trato, va a establecer los canales de comunicación que la promuevan o la hagan más eficaz. El mediador va a actuar como instructor de las partes al tratar de educar y formar a los negociadores poco expertos en cómo negociar. También va a ayudar a cada parte a reconocer el derecho o legitimidad del otro a participar en la negociación. El mediador puede incrementar los recursos disponibles para cada una de las partes, permitiendo el intercambio de información, lo que amplía las posibles alternativas de resolución. Va a explorar con las partes los problemas, facilitando el examen del conflicto desde muy diferentes puntos de vista, ayudando a descubrir y definir los intereses y las posibles opciones. Puede actuar como un agente de realidad que cuestiona y pone en evidencia las posiciones y soluciones extremas y poco realistas de las partes y, finalmente, asumiendo la responsabilidad de decisiones impopulares pero, por alguna razón, aceptables por las partes que, de esta forma, pueden trasladar al mediador la culpa o la responsabilidad de esa decisión.

Debemos insistir en la concepción de la mediación como un “proceso de negociación asistida en el que dos o más partes alcanzan por sí mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador”. La mediación es, por tanto, una evolución o continuación de la negociación, aspecto que es sumamente importante cuando se quiere utilizar desde nuestros tribunales como una solución y respuesta de eficiencia destinada a agilizar y descargar la jurisdicción, cualquiera que esta sea. Es importante porque toda negociación es única. Como proceso único y singular<sup>20</sup> y no procedimiento, requiere el transcurso de su tiempo particular, el que necesite cada caso y cada parte, por ser una acción personal de ir hacia delante, hacia el acuerdo, fluyendo por todas o algunas de las sucesivas fases, hasta donde las partes lleguen, de la negociación. Por eso no es incorrecto hablar de “proceso de mediación” porque, al hacerlo, estamos hablando de un proceso de negociación<sup>21</sup>.

Cada negociación tiene su propio tiempo y vida interior al ser un proceso de tipo psicológico, no una actuación por trámites, con su propia dinámica aun cuando sea previsible para los expertos. Cada negociación tiene una forma propia y específica porque está compuesta por una serie de acciones complejas que el

<sup>19</sup> El liderazgo suele conllevar el diseño y el impulso del proceso de negociación en virtud de decisiones consensuadas con o aceptadas por las partes.

<sup>20</sup> Definición de proceso según RAE: “acción de ir hacia delante; transcurso del tiempo, conjunto de fases sucesivas de un fenómeno”. No se emplea, por tanto, el concepto técnico-jurídico procesalista de proceso con función heterocompositiva, que es el que lleva a los procesalistas a hablar de procedimiento, en sentido también técnico jurídico, de mediación. En tal sentido, Barona Vilar, S., *Mediación en...*, cit., pp. 103-106.

<sup>21</sup> No debe confundirse la mediación con las normas legales para llevar a cabo su incardinación y eficacia procesal.

negociador realiza y que implican adoptar decisiones racionales en una situación de incertidumbre sobre actos alternativos que se evalúan tomando en cuenta muchos factores de muy variada índole: los movimientos de las otras partes, las necesidades y preferencias personales, las normas de conducta en cada contexto imperantes, los estilos, percepciones y habilidades personales, la información disponible... En las negociaciones, además, las partes en conflicto se enfrentan a muchos problemas procesales y psicológicos que deben resolver y superar si quieren seguir avanzando y llegar a un acuerdo.

En efecto, toda negociación implica unas concretas dinámicas psicológicas porque negociar, como tal, es un proceso psicológico en el que intervienen muchas variables posibles susceptibles de generar dinámicas negativas o positivas. El mediador debe promover la conciliación<sup>22</sup> entre las partes reforzando la relación psicológica positiva entre los negociadores, tratando de reducir o atenuar el conflicto innecesario que se deriva de las percepciones erróneas, las emociones intensas, los estereotipos, la falta de confianza y la mala comunicación<sup>23</sup>. Lo que prima es la calidad del proceso y de la intervención. Al igual que los negociadores se mueven en un concreto y singular escenario, también lo hace el mediador con actos específicos de intervención que, en realidad, no son trámites sino técnicas destinadas a influir en el comportamiento de las partes para alentar la toma de decisiones o la realización de actos positivos, inhibiendo la selección de conductas negativas<sup>24</sup>. Cada cambio que se produce en la mediación es el resultado de una combinación de movimientos del mediador con los negociadores, nunca son actos aislados.

Cuando el mediador se incorpora a un conflicto ya formalizado y claramente polarizado, como es el que existe cuando se ha interpuesto o se pretende interponer la demanda, tiene que decidir con las partes que métodos va utilizar para llevar a cabo la negociación, es decir, qué procedimientos<sup>25</sup> se van a emplear para desarrollar el proceso de negociación encaminado a resolver los problemas, asuntos o cuestiones en los que los negociadores centran su atención. Hay un problema o una cuestión porque las partes no coinciden en un tema y tienen intereses que consideran son exclusivos.

Para afrontar las cuestiones y decidir el procedimiento para llevar a cabo o ejecutar la negociación, las partes en conflicto pueden seleccionar uno o los dos tipos principales de negociación: la basada en posiciones o la basada en intereses. La primera se produce cuando los negociadores consideran que los recursos son

<sup>22</sup> Supra nota 18.

<sup>23</sup> Un estudio de las barreras (emocionales, psicológicas –sesgos y heuristics- y estratégicas) en negociación y de la ayuda proporcionada por un mediador, puede verse en García Álvarez, R., “¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?”, *La Ley*, (mayo 2013), pp. 9 y ss.

<sup>24</sup> Promover la conciliación, supra notas 7, 18 y 22.

<sup>25</sup> Procedimiento entendido como *acción de proceder, método de ejecutar algunas cosas* (fuente RAE).

limitados (por ej. una suma de dinero) y que la distribución de ganancias y pérdidas es el único resultado posible. La negociación basada en intereses surge cuando los negociadores buscan soluciones de integración que satisfagan las necesidades de ambos en la mayor medida posible.

La negociación posicional se denomina así porque consiste en elegir una serie de posiciones o alternativas que satisfacen los intereses de una parte pero que pueden o no satisfacer los intereses de la otra (estaría dispuesto a cerrar el caso por una cifra que va de un rango económico de 10 a 5; por una variación del horario que solo afecte máximo a tres días a la semana). Normalmente se ordenan de forma secuencial las posiciones de modo que la primera (10; 1 día) contemple una demanda importante que representa la máxima expectativa de beneficio si el otro acepta. Si no es así, la siguiente posición (9'5 o 9; 2 días) determina menos beneficios para la parte que inicia la negociación, exigiendo también menos del oponente. Las soluciones, sean económicas o de otro tipo (tiempo o comportamiento), siempre son muy específicas y con poca flexibilidad para generar otras opciones. En cualquier caso, el acuerdo requiere recorrer un camino previo: el de la secuencia adecuada en la formulación por cada parte de sus posiciones, tanto en el tiempo como en contenido. La secuencia no se puede cortocircuitar porque la negociación se rompe: la oferta adecuada (de cantidad, por ej. dividiendo por la mitad) en el momento inadecuado (demasiado pronto en el proceso negociador de formulación de posiciones/ofertas) se convierte en una oferta inadecuada y rompe la negociación<sup>26</sup>.

El mediador debe saber que los litigantes adoptan una negociación posicional cuando los recursos son percibidos como limitados, los intereses de las partes no son interdependientes o son contradictorios, las relaciones futuras tienen poca prioridad y las ventajas que obtiene el ganador son importantes.

La negociación basada en intereses no presupone que el recurso sea limitado ni que deba dividirse de forma necesaria. Por el contrario, de lo que se trata es de resolver un problema y buscar una solución satisfactoria para las dos partes. Esta satisfacción puede venir referida a muy diferentes tipos de intereses (tangibles y concretos, psicológicos, procedimentales – hablar, ser oídos...) y comienza con una comprensión de cada parte respecto de los intereses del otro, no con una formulación de la posición (50.000 €, un específico comportamiento, por ej.). En este tipo de negociación las partes deben empezar por comprender cada uno los intereses del otro, no por formular sus posiciones. Una vez identificados las necesidades, deben analizar los resultados y compartirlos para explorar la posibilidad de una solución conjunta satisfactoria para ambas. El acuerdo también aquí requiere recorrer un camino previo en el que se desarrollen y analicen alternativas que satisfagan las necesidades o intereses.

---

<sup>26</sup> El fenómeno se observa claramente cuando se presencia el típico regateo en un mercadillo.

Un mediador puede ayudar en los dos tipos de negociación, posicional o basada en intereses, para que el proceso se desarrolle de una manera más eficiente y eficaz. Los mediadores normalmente muestran un mayor interés en las soluciones integradoras o de intereses porque son conscientes de que la negociación distributiva, basada en posiciones, no genera alternativas creadoras de opciones y puede determinar un efecto destructivo de relaciones por su carácter esencialmente competitivo. Precisamente una de las principales contribuciones del mediador va a consistir en ayudar a las partes a pasar, si es posible, de una negociación sobre posiciones a una negociación integradora. Y, en todo caso, a que la negociación distributiva y su regateo característico genere el menor daño posible.

La complejidad del caso y de los problemas a resolver son otros aspectos que influyen sobre la actuación del mediador. Los tipos de intervención y sus detalles, así como su frecuencia, vienen determinados por la complejidad de la disputa y el número de partes, debiendo diseñar específicas estrategias de intervención que den respuesta a las complicaciones que surjan en cada enfrentamiento. Así, mientras en unos casos puede bastar con una simple entrevista en una sesión conjunta para obtener información, en otros puede ser necesaria una recopilación mayor que permita comprender las causas y la dinámica del conflicto. En unos casos va a ser indispensable una intervención permanente del mediador mientras que en otros podrá, en algún punto, retirarse y permitir que las partes negocien solas. La intervención puede consistir en tratar de cambiar la relación psicológica entre las partes para generar las condiciones necesarias que permitan una negociación productiva; puede concentrarse en modificar el proceso de negociación o la forma de resolución de la disputa; en ayudar a las partes a formular las propuestas de forma que sean aceptables para la otra; o puede centrarse en cambiar el contenido inicial de la disputa por medio de la exploración de datos y de alternativas, integrando propuestas, trayendo otras necesidades a escena etc.

La credibilidad, por otro lado, es un factor esencial: para que el mediador tenga éxito es preciso que la utilidad de su intervención y el mismo proceso de mediación resulten creíbles para las partes. Por ello, las primeras intervenciones del mediador deben dirigirse a promover en los participantes la credibilidad en la mediación desarrollando sus expectativas de que el mediador y el proceso de mediación les ayudarán de alguna manera a resolver la disputa. La credibilidad del mediador se basa, normalmente, en los atributos específicos y personales<sup>27</sup> exhibidos que refuerzan la creencia de la partes de que su presencia es útil para la resolución de la disputa como la originalidad de sus ideas, su dinamismo, perseverancia, tenacidad y paciencia, la discreción, su capacidad de generar confianza en las partes y unirse a ellas mostrando interés por igual en el bienestar de todos, de

---

<sup>27</sup> Bowling, D. y Hoffman, D., "Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on mediation", *Negotiation Journal*, (vol. 16, núm. 1, 2000).

mostrarse enérgico cuando es necesario, con sentido del humor, comprender rápidamente la dinámica y la complejidad de la disputa, o poseer cierto conocimiento del área en el que está actuando. La historia de la mediación nos muestra que el proceso funciona incluso cuando el mediador no está formado específicamente.

Desde otra perspectiva, las partes deben creer en la eficacia de los procedimientos, métodos de ejecución o intervenciones realizadas por el mediador. La credibilidad se fomenta proporcionando a las partes la información adecuada<sup>28</sup> de su papel en la mediación y de las etapas del proceso mediador, de tal forma que aprueben y acepten el proceso en general y cada uno de los pasos que a lo largo de la negociación se desarrollen, sabiendo lo que pueden esperar en cada momento. No se trata de proporcionar una información exhaustiva de cada una de las intervenciones concretas: basta con que las partes tengan una comprensión mínima del proceso. Este es, precisamente, el objeto de las sesiones informativas previas: que las partes evalúen no solo la mediación sino también el resto de procedimientos disponibles para resolver su disputa (incluido el juicio) y decidan de forma informada acerca de la mediación antes de comenzar la negociación. Una explicación cuidadosa y correcta y una evaluación de las alternativas de resolución existentes aumentarán la probabilidad de éxito de la mediación. Generada la credibilidad, las partes deben asumir el compromiso serio de mediar, es decir, deben asumir un compromiso tanto con el proceso negociador como con el de mediación y con el propio mediador. Este compromiso, representado por la firma del acta de la sesión constitutiva que constituye un contrato, es no solo formal: también debe ser de tipo psicológico con el proceso de negociación y con el acuerdo que se logre, en su caso<sup>29</sup>.

Las partes, además, necesitan no solo creer en el mediador concreto sino también en la institución en la que se inserta el mediador. La organización o institución de mediación debe haber tenido éxito en la trayectoria de su proyecto, cumplimiento de su misión o en el papel social de resolución de disputas atribuido, con un personal claramente imparcial y cualificado. La aceptación o el rechazo del mediador muchas veces se producen solo por la credibilidad o ausencia de ella<sup>30</sup> derivadas de las formas, valores, objetivos y estilos de actuar imperantes en la institución que ofrece los servicios de mediación. Solo si el mediador, la institución y la propia mediación son creíbles para las partes podrá producirse de

<sup>28</sup> El art. 17 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, regula el contenido mínimo de la información a proporcionar en la sesión informativa que cumple la finalidad aquí descrita. La información, por lo demás, debe ser constante a lo largo del desarrollo del proceso.

<sup>29</sup> Rawls, J., *A theory of Justice*, p. 176, citado en Barry, B., *La justicia como imparcialidad*, cit., p. 98: “cuando llegamos a un acuerdo, debemos ser capaces de respetarlo aunque el caso concreto cuente con las peores posibilidades. De otro modo, no habremos obrado de buena fe. Así, las partes deben sopesar con cuidado si serán capaces de mantenerse fieles a su compromiso en todas las circunstancias”.

<sup>30</sup> La reputación en definitiva



forma eficaz la introducción del tercero imparcial en la disputa cuya principal misión será, entonces, la de generar una compenetración o vínculo adecuado con las partes litigantes, entendido como la posibilidad de comunicarse libre, de forma fructífera y sentirse cómodos en un espacio de calidad humana<sup>31</sup>.

Una vez que el mediador se ha insertado convenientemente en la disputa, no hay razón para presuponer que la negociación mediada va a ser el mejor método de resolución para las partes. Por ello, en la fase inicial un buen mediador va a comenzar por tratar de identificar los intereses comprometidos en el conflicto, los objetivos que deben satisfacerse, así como los desenlaces posibles de la disputa. Identificados los intereses, deberá ayudar a las partes a decidir qué método posible de resolución van a escoger en relación con el conflicto para alcanzar sus objetivos, evaluando las consecuencias posibles de la selección de cada una de las alternativas existentes y disponibles, entre ellas el juicio, en función de criterios como el coste, el tiempo, la relación entre las partes etc. Cuando todos los métodos disponibles –negociación, juicio, otra resolución extrajudicial...– se han comparado y se han evaluado los posibles resultados de cada uno de ellos, las partes deben adoptar una decisión al respecto, un específico curso de acción con el cual se comprometen asumiendo la responsabilidad de su decisión y sus consecuencias<sup>32</sup>. Si este compromiso es con la negociación, el mediador habrá logrado una primera aproximación hacia el acuerdo.

El siguiente paso del mediador es recopilar y analizar la información acerca de las partes y sus relaciones, los temas, cuestiones existentes y los intereses que aparecen importantes para cada una de ellas. Esta información la obtienen los mediadores no solo por observación directa de las partes en las primeras sesiones conjuntas, sino también por medio de la recolección de datos en las entrevistas posteriores tanto separadas como conjuntas.

La tarea a afrontar a continuación consiste en elaborar un plan de actuación, concebido como una secuencia de pasos que el mediador va a promover y que facilitarán la negociación entre las partes para llegar a un acuerdo. Este plan de

<sup>31</sup> *Rapport* en inglés.

<sup>32</sup> La evaluación de posibles alternativas con el cliente es también labor de los abogados. La norma 13.9.e) del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía establece que “el Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo: (...) La evolución del asunto encomendado, resoluciones transcendentales, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio” (Código Deontológico Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio Aprobado en el Pleno de 27 – IX – 2002 y Modificado en el Pleno de 10 - XII – 2002). Más contundente es la norma 3.7.1 del Código de Deontología de los Abogados Europeos adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006: “el Abogado deberá intentar en todo momento buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos”.

actuación es variable y depende tanto del tipo de conflicto y su complejidad como del tiempo disponible y de las decisiones de las partes al respecto. Lo normal es que se perfile a lo largo del conjunto de sesiones iniciales, intermedias y finales de la negociación, pudiendo ser más o menos meditado y global o espontáneamente decidido con implicación de las partes en función de las cuestiones surgidas y de la dinámica. No hay un solo método, depende del mediador y de la situación concreta.

Conforme avanza la negociación y ésta se aproxima a sus etapas finales, las tácticas de las partes y del mediador evolucionarán de distinta manera en función de si el proceso está centrado en una petición exclusivamente monetaria o, por el contrario, las partes se focalizan en encontrar los términos de una solución que mejor satisfaga sus intereses. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de todos los participantes, la negociación puede llegar a un impasse.

El parón de la negociación, también conocido como impasse, suele ser frecuente en el regateo, en la negociación distributiva centrada exclusivamente en aspectos monetarios, pero también es posible en aquéllas de tipo integrador: por ejemplo, siendo deseable por razones económicas proceder a la amortización de una serie de puestos de trabajo, sin embargo no existe acuerdo en los criterios para su determinación; admitiendo el trabajador la movilidad geográfica, existe un desacuerdo en la forma de llevarla a cabo y en la compensación económica por el cambio verificado. Cuando se produce una de estas detenciones, son varias las técnicas de ruptura de impasse<sup>33</sup> que se pueden utilizar para generar movimiento. Una de las últimas suele ser la propuesta del mediador, es decir, sugerir los términos del acuerdo. La propuesta como cualquier otra intervención del mediador no está exenta de una técnica depurada no tanto por su contenido, sino por la forma y el momento correcto de realizarla: aquel en el que las partes quieren que el mediador tome las riendas por ellos para ser liberados de la tortura de una negociación competitiva e incierta en la que cada participante se ve obligado a hacer una concesión dolorosa tras otra, sin saber si este sacrificio va a conducir finalmente al acuerdo. La propuesta, en estos casos, es liberadora y permite a las partes que tienen que responder ante otros hacer responsable en cierta medida al mediador.

#### **4. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA CONCILIACIÓN/MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL**

Ya hemos visto que la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social parece dar por sabido en qué consiste una mediación, ya que no nos ofrece definición alguna: tan sólo nos explicita el procedimiento de formalización de una mediación

---

<sup>33</sup> Sobre las intervenciones del mediador para superar las barreras y el impasse en negociación, supra nota 23.

pre e intraprocesal así como sus efectos procesales. Tampoco nos define lo que es una conciliación, lo que puede originar cierta confusión pues ¿en qué se diferencian? La confusión se acrecienta cuando se trata de buscar información online<sup>34</sup>.

Hemos partido de que el concepto de mediación entendida como medio de resolución de disputas es uno<sup>35</sup> y que lo que existen son sectores o ámbitos de aplicación en los que es la institucionalización de su uso lo que puede ser diferente. Desde esta premisa debemos abordar ahora el examen de la institucionalización de la mediación-conciliación en el ámbito laboral en el que, si no son aplicables por mandato legal las previsiones de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles ¿dónde mira el legislador laboral de 2011 y, lo que es más importante, los servicios administrativos encargados de ofrecer la mediación laboral pre e intraprocesal? Recordemos al respecto que la Ley 5/2012, de 6 de julio, reserva la regulación de la mediación laboral a la norma sectorial correspondiente.

La respuesta, ya anticipada, nos viene dada por el RD 2756/1979, de 23 de noviembre, que establece en su art. 10 una descripción del acto de conciliación ritual y formalista, alejada de la riqueza del proceso que antes hemos visto: “comparecencia formal de las partes ante un letrado conciliador, con exposición de pretensiones y de las razones en las que se funda. Invitación del letrado conciliador a llegar a un acuerdo, con cuantas intervenciones sean pertinentes, manteniendo el orden en la discusión<sup>36</sup> con facultad de darla por terminada tanto por alteración del orden como por imposibilidad de llegar a un acuerdo, pudiendo el conciliador sugerir soluciones equitativas”. Se configura, además, como un requisito previo y obligatorio al proceso destinado a evitar su comienzo.

En cuanto a la expresamente denominada mediación, cuya utilización se limita a las disputas de índole colectiva, el art. 2 del RD citado nos dice que el mediador tiene facultad para convocar a las partes que estarán obligadas a comparecer personalmente cuantas veces se estime pertinente; y puede solicitar datos e informes necesarios para el cumplimiento de su misión, con deber de guardar secreto profesional incurriendo en responsabilidad en caso de transgredirlo. Su misión es la de, “en el plazo más breve posible, someter a las partes la propuesta de solución que considere justa”. Eso sí, las partes pueden rechazar la propuesta si, por la razón que fuese, no la consideran justa<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> García Álvarez, R., “La mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo”, cit., pp. 36 y ss.

<sup>35</sup> Cuestión distinta son los retos a los que se enfrenta un mediador en el ámbito laboral, derivados en sí de la naturaleza del conflicto de trabajo: desequilibrio de poder, alta emocionalidad, necesidad de soluciones rápidas y muchas veces creativas.

<sup>36</sup> Ni siquiera se habla de negociación, sino de discusión.

<sup>37</sup> Curiosamente la Directiva 2008/52/CE excluye de su ámbito de aplicación a “los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

A la hora de abordar los principios inspiradores, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, 5/1979, de 26 de enero, señala de forma reiterada la “necesidad de una rápida solución” que acabe con la prolongación de situaciones de incertidumbre que constituyen para empresario y trabajador una grave lesión y un perjuicio a veces irreparable. La “prolongación en el tiempo” de la resolución de la disputa se considera “contraria a un orden social justo” habida cuenta de la propia naturaleza del conflicto laboral y de los intereses puestos en juego. “Rapidez y justicia” son las palabras que preceden a la mediación, a la que se considera conveniente, de eficacia demostrada “haciéndose aconsejable su institucionalización sobre los presupuestos de imparcialidad del mediador y la libre aceptación de su actuación por los interesados”. Respecto a la conciliación, limitada a las materias donde la transacción es posible, se señala que no merma los derechos y proporciona en ocasiones soluciones inmediatas y aunque nos las consiga, organizada debidamente no supone ningún retraso apreciable en el proceso laboral.

El IMAC, por su parte, actúa bajo los principios de libertad, rogación, neutralidad, carácter profesional, técnico e imparcial y gratuidad. Del denominado letrado conciliador solo se exige que sea Licenciado en Derecho. Y para el caso de que se solicite una mediación, se oye a las partes sobre las condiciones y características que debe reunir el mediador, sometiendo a su consideración el nombre de las personas que pudieran reunir las para designar a aquélla en la que coincidan el parecer de ambos interesados tras recabar la aceptación del designado como mediador.

Junto a la regulación que establece la LRJS aquí acaba en lo sustancial el marco normativo de referencia que ha conformado a lo largo de los años la institucionalización de los valores y, por tanto, la actuación, la actual situación y el extendido descrédito<sup>38</sup> de los servicios administrativos. La comparación de la regulación civil y laboral nos permite comprobar las notables diferencias y la brecha que existe en la plasmación legal de la mediación. Esta comparación se limita ahora a los valores y razones para su institucionalización. Dejamos expresamente de lado el análisis de los efectos jurídicos procesales, ampliamente estudiados por la doctrina.

En efecto, al igual que se habla de la brecha digital podríamos hablar de la brecha institucional entre el sector civil y laboral cuando abordan la mediación. Así, la mediación del sector civil se nos ofrece además de como un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales con capacidad para dar

---

También hemos visto que la propuesta del mediador es una de las últimas técnicas para romper el impase o bloqueo en la negociación. En el ámbito laboral parece partirse de la premisa de que las partes ya han recorrido el camino negociador por sí solas y ante el parón acuden al mediador para que éste tome las riendas. Ello puede ser cierto en las disputas de índole colectiva pero no sucede lo mismo en las de naturaleza individual.

<sup>38</sup> Falta de la necesaria credibilidad de la que hablábamos anteriormente.

soluciones prácticas, efectivas y rentables (razones de eficiencia y cuantitativas); un proceso concebido institucionalmente como flexible, voluntario en su inicio y continuación; inspirado en valores como facilitar el acceso a la justicia, el control de las partes sobre el conflicto y sobre la forma de su resolución, la información, el mantenimiento y la preservación de las relaciones y de la paz jurídica, la adaptación a las necesidades de los intervinientes, la igualdad, la lealtad, la buena fe, el respeto mutuo y la colaboración (razones de justicia y cualitativas); y fundado en el apoyo al mediador cuya misión es ayudar a las partes a negociar, es decir, llevar a cabo una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes.

En el ámbito laboral, sin embargo, la institucionalización se nos presenta de forma mucho más confusa y escueta. Así, nos encontramos con una conciliación que, si aceptamos que el nombre es indiferente<sup>39</sup>, bien pudiera haber acogido y desarrollado de forma explícita las características de la mediación en esa invitación a llegar a un acuerdo, en la intervención de las partes y en la sugerencia de solución. Sin embargo, su valor declarado se limita a proporcionar, tan solo en ocasiones, soluciones inmediatas al tiempo que se perfila con ciertos rasgos formalistas. Y en cuanto a la mediación parece destinarse a excluir más que a dar participación, capacidad de negociación activa y conformación de la solución por las partes desde el mismo momento en que la labor del mediador es, “en el plazo más breve posible, someter a las partes la propuesta de solución que estime justa”. Teóricamente y a la vista de la regulación la labor del conciliador es propiciar reuniones y el entendimiento entre las partes (lograr el acercamiento psicológico), mientras que el mediador interviene oyendo a las partes, juntas o por separado, ofreciendo y defendiendo una propuesta razonable de acuerdo.

La propuesta de solución en el plazo más breve posible es un elemento de especial relevancia y que puede desvirtuar en gran medida la esencia de la mediación, concebida históricamente como un proceso colaborativo basado en la capacidad del ser humano de tomar sus propias decisiones y participar directamente para resolver de forma constructiva sus conflictos. La mediación se sustenta en la autodeterminación del individuo por antonomasia, es decir, que son las partes y no el mediador las que saben realmente cuáles son sus intereses y necesidades y la forma de satisfacerlos y que son ellas, y no el tercero, quienes encuentran por sí mismas la solución realmente justa y equitativa. A esta concepción responde precisamente la Ley 5/2012, de 6 de julio, de transposición de la Directiva 2008/52/CE. Pretender que sea el tercero, tras oír a las partes en disputa juntas o por separado, quien está en condiciones de encontrar rápidamente el equilibrio entre personas incapaces de vislumbrar la solución justa y equitativa, esto es, un acuerdo justo, se aleja enormemente de la autodeterminación y empoderamiento

---

<sup>39</sup> Vid. art. 1 Ley 5/2012, de 6 de julio y art. 1 Directiva 2008/52/CE.

que se predica como esencia de la mediación que quedan limitados, en última instancia, a la libertad de aceptar o no la propuesta.

Se insiste reiteradamente en la doctrina laboralista sobre la conveniencia de la emisión de propuesta aduciendo que, incluso cuando no es aceptada en el acto, propicia negociaciones entre las partes y acaba convirtiéndose en la solución o el fundamento para la solución del conflicto. Se señala que con ella el mediador va a solucionar los aspectos emocionales en aquellos conflictos en los que el componente personal es fuerte; se añade que el mediador con su propuesta permite contrarrestar el sesgo conocido como devaluación reactiva<sup>40</sup> consistente en el desprecio de la oferta o la concesión de la otra parte solo porque proviene de ella; que con esa propuesta puede tomar en consideración todos los aspectos no jurídicos en los que prevalecen las intenciones y deseos que, en muchas ocasiones, permiten el mantenimiento de las relaciones futuras. En fin, “el amplio margen del que disponen los conciliadores y, sobre todo, los mediadores y árbitros para una más efectiva ponderación de los intereses en juego”<sup>41</sup> y para enunciar lo que es mejor para las partes.

Es cierto que esta fórmula ha resultado exitosa y eficaz en muchas ocasiones en las que el conflicto de naturaleza colectiva requiere una solución muy rápida. También es cierto que las partes gozan de la libertad última de rechazar la propuesta. Sin embargo, su traslación al ámbito del conflicto individual debería hacerse con muchas reservas pues, estrictamente, se trata de una fórmula híbrida similar a la de un arbitraje de equidad no vinculante en la que el árbitro desarrolla ciertas tareas de mediador antes de la emisión de su opinión<sup>42</sup>. La distinción entre las dos figuras es clara: el mediador no tiene autoridad para hacer una recomendación de cómo debería resolverse la disputa a no ser que las partes lo autoricen expresamente y al final del proceso negociador; el árbitro desarrolla un proceso de toma de decisiones pudiendo utilizar técnicas de mediación en muchas ocasiones pero, en última instancia, tiene que emitir una decisión, aunque se configure como propuesta<sup>43</sup>. Esta es, precisamente, la característica de la mediación en la concepción del legislador y de la doctrina laboral: tras un intercambio negociador ofrecimiento rápido de soluciones razonadas e imparciales que pueden ser rechazadas y que, normalmente, se hacen constar en un acta.

<sup>40</sup> Vid. nota 23.

<sup>41</sup> Valdés Dal-Ré, F., “Informe de síntesis sobre conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea” en Valdés Dal-Ré, F. (dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 47.

<sup>42</sup> La Directiva 2008/52/CE, en su considerando 11, no contempla como mediación a “los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

<sup>43</sup> Gould IV, W. B., *A primer on American Labor Law*, 4<sup>a</sup> ed., The MIT Press, 2004, pp. 139 y ss.

Por el contrario, en el ámbito civil y mercantil la sugerencia de solución o propuesta del mediador se concibe como una técnica más pero de las últimas a utilizar y solo cuando hay autorización expresa de las partes para ello. Nunca es pública y su aceptación, que debe ser incondicional y sin conocer pero asumiendo que la otra parte acepta también incondicionalmente, se comunica de forma individual y privada al mediador en el breve tiempo que éste fije. La aceptación, como hemos dicho, se efectúa desconociendo cuál es la respuesta del otro y si una parte rechaza la propuesta nunca sabrá si la otra parte la había aceptado<sup>44</sup>.

Finalmente, en cuanto a los valores proclamados por el legislador laboral de 1979, el principal mérito que se vincula a la mediación es la rapidez que elimine la incertidumbre sin aludir, aunque fuera a través de declaraciones abstractas pero de indudable valor programático e inspirador, a conceptos como igualdad, satisfacción, necesidades, adaptación, libertad, respeto mutuo, colaboración y autodeterminación, todos ellos incluidos en los de justicia y orden social justo a los que solo de pasada se refiere y que son de tan difícil definición general. Igualmente el legislador de 2011 perdió no sólo la oportunidad de reflejar esos valores, sino también la de actualizar y modernizar la institucionalización de la mediación al presentarla como novedad en lo que a la conflictividad individual se refiere, clarificando de una vez por todas conceptos que se confunden y solapan e incorporando la experiencia propia y ajena para poner de manifiesto qué es y debe ser la mediación que encomienda a los servicios administrativos. Como consecuencia, dejó pasar la ocasión de corregir los ya conocidos y constatados efectos negativos que se derivan de determinadas opciones de diseño legislativo cuando se procede a la institucionalización y que se mantienen de forma olvidada en el tiempo pese a que se contradigan con valores que hoy en día se consideran imperantes.

## **5. LA NECESIDAD DE REVISIÓN PERIÓDICA DE LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN: UN REPASO AL REQUISITO DE LA OBLIGATORIEDAD Y AL VALOR EFICIENCIA**

Una de discusiones doctrinales más frecuentes es la necesidad de la participación obligatoria en mediación o en otro proceso de resolución de disputas (por ej. conciliación). Muchas veces se establece como un requisito previo al proceso judicial que, en ocasiones, se limita a cierto tipo de asuntos o se excluye para una categoría determinada<sup>45</sup>. Cuando la participación es obligatoria, legislativamente sería posible definir el nivel de participación de las partes de diferentes maneras:

<sup>44</sup> Golann, D., *Mediating legal disputes, Effective strategies for neutrals and advocates*, American Bar Association 2009, pp. 189-190.

<sup>45</sup> Un ejemplo lo representa el art. 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, al regular las excepciones a la conciliación o mediación previa contemplando no solo los

asistir a una sesión informativa o de orientación, comparecer a una sesión de negociación, intentar la negociación durante un tiempo determinado con la posibilidad de determinadas excepciones, comparecer con capacidad y poder bastante para lograr el acuerdo, limitarse a exponer las posiciones, negociar de buena fe...

Existe también la opción legislativa de, sin establecer la obligatoriedad de la participación, otorgar la facultad o imponer la obligación a un miembro del órgano judicial, normalmente el juez, de instar, recordar o sugerir a las partes participar en una mediación. La mayor o menor presión que se ejerza en el acto de instar puede determinar que, en la práctica, la participación solo sea formalmente voluntaria y que devenga así como forzada. Obviamente, cuando la participación no es obligatoria por ley, las partes no deberían en ningún caso ser inducidas a participar bajo la presión de una fuerte recomendación judicial, especialmente si tal recomendación no se acompaña de una información precisa, clara y completa de que pueden no aceptar. También es posible que se establezcan legalmente incentivos económicos que penalicen la no participación o la participación improductiva.

A favor de la obligatoriedad suele argüirse que, cuando se establece con carácter estrictamente voluntario como sucede en nuestro ámbito civil, la ratio de participación efectiva es baja quizá porque las partes y los abogados están más acostumbrados al proceso judicial o no quieren enviar al contrario una señal de debilidad o de deseo de llegar a un compromiso. La participación obligatoria se dice que aumenta de forma sustancial el número de casos resueltos a través de la mediación o conciliación<sup>46</sup>. Como consecuencia, son más las partes que llegan a acuerdos que, en principio y en teoría, son preferibles al resultado obtenido con la sentencia y que se adaptan mejor a sus necesidades e intereses. Además, los acuerdos logrados reducen los perjuicios irrogados por los retrasos en las vidas de los afectados y la carga de trabajo de los juzgados, liberando recursos judiciales para ponerlos a disposición de otros asuntos. La participación obligatoria, finalmente, puede funcionar como un medio de educar a las partes y a sus abogados a acudir a mediación-conciliación de forma voluntaria cuando surjan nuevas disputas.

Sin embargo, la participación obligatoria puede tener importantes efectos negativos. Si el diseño legislativo del mecanismo de resolución extrajudicial obligatorio es defectuoso o incompleto, y no se administra bien por los encargados de ofrecerlo y llevarlo a cabo, con el paso del tiempo puede imponer a las partes la carga de un trámite formalmente necesario pero inútil desde el punto de vista de resolución para quienes, en cualquier caso, tengan decidido

---

procesos que exijan reclamación previa, sino también otros por razón de la materia. El art. 63.3 contiene una excepción a la excepción.

<sup>46</sup> Entre otros muchos estudios, Wissler R. L., "The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts", *Willamette Law Review*, (núm. 33, 1997), p. 565.



que la disputa se resuelva a través de una sentencia. Aquellas otras partes que, también en todo caso, tienen ya logrado un acuerdo se las somete a la carga de la necesidad de buscar un refrendo iniciando una mediación-conciliación. Se abre así el camino para el simple registro o refrendo de acuerdos y desacuerdos situación en la que, según el sentir y la opinión extendida, se encuentran los servicios administrativos.

Además, existe el riesgo añadido de que la flexibilidad y la calidad del proceso sucumban a la aniquiladora influencia de la burocracia. Cuando el diseño del mecanismo resolutorio se configura en cuanto a la materia objeto de disputa de forma estrecha, muy delimitada, con un tiempo tasado y con sesiones de fórmula fija, solo podrán abordarse cuestiones muy concretas de manera rápida y rutinaria y, por consiguiente, sin explorar las necesidades de las partes y el posible elenco de intereses, ni las soluciones ofrecidas podrán cubrirlas y satisfacerlas. Sesiones rígidas y breves, informales pero con cierto rito, y siempre iguales, en búsqueda de un acuerdo, pueden conducir a una menor participación de las partes, a una resolución pobre y deficiente y, por consiguiente, a un menor cumplimiento voluntario del acuerdo por ausencia del compromiso psicológico con la solución.

Por otro lado, la exigencia de una participación indiscriminada en una mediación-conciliación para la gran generalidad de categorías de asuntos, sin un filtraje previo, introduce a determinadas disputas en un proceso de resolución absolutamente inadecuado para ellas lo que conlleva una pérdida de tiempo, recursos, esfuerzos y riesgo de acuerdos injustos. No puede perderse de vista que las partes, de entrada, pueden tener preferencia por el juicio: una presentación más estructurada y formal puede ser necesaria cuando existe resentimiento entre ellas o una teme a la otra o, simplemente, cuando el trabajador acude sin abogado.

Desde otra perspectiva, la participación legalmente obligatoria en una mediación-conciliación como requisito directamente vinculado y previo al procedimiento judicial debería ser contemplada con el mismo carácter que las actuaciones judiciales en lo que se refiere a tratamiento político de concesión de recursos. De esta forma, si existe el compromiso público de proveer dependencias adecuadas a los juzgados, dotarles de recursos y ofrecer una justicia de calidad, en la misma y comparable medida debe existir el compromiso público respecto a las vías previas extrajudiciales de tipo consensual que se configuran como obligatorias y ofrecidas por un servicio público. Por lo demás, si se destina a los juzgados de lo social una determinada partida económica para incremento de la planta judicial, también debe preverse una partida proporcionalmente comparable para los indicados servicios a los que obligatoriamente tienen que ir las partes antes de interponer una demanda. Por la misma lógica, si se amplían las competencias o la carga de trabajo de la jurisdicción también lo hace en similar proporción para la

vía previa ya que la vinculación con el órgano judicial es directa estando aquella al servicio de las partes, de los órganos judiciales y de la justicia<sup>47</sup>.

En lo que se refiere a la declaración de valores que son resultado de la conformación filosófica de la mediación, como de cualquier otro medio de resolución de disputas, su constancia expresa tiene una especial importancia pues viene a explicitar los objetivos a perseguir con la institucionalización. Históricamente la mediación se ha configurado como un proceso informal en el que un tercero, desinteresado e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a dialogar y tomar sus propias decisiones en un proceso creativo y de tipo colaborativo. Este proceso, el de mediación, se sustenta en una visión fundamental: la capacidad humana de resolver de forma constructiva el conflicto y de interactuar directamente, con voz y poder de decisión. Por el contrario, los valores del sistema judicial han discurrido históricamente por derroteros muy diferentes y desde luego mucho más formales: se desalienta a las partes a hablar entre sí directamente y se favorece la comunicación a través de los abogados cuya intervención y presencia se fomenta por medio de la introducción del juez, tercero desinteresado pero dotado de autoridad y poder para tomar las decisiones de resolución por las partes tanto las relativas al proceso en sí mismo de resolución como en relación al resultado. Estos valores del sistema judicial se sustentan en asunciones muy diferentes: la

---

<sup>47</sup> Los simples datos estadísticos arrojan tan importantes cifras que es fácil comprender las dificultades con que se encuentran los órganos previos para ofrecer mediación con carácter general en los conflictos individuales: en el año 2014 las conciliaciones individuales presentadas ante los órganos administrativos de mediación, arbitraje y conciliación (MAC) fueron 460.609. Los órganos de ámbito autonómico que tienen competencias asumidas en la composición de conflictos individuales tramitaron 27.403 expedientes denominados de conciliación-mediación de carácter individual. Las unidades administrativas encargadas de la mediación, arbitraje y conciliación de cada una de las Comunidades Autónomas y de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, resolvieron en el periodo enero- diciembre de 2015 un total de 413.802 conciliaciones individuales. Del total de conciliaciones individuales resueltas, 203.806 fueron despidos que representan un 49,3%, 156.605 reclamaciones de cantidad que suponen un 37,8% y 53.391 sanciones y causas varias que representan un 12,9%. Las conciliaciones individuales con avenencia fueron 118.481 lo que representa un 28,6% del total. De ellas, el mayor número, 101.058, correspondió a los despidos que supusieron el 85,3%, seguido de las reclamaciones de cantidad, 13.929, con un 11,8%. Cuando se analizan los despidos con avenencia por comunidades autónomas, las comunidades con mayor número de despidos fueron Madrid 26.032, Cataluña 25.624, Valencia 9.517 y Andalucía 8.486.

Las unidades administrativas encargadas de la mediación, arbitraje y conciliación de cada una de las Comunidades Autónomas y de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social resolvieron, solo en el mes de diciembre de 2015, un total de 32.429 conciliaciones individuales, de estas, 8.666 se resolvieron con avenencia lo que supone el 26,7% del total.

Por su parte, los órganos judiciales del orden social resolvieron en el año 2015 un total de 356.427 asuntos, de los que 3.618 fueron de índole colectiva, 273.057 individual y el resto, 79.752, materias de seguridad social.

Fuente, Memoria CES 2014, pág. 401 y ss.; Estadísticas de Mediación, Arbitraje y Conciliación, Datos Enero-Diciembre 2015 (MEYSS).

Un estudio se puede encontrar en García Álvarez, R. "La mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo", cit., pp. 36 y ss.

incapacidad del ser humano para resolver de forma autónoma y constructiva el conflicto.

A pesar del claro reconocimiento de los valores intrínsecamente sociales de la mediación en varios aspectos de las relaciones humanas, este argumento queda reiteradamente ensombrecido por su potencial valor como un mecanismo capaz de resolver los problemas de eficiencia de la administración de justicia. En efecto, a pesar de ser muchos los valores sociales que podrían atraer principalmente la atención del legislador, sin embargo es la promesa de eficiencia lo que despierta el verdadero interés por parte de los responsables políticos y, como consecuencia, es siempre la eficiencia el potencial soporte e impulso para su implantación. Son diversas las explicaciones que podríamos encontrar para este fenómeno. La eficiencia ha sido una razón de peso y por tanto recurrente en su aparición gozando siempre de un papel relevante entre las discusiones de la comunidad jurídica al ser un aspecto que los órganos judiciales pueden fácilmente identificar de forma muy concreta. No importa cuáles puedan ser los valores humanos de la mediación, lo cierto es que en última instancia el aspecto pragmático es el que prima pues los juzgados se enfrentan día a día a la realidad de un excesivo volumen de entrada y, como consecuencia, de retraso. Por ello miran con buenos ojos a cualquier fenómeno, herramienta o remedio que pueda presentarse como una mejora en la gestión procesal. El aspecto pragmático frente al social y humano prevalece al ser el primero vendible con más facilidad, lo que lleva muchas veces a los órganos judiciales a ocultar sus deseos de reforma e innovación para traducirlos en algo que pueda encontrar el adecuado soporte económico y político: la mejora de la eficiencia.

Ahora bien, si para encontrar apoyo y soporte se promete eficiencia la consecuencia es que hay que demostrar que, en efecto, la mediación o cualquier otro método es capaz de alcanzarla. De esta forma la efectividad de los servicios de mediación-conciliación-arbitraje o de cualquier experiencia al respecto se mide a través de factores como número de acuerdos logrados y el tiempo que se tarda en lograr un acuerdo y cerrar el procedimiento en relación con el tiempo empleado para el juicio<sup>48</sup>. No se mide el éxito en términos de satisfacción de las partes, con-

<sup>48</sup> Un ejemplo de lo que se considera importante en la evaluación lo encontramos en el “Manual para Procedimientos de Mediación Concertados en un marco judicial”, España, elaborado por el Consorcio Mediation meets Judges, con el apoyo financiero del Programa de Justicia Civil de la Unión Europea, p. 20.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/>, consulta abril 2016: “Es importante para el Órgano judicial recopilar estadísticas relacionadas con procedimientos de mediación con el fin de evaluar el procedimiento de mediación concertado en un marco judicial. Dichas estadísticas pueden incluir: el número de partes que recibieron información sobre la mediación y en qué formato (p.ej. por escrito, de forma oral en la audiencia programada, etc.); el número de casos en los que el Juez aplicó el diagnóstico de casos de mediación; el número de mediaciones ordenadas/recomendadas por el Juez; el ámbito/tipo de conflicto (banca/finanzas/contratos de seguros/responsabilidad civil/ construcción/ artesanía/TIC/derechos de propiedad intelectual/relaciones laborales, etc.); el número de mediaciones resueltas con éxito o parcialmente con éxito o sin éxito; la duración del procedimiento de mediación

ciliación psicológica, restablecimiento de relaciones y construcción de relaciones futuras, actuación de una ciudadanía madura y responsable que toma control sobre sus situaciones de conflicto, aunque no exista acuerdo...La primacía del objetivo eficiencia sobre cualquier otro es una opción más perversa de lo que parece a simple vista, porque puede modelar la práctica y el desarrollo de la mediación de forma muy significativa. Si la resolución de una disputa jurídica a través de un acuerdo que da lugar a la desaparición de un asunto de la lista de casos pendientes pasa a convertirse en la señal del éxito y, como consecuencia, de la propia definición del proceso de mediación, el éxito del mediador se medirá también por el número de acuerdos logrados: más acuerdos, más éxito, mejor mediador. Se corre el riesgo de que el paso siguiente sea forzar los acuerdos porque éstos son el objetivo, y no el proceso en sí.

En definitiva, si la institucionalización de la mediación y ella en sí misma se construyen sobre la asunción de que el objetivo primario y la meta es la obtención rápida de un acuerdo que resuelva el caso y elimine el procedimiento judicial en el menor tiempo posible, la consecuencia inevitable es que esta premisa tienda a definir el comportamiento de los mediadores, pues solo será mediador exitoso el que consiga acuerdos rápidos. Incluso cuando al hablar de mediación los objetivos se inspiran de forma expresa en principios de calidad y justicia y no de eficiencia, el día a día vuelve reiteradamente la cara a la eficiencia por la sencilla razón de que la amplia retórica de abstractos valores sociales contenida en muchas declaraciones institucionales oscurece la realidad de que aquellos entran en contradicción con la eficiencia. El logro de la eficiencia muchas veces solo es posible a costa del sacrificio de otros valores. Y la consecución de estos a costa de la eficiencia.

En efecto, las declaraciones institucionales y las contenidas en las propias normas raramente evidencian la contradicción o tensión de los valores en juego y la posibilidad de objetivos en conflicto. Ni tampoco se incluye una priorización explícita de los valores sociales a realizar o una serie de directrices que sirvan de guía para la toma de decisiones cuando los valores y objetivos entran en conflicto. Este conflicto se vuelve aún más aparente cuando las discusiones acerca de los valores dejan lo abstracto y se pasa a la práctica concreta. ¿Qué hacen los servicios de conciliación-mediación ante el dilema valores sociales y humanos abstractos o valor social eficiencia? La decisión que se tome implica a la postre privilegiar unos sobre otros. Pero, si además, se cuenta con una norma que no solo no prioriza los valores lo que implicaría que al menos lo contempla, sino que solo proclama la rapidez, la eficiencia, el descargar a los juzgados, el acuerdo sin más como objetivo, la respuesta está clara: se abre inevitablemente el paso a la burocratización y

---

(desde el nombramiento del mediador hasta la remisión del informe del mediador al Órgano judicial); el número de homologaciones/ratificaciones de acuerdos de mediación solicitados”.

a lo cuantitativo, al simple conteo de datos con acuerdo-sin acuerdo, pasando a convertirse en un instrumento más de gestión procesal que olvida y pierde de vista que la esencia de la mediación, al conllevar un intento de negociación y de conciliación psicológica entre partes es un proceso social por propio derecho, con su propia historia, sus tradiciones, sus objetivos y valores generalmente relacionados con la mejora de la calidad de las interacciones humanas.

## 6. CONCLUSIONES

La reciente popularidad y proliferación de los diversos sistemas de resolución de conflictos, entre ellos la mediación, es en gran medida una respuesta a la insatisfacción con el sistema público estatal de resolución de disputas: la Administración de Justicia. Esta insatisfacción se manifiesta a través de una serie de quejas o críticas que pueden ser divididas en dos categorías: de eficiencia o basadas en razones cuantitativas (sistema judicial sobrecargado que impide la rápida y eficiente administración de justicia que deviene así muy costosa en términos económicos para las partes y para el Estado); y razones de tipo más cualitativo ( los procesos de resolución que usa el sistema jurídico tradicional son demasiados engorrosos para las partes impidiendo su participación; las soluciones que ofrece a través de los jueces resultan en muchas ocasiones inadecuadas para solventar los problemas sociales y humanos que se encuentran en muchas disputas jurídicas). Como consecuencia, cualquier intento legal de desarrollar nuevas formas de resolución de disputas dentro del sistema jurídico debe tratar de enfatizar la rapidez, el bajo coste, la mayor participación de las partes, la simplificación en los procedimientos de resolución y la posibilidad de soluciones creativas y adaptadas a las necesidades de las partes.

Los servicios administrativos cumplen la misión que legalmente se les encomendó en 1979 y en la regulación contenida en la anterior Ley de procedimiento laboral así como en la actual Ley reguladora de la jurisdicción social. Son eficientes y rápidos, descargando a los órganos judiciales de un importante trabajo: cuando menos, el representado por el refrendo y elevación a título ejecutivo de acuerdos previamente logrados entre las partes. Vienen a dar respuesta o a cubrir la necesidad basada en las críticas cuantitativas o en razones de eficiencia, ayudando a reducir la carga de trabajo. Lo realmente difícil, por no decir imposible, es que puedan cumplir una misión que no estuvo ni está en los objetivos del legislador laboral: cubrir la necesidad social que evidencian las críticas de tipo cualitativo.

En muchas ocasiones, sin embargo, las metas cuantitativas y las cualitativas se presentan como incompatibles: la persecución de un objetivo implica un sacrificio de la capacidad para atender debidamente el otro. El conflicto potencial entre cantidad y calidad surge en muchas áreas del derecho y debe tenerse siempre presente.

El legislador de la Ley 5/2012, de 6 de julio, ha mostrado una clara voluntad de, sin renunciar, sacrificar la eficiencia para poder potenciar el aspecto social de la mediación, de la que se señala que “puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales”. Es decir, puede pero puede no serlo. Su capacidad de contribuir a la consecución de este objetivo se pone en un inferior rango a valores como el mantenimiento de las relaciones, la participación, el control sobre el conflicto y la paz jurídica. El legislador de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, al regular esta materia ha primado la rapidez y la eficiencia a costa del resto de los valores. Esta decisión legislativa afecta, a su vez, a las decisiones presentes y futuras no solo de las partes sino también de los servicios y de los conciliadores-mediadores a los que se encomienda la mediación que, de seguro, son conscientes de que si dan calidad harán poca cantidad y que es la cantidad lo que les da apoyo político y económico, porque es la señal de su éxito.

El arte de legislar consiste en tomar decisiones hoy considerando no solo lo ocurrido ayer, sino también los efectos a largo plazo de la decisión presente, esto es, lo que ocurrirá en el futuro al aplicar la ley, lo que obliga a hacer un seguimiento de sus consecuencias y de los costes sociales pero no solo para un grupo de afectados, sino para todos los afectados y sus distintas necesidades y papel social. Conjugar, priorizar y armonizar objetivos igualmente loables (cantidad y calidad, eficiencia y justicia) y llevarlos a la práctica requiere una revisión constante de lo que se decide, se hace, cómo se hace y por qué se lleva a cabo, aprendiendo del camino recorrido.

El coste de promover la rapidez y la eficiencia como único objetivo lo representa el coste de la oportunidad perdida: el valor de la mejor actividad alternativa que se podía haber desarrollado, una conciliación-mediación de calidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- BARRY, B., *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- BOWLING, D. y HOFFMAN, D., “Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on mediation”, *Negotiation Journal*, (vol. 16, núm. 1, 2000).
- GARCÍA ÁLVAREZ, R., “El juez como mediación, ¿Es conveniente? ¿Es posible?”, *La Ley*, (núm. 7721, octubre 2011).
- GARCÍA ÁLVAREZ, R., “¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?”, *La Ley*, (mayo 2013)
- GARCÍA ÁLVAREZ, R., “La mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, (núm. 2, febrero 2015).

- GOLANN, D., *Mediating legal disputes, Effective strategies for neutrals and advocates*, American Bar Association, 2009.
- GOULD IV, W. B., *A primer on American Labor Law*, 4<sup>a</sup> edic., The MIT Press, 2004.
- MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Informe de síntesis sobre conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea” en Valdés Dal-Ré, F. (dir.), *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- WISSLER R. L., “The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts”, *Willamette Law Review*, (núm. 33, 1997).