

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES EN CLAVE DE MEDIACIÓN



María José López Álvarez

*Profesora agregada de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pontificia de Comillas (Madrid)*

Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La aparición de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles ha generado una gran expectación en torno a los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, reabriendo el debate acerca de su eficacia y viabilidad. Esta norma excluye de su ámbito de aplicación a la mediación laboral, con vistas a una futura regulación sectorial. Pese a ello, son diversas las experiencias de mediación que se han puesto en marcha en los últimos años en el ámbito laboral, si bien es cierto que centradas principalmente en los conflictos colectivos.

Este trabajo explora, partiendo de las previsiones de la Ley 5/2012, las posibilidades que ofrece la mediación como cauce de solución de controversias en la relación individual de trabajo, considerando que nos encontramos en un momento especialmente propicio para su desarrollo –ante el colapso del sistema judicial y la potenciación cada vez mayor de la autonomía individual– y sin que los escollos que tradicionalmente se han esgrimido para justificar su inoperatividad en este ámbito –como el principio de indisponibilidad legal de derechos– resulten ya insalvables.

Palabras claves: mediación, relación laboral individual y solución extrajudicial de conflictos.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

MEDIATION, AN APPROPRIATE PROCESS FOR RESOLVING DISPUTES IN THE LABOR CONTEXT

María José López Álvarez

ABSTRACT

Since Mediation Law for civil and commercial matters 5/2012 was published, there is an increasing expectation about other dispute resolution possibilities apart from litigation process. Furthermore, there is an ongoing debate about effectiveness of these alternatives. Mediation Law 5/2012 excludes mediation in the labor context as this requires specific regulation. Nevertheless, there are some interesting labor mediation experiences over the last few years, although most of them are focused on the collective bargaining.

This paper studies, taking as reference Mediation Law 5/2012, how mediation could be an appropriate choice to resolve disputes in workplaces, considering that the court litigation system is now collapsed, and therefore parties usually have to assume a higher cost and spend a longer time in the process. And, in addition, some of the obstacles that have commonly been argued regarding labor mediation, for example employee's rights, are evaluated from a different point of view.

Keywords: mediation, individual employment relationship and private dispute resolution.

Sumario

1. Punto de partida: la preferencia por la vía judicial
2. Una lenta –e incompleta– inflexión hacia la «desjudicialización» de los conflictos
3. Mediación laboral individual: concepto y rasgos caracterizadores
 - 3.1. Es un medio *extrajudicial* de solución de controversias
 - 3.2. Es un procedimiento *voluntario*
 - 3.3. Es un mecanismo *autocompositivo*
 - 3.4. Es un cauce para resolver conflictos con *intervención de un mediador*
4. Límites: ámbito temporal y material de la mediación individual
 - 4.1. Ámbito temporal: efectos de la mediación sobre el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad
 - 4.2. Ámbito material: el problema de la indisponibilidad de derechos
5. Principios y reglas para la mediación
 - 5.1. Principios vinculados a los sujetos intervinientes
 - 5.1.1. A la figura del mediador: imparcialidad y neutralidad
 - 5.1.2. A las partes: inmediatez, lealtad, buena fe y respeto mutuo
 - 5.1.3. Comunes a ambos: confidencialidad
 - 5.2. Principios vinculados al procedimiento de mediación
6. Efectos jurídicos de la mediación

Bibliografía

1. PUNTO DE PARTIDA: LA PREFERENCIA POR LA VÍA JUDICIAL

Por muchas razones, nuestro ordenamiento jurídico-laboral ha canalizado tradicionalmente la resolución de controversias a través de la vía jurisdiccional. Desde sus orígenes, el Derecho del Trabajo busca ofrecer protección al trabajador en cuanto contratante más débil de la relación laboral y asume, como una consecuencia natural de ello, la función reguladora y de control de los medios de solución de conflictos. El intervencionismo público da pie, así, a la creación de órganos administrativos y judiciales ante los que solventar las disputas que exteriorizan y actualizan el conflicto latente en el complejo vínculo que une a trabajador y empresario. El sistema judicial ofrece, como se ha señalado¹, múltiples ventajas: es rápido, seguro, proporciona una solución de autoridad que puede ser ejecutada coactivamente y que, con independencia de su mayor o menor satisfacción, no compromete ni implica a las partes, en la medida en que estas tienen que acatar la decisión del juez, pero no se responsabilizan en la adopción de la misma. Socialmente, además, estos medios son vistos con buenos ojos en una cultura instalada en la litigiosidad, que no ensalza la búsqueda de alternativas pacíficas para la satisfacción de pretensiones² y considera a los Tribunales de Justicia como el cauce fundamental –por no decir único– para la tutela de los derechos de los ciudadanos³. A ello debe sumarse, en el ámbito concreto de las relaciones laborales, la asimetría característica del contrato de trabajo, que genera una innata desconfianza hacia cualquier vía de resolución de conflictos que ponga en manos de un tercero que no sea un juez la decisión sobre estos.

Esta primacía cuasi absoluta de la función jurisdiccional no descarta el desarrollo paulatino de otros cauces para la solución de conflictos laborales, si bien estos han contado siempre con poco arraigo y su presencia es casi testimonial en nuestras normas. Suelen citarse como precedentes incipientes de estas iniciativas los bandos dictados por los gobernadores de Barcelona a

¹ Vid. SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, Madrid: La Ley, 2006, pág. 43.

² A diferencia de otras culturas, como la oriental, donde por muy legítima que sea la demanda que plantea un sujeto, queda expuesta a una fuerte reprobación social si no se ha intentando satisfacer el derecho con anterioridad por medios pacíficos. En Japón, como indica VILALTA, A. E.: «Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación», en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, pág. 35, más de un tercio de los conflictos civiles se canalizan a través de la mediación y en torno al 55% de esas mediaciones concluye con acuerdo.

³ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 19 habla de un «culto a la jurisdiccionalización» de la vida en general, de las relaciones personales, económicas, políticas, culturales, internacionales.

mediados del siglo XIX para designar comisiones de conciliación que resolvieran los problemas de las fábricas textiles; o bien las mediaciones públicas en huelgas generales como la de «La Canadiense» de 1919⁴. Más institucionalizados, pero igualmente con escasa trascendencia práctica, han de mencionarse los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos para los conflictos colectivos por la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje Industrial de 1908⁵. Y, a nivel individual, la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908 regula por primera vez la conciliación previa para estos conflictos, que se mantendrá en vigor hasta 1935⁶. Tras el paréntesis de la Segunda República, con el ensayo poco afortunado de los jurados mixtos⁷, el advenimiento del régimen franquista supondrá una vuelta al intervencionismo público en la vida profesional, ahogando el posible crecimiento de otras fórmulas de autocomposición para resolver los conflictos laborales⁸. Pero es justo decir que la especialización técnica y la eficiencia conseguidas durante estos años por la jurisdicción social contribuyeron a que, al menos en lo que se refiere al ámbito individual, no se echara en falta de manera acuciante la existencia de mecanismos alternativos para ventilar las disputas laborales⁹.

2. UNA LENTA –E INCOMPLETA– INFLEXIÓN HACIA LA «DESJUDICIALIZACIÓN» DE LOS CONFLICTOS

El sistema democrático que se estrena con la Constitución de 1978 permite aflorar espacios para la autonomía individual y colectiva y crea el escenario apropiado para el desarrollo de procedimientos privados y de autocomposición para la solución de conflictos en las relaciones labo-

⁴ En detalle, SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación...*, cit., págs. 68 y ss.

⁵ Vid. RUBIO DE MEDINA, M. D.: «Tribunales y órganos conciliatorios laborales en los inicios del siglo XX», *RGDTSS*, núm. 35, 2013, pág. 267.

⁶ La Constitución de 1812 ya había establecido la conciliación como acto previo en los procesos civiles y mercantiles, vid. GRANADOS ROMERA, M. I.: «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?», *RL*, núm. 21, 2012, pág. 3.

⁷ Constituidos por la Ley de 27 de noviembre de 1931 estaban integrados por seis vocales patronos, seis obreros y un presidente propuesto conjuntamente por estos y nombrado por el Ministerio de Trabajo. Legalmente, se les encomendó la tarea de «regular la vida de la profesión y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje», si bien la agitación política y sindical de la época terminó por limitar considerablemente su funcionalidad.

⁸ La Ley de Bases de 6 de diciembre de 1940 estableció como trámite previo al proceso la conciliación sindical en conflictos individuales, si bien la falta de desarrollo legislativo la hizo prácticamente inoperante salvo para los juicios por despido, donde sí existía una normativa específica, la Ley de 11 de julio de 1941. A partir del Decreto de 9 de enero de 1950, la conciliación se sistematiza y generaliza, atribuyéndose a las Juntas de Conciliación Sindical. La normativa posterior (LPL de 24 de abril de 1958, Decreto 2354/1962, 20 de septiembre, de conflictos colectivos, conciliación y arbitraje, LPL de 17 de agosto de 1973) reforzará el papel de esta figura, vid. en extenso, DE NIEVES NIETO, N.: «La evolución de la conciliación como medio de solución de conflictos laborales hasta la Constitución de 1978», *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 24, 1999, pág. 251-274.

⁹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La solución extrajudicial de los conflictos laborales», *RL*, tomo II, 1992, pág. 28.

rales. No obstante, los cambios no se producirán de forma rápida ni han sido tan profundos como era de esperar, y han incidido casi exclusivamente, hasta el momento, en el ámbito colectivo.

El [Real Decreto-Ley 5/1979, 26 de enero](#), crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC)¹⁰, un órgano administrativo al cual se le atribuyen funciones de conciliación con anterioridad al inicio del proceso. Aunque la conciliación previa se erige como un requisito obligatorio para la mayor parte de los litigios individuales y colectivos, su implantación no resulta sustancialmente novedosa en la medida en que, recuperando una figura que ya contaba con un recorrido anterior en nuestro sistema, mantiene la intervención pública en los procedimientos de resolución de conflictos. Y, por otra parte, la impresión general es que su efectividad práctica ha resultado a la postre bastante limitada ya que, pese a las atribuciones que legalmente se reconocen al letrado conciliador¹¹, su actuación no se orienta como regla general a la búsqueda activa de una solución para el conflicto, limitándose a lo sumo a refrendar los acuerdos alcanzados con anterioridad por las partes¹².

Por lo demás, habrá que esperar a comienzos de los años 90 para que aparezcan las primeras manifestaciones de la autonomía colectiva en esta materia. Inicialmente, los Acuerdos Interprofesionales de Solución Extrajudicial de Conflictos se suscriben en el ámbito autonómico¹³, haciendo uso de la habilitación prevista en el artículo 83.3 del ET. Con todas sus deficiencias y limitaciones técnicas, la entrada en escena de estos acuerdos supondrá, sin embargo, un impulso decisivo para revitalizar el proceso legal de reconocimiento e implantación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos¹⁴. Así, la [Ley de Bases de Procedimiento Laboral 7/1989, de 12 de abril \(LPL\)](#), da un paso importante al equiparar la conciliación administrativa previa al proceso con la que pudiera realizarse a través de los Acuerdos Interprofesionales o los convenios colectivos

¹⁰ Tras la transferencia de las competencias del IMAC a las comunidades autónomas, el Real Decreto 530/1985, de 8 de abril, convierte a este en un órgano sin personalidad jurídica, integrado en la Dirección General de Trabajo y en las Direcciones provinciales del Ministerio de Trabajo. Por su parte, las comunidades autónomas crearon diferentes servicios públicos para asumir estas funciones de conciliación, con denominaciones también diversas (SMAC, CMAC, UMAC).

¹¹ El [Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre](#), regula el acto de conciliación, otorgando al letrado conciliador la facultad de moderar las intervenciones de las partes, pudiendo llegar a solicitar el auxilio de hombres buenos así como sugerir soluciones equitativas.

¹² GIL Y GIL, J. L.: «La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo», *RL*, núms. 23-24, 2007, pág. 550.

¹³ Acuerdo Interconfederal sobre Procedimientos Voluntarios de Resolución de Conflictos –PRECO– en el País Vasco suscrito en 1984 y posteriormente en 1990; Acuerdo Interprofesional de Cataluña en 1990, Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo en 1992, Acuerdo Interprofesional Canario sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo en 1995, *vid.* un análisis detallado en DEL REY GUANTER, S.: «Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos», *RL*, tomo II, 1992.

¹⁴ SESMA BASTIDA, B.: *La regulación normativa de los procedimientos autónomos para la solución de la conflictividad laboral. Un marco legal insatisfactorio*, Logroño: Universidad de La Rioja, 2005, pág. 46.

previstos en el artículo 83 del ET¹⁵; otorgando, además, a lo acordado en estas conciliaciones, cuando se refieran a conflictos colectivos, la misma eficacia que los convenios colectivos¹⁶. La [Ley 11/1994, de 19 de mayo](#), continúa en esta línea introduciendo, vía artículo 91 del ET, la posibilidad de establecer mecanismos como la mediación y el arbitraje para resolver las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de convenios colectivos. Los acuerdos alcanzados a través de estos procedimientos tendrán la eficacia de los convenios colectivos, siempre que las partes firmantes tengan la legitimación legal necesaria para ello. Y se incorpora como novedad la extensión de estos procedimientos a las controversias de carácter individual, cuando las partes se sometan expresamente a los mismos¹⁷.

Como corolario de este periodo de intensa actividad normativa y negocial, en 1996 se suscribe el [ASEC](#)¹⁸ para el desarrollo de procedimientos autónomos de resolución de conflictos en el ámbito estatal. La sucesiva renovación de este acuerdo¹⁹ así como la generalización de pactos similares en todas las comunidades autónomas indican la consolidación progresiva de estos mecanismos transaccionales que, conjurado el riesgo de convertirse en una «moda pasajera», constituyen ya una alternativa real al proceso judicial, cada vez más extendida y utilizada por trabajadores y empresarios. Esta estabilización contrasta con la posición del legislador laboral, que mantiene un empecinado desinterés hacia estos procedimientos, limitándose a realizar referencias incidentales o interesadas –según el caso– a los mismos. Así se hace patente en las últimas reformas normativas, donde en el ámbito procesal parece iniciarse una tímida pero inconclusa promoción de la mediación²⁰ y el arbitraje. Y, en lo sustantivo, se propicia también el recurso a estas fórmulas, entre otras cosas, para solucionar las controversias en los procesos de negociación dentro de la empresa²¹. La posibilidad de sustituir en cualquier momento el periodo de consultas

¹⁵ Artículos 63 y 153.1 de la LPL.

¹⁶ Artículo 153.2 de la LPL.

¹⁷ Aunque la doctrina coincidiría en apuntar la insuficiencia de esta reforma, constituye la iniciativa legal más ambiciosa llevada a cabo en este ámbito, al abordar igualmente otros aspectos, como la posible implantación a través de convenio colectivo de fórmulas de mediación y arbitraje para resolver las discrepancias surgidas en los procedimientos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET; o la promoción del arbitraje, equiparando los laudos arbitrales dictados al amparo del artículo 91 del ET con las sentencias firmes a efectos de ejecución (disp. adis. 7.ª LPL) y reconociendo al FOGASA la condición de parte en los procedimientos arbitrales para asumir las obligaciones que legalmente le corresponden (art. 33.9 ET).

¹⁸ Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales suscrito el 25 de enero de 1996 por UGT, CC. OO., CEOE y CEPYME, BOE de 8 de febrero de 1996.

¹⁹ El [V Acuerdo vigente sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales \(Resolución de la DGE de 10 de febrero de 2012, BOE del 23\)](#) fue suscrito el 7 de febrero de 2012.

²⁰ El capítulo I del título V de la [Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#), regula la evitación del proceso refiriéndose no ya solo a la conciliación, como hacía la LPL, sino extendiendo la mención igualmente a la mediación y los laudos arbitrales.

²¹ Se introduce la posibilidad de recurrir a la mediación o el arbitraje en los procedimientos previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del ET así como en el de descuelgue del convenio colectivo del artículo 82.3 del ET; en este último

por un procedimiento de mediación o arbitraje en supuestos de traslados, modificación sustancial de condiciones o despido que se introduce en la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), puede quedarse, sin embargo, como se ha advertido²², en poco más que una alternativa formal, dadas las amplias facultades decisorias que se atribuyen al empresario en estos casos.

El balance de estas dos últimas décadas es, con todo, positivo, pero revela las carencias de un sistema deslavazado, construido de forma fragmentada y con escasa convicción. Sigue siendo ineludible una regulación legal unitaria que, como fruto de una reflexión sosegada, acometa la normalización definitiva de estos procedimientos y agilice su funcionamiento, lo que pasa por resolver algunas de las cuestiones pendientes, como su adecuado encaje con los cauces jurisdiccionales²³.

Por otra parte, como ya se ha apuntado, la proyección de estos mecanismos extrajudiciales ha sido notablemente desigual en el plano colectivo e individual. La progresiva madurez sindical y la voluntad de los agentes sociales de implicarse en la gestión de los conflictos, una vez superadas reticencias iniciales, así como la mayor incidencia de los conflictos de intereses en el ámbito colectivo –más proclives a su resolución por vías negociadas– pueden explicar, entre otros factores, este mayor desarrollo de los medios privados de autocomposición en la esfera colectiva. Gracias a los Acuerdos Interprofesionales alcanzados tanto a nivel autonómico como estatal, se ha conseguido, además, una extensión paulatina de estos procedimientos y una mayor espontaneidad en su utilización²⁴. Las remisiones legales, directas e indirectas, introducidas por las reformas recientes subrayan también el protagonismo creciente de estos mecanismos como medios alternativos para la resolución de conflictos.

La situación es claramente distinta en lo que a las relaciones laborales individuales se refiere. No existen *a priori*, en este ámbito, incentivos tan claros para vencer la inercia hacia la vía judicial, sino más bien todo lo contrario: las partes tienden instintivamente a confiar en el juez para la solución de sus disputas y las alternativas negociadas pueden tropezar, dadas las particularidades de las normas laborales, con dificultades añadidas al propio proceso, como la indisponibilidad individual de los derechos reconocidos al trabajador. El escaso predicamento con

caso, de finalizar el proceso sin acuerdo una vez agotadas todas las vías, se impone además un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

²² En este sentido, MIÑARRO YANINI, M.: «El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales», *AL*, núm. 19, 2012, pág. 10.

²³ La reforma de estos procedimientos para garantizar su eficacia aplicativa ha sido reclamada insistentemente por la doctrina, *vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: «La solución extrajudicial...», *cit.*, pág. 27, SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, *cit.*, pág. 98.

²⁴ Todo ello sin perjuicio de la conveniencia de introducir mejoras técnicas en el engranaje de estos procesos tal y como apunta TASCÓN LÓPEZ, R.: «La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el desiderátum legal y el ostracismo social», *Revista Universitaria Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009, págs. 220 y ss.

que cuenta la conciliación administrativa previa al proceso judicial y la opinión extendida de que se trata de un formalismo vacío de contenido tampoco ha contribuido a despertar un mayor interés hacia estos mecanismos. Y, en esta línea, aunque el artículo 91 del ET ya reconociera en su día la posible extensión a controversias de carácter individual de los procedimientos extrajudiciales articulados en los Acuerdos Interprofesionales, lo cierto es que estos se han mostrado cautelosos en este punto. En el ámbito estatal, el ASAC, al igual que sus predecesores, excluye los conflictos individuales, remitiendo a los procedimientos previstos en el ámbito autonómico o en el convenio colectivo que resulte de aplicación²⁵. Los Acuerdos autonómicos, por su parte, afrontan en general con prudencia la utilización de estos mecanismos para solventar conflictos individuales. Algunos de ellos, como el de la Comunidad de Madrid o Castilla y León²⁶, se centran en la gestión de conflictos colectivos, abriendo lo sumo la puerta al conocimiento de conflictos plurales, siempre que afecten a un número significativo de trabajadores. En otros casos, la incorporación de los conflictos individuales se ha producido con posterioridad, limitada a materias concretas, y su incidencia cuantitativa es todavía inferior a la de los conflictos colectivos, como en Andalucía²⁷. Excepcionalmente, en algún otro supuesto, no solo se conocen conflictos individuales, sino que estos suponen una abrumadora mayoría dentro de la actividad del órgano gestor de estos procedimientos²⁸.

Como resultado de todo ello, los cauces extrajurisdiccionales para resolver conflictos individuales son, por el momento, poco conocidos y con escasa proyección práctica. Sin desconocer esta realidad, se atisban, sin embargo, algunos elementos que permiten aventurar un cambio de tendencia:

- Un modelo judicial que da signos de agotamiento, desbordado por la complejidad de las relaciones laborales y el incremento exponencial de la litigiosidad. La celeridad y eficacia, señas emblemáticas del proceso social, se ven devaluadas ante la

²⁵ Artículo 4.3 del [V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales](#), Resolución de la DGE de 10 de febrero de 2012, BOE del 23. Se ha señalado que esta remisión resulta, no obstante, justificada en la medida en que los efectos de los conflictos individuales se circunscriben, en todo caso, a un espacio geográfico reducido, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: «Los ámbitos de aplicación del ASEC: funciones y disfunciones» en Valdés Dal-Re, F. (coord.): *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Madrid: Fundación SIMA, 2006.

²⁶ Reglamento del Funcionamiento del Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos de Trabajo del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, BOCAM de 16 de julio de 1998; [Acuerdo Interprofesional de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León](#), BOCyL de 20 de mayo de 2005.

²⁷ Según la memoria presentada por el SERCLA correspondiente al año 2012, se tramitaron 1.106 expedientes colectivos frente a 416 individuales, www.juntadeandalucia.es

²⁸ Así ocurre con el Tribunal Laboral de Navarra, [Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra](#), Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014.

imposibilidad de atender adecuadamente el número cada vez mayor de asuntos que se plantean ante los juzgados. Reducir la sobrecarga de trabajo se ha convertido, pues, en una prioridad del legislador, que ve en los mecanismos alternativos de solución de conflictos una vía para conseguirlo y modernizar el sistema judicial. Así se refleja, por ejemplo, en el «Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012»²⁹, que prevé el establecimiento de mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje para contribuir a descongestionar los tribunales y ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como *ultima ratio*. Estas razones de orden práctico parecen haber impulsado, asimismo, la equiparación que se realiza entre conciliación y mediación en la **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social** (LJS)³⁰.

Para las partes implicadas en el proceso, estos instrumentos comienzan a vislumbrarse también como una alternativa ventajosa. No se trata solo de implantar medios alternativos de resolución de conflictos que acrediten la madurez o modernidad del sistema, sino que debe percibirse la ganancia que estos representan en términos de coste —económico, temporal e incluso afectivo— frente al cauce judicial. Es significativo, a este respecto, el impulso de proyectos piloto de mediación en diferentes juzgados de lo social y la buena acogida que estos están teniendo³¹.

- En el ámbito interno de la empresa, la potenciación del contrato de trabajo y de la autonomía individual está favoreciendo una ampliación del poder de disposición de las partes y la búsqueda de soluciones negociadas a los conflictos³². Frente a las reticencias tradicionales del empresario ante la negociación directa, en la medida en que esta pudiera interpretarse como una señal de debilidad, la gestión empresarial moderna, cada vez más centrada en el factor humano y la retención del talento, cuida las relaciones personales dentro de la empresa y valora positivamente los procesos negociados como un instrumento para alcanzar acuerdos que satisfagan a todas las partes y saneen *profuturo* las fricciones que genera cualquier discrepancia³³.
- Una progresiva expansión, en fin, de estas vías extrajurisdiccionales en el ámbito internacional y en otros sectores del ordenamiento jurídico, lo que contribuye a su

²⁹ www.mjusticia.es

³⁰ Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», *AL*, núm. 6, 2012, pág. 2.

³¹ Vid. GARCÍA CELÁA, B.: «Mediación intrajudicial en la jurisdicción social», *AS*, núm. 10, 2010.

³² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *Temas Laborales*, núm. 70, 2003, pág. 27.

³³ PÉREZ MARTELL, R.: *Un programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 18.

normalización y a la toma de conciencia acerca de su utilidad y eficacia. Así, la Ley Modelo UNCITRAL de 2002 sobre conciliación mercantil internacional y, en nuestro derecho interno, la [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje](#) marcan hitos en este proceso. Pero es especialmente a raíz de la [Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) y su transposición a través de la [Ley 5/2012, de 6 de julio](#), cuando se ha generado una mayor expectación en torno a estos procedimientos y, en particular, a la figura de la mediación. Como es sabido, el artículo 2.2 de la [Ley 5/2012](#) excluye de su ámbito de aplicación a la mediación laboral, si bien como se aclara en la exposición de motivos, «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». Ello no ha impedido que esta previsión haya sido cuestionada, considerando que la [Directiva 2008/52/CE](#) no contiene una exclusión explícita y directa de las materias laborales, sino que se limita a señalar que no deberá aplicarse la mediación en relación con derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas, lo que ocurre con mayor frecuencia en el Derecho Laboral³⁴.

Sea como fuere, parece que es solo cuestión de tiempo que estas alternativas extrajurisdiccionales terminen por calar en el ámbito laboral. El arbitraje laboral individual cuenta con escasa tradición en nuestro sistema y carece de una regulación específica que solvete los problemas aplicativos que presenta³⁵. Con respecto a la mediación, más próxima a la cultura de negociación presente en muchos aspectos de las relaciones laborales, parece existir una mejor predisposición y, en ese sentido, la [Ley 5/2012](#) y las cuestiones interpretativas que están surgiendo en torno a ella representan una oportunidad para reflexionar sobre las posibilidades que esta figura ofrece para la gestión de conflictos individuales y las dificultades que puede encontrar su implementación en este ámbito.

3. MEDIACIÓN LABORAL INDIVIDUAL: CONCEPTO Y RASGOS CARACTERIZADORES

El artículo 1 de la [Ley 5/2012](#) define la mediación como «aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador». En la formulación legal,

³⁴ Considerando 10 de la [Directiva 2008/52/CE](#), *vid.* en este sentido, ARASTEY SAHÚN, M.ª L.: «Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales», *Diario La Ley*, núm. 8.208, diciembre 2013.

³⁵ GIL Y GIL, J. L.: «La solución negociada de los conflictos...», *cit.*, pág. 575. Por su parte, SOTO RIOJA, S.: «El arbitraje en los conflictos individuales», *Temas Laborales*, núm. 70, 2003, pág. 341, resalta la incertidumbre e inseguridad jurídica que rodean a esta figura y la inviabilidad práctica de llevar a cabo arbitrajes fuera de los cauces que se puedan regular al amparo del artículo 83 del ET.

se contienen los principales rasgos que caracterizan a esta figura y que permiten diferenciarla de otros mecanismos próximos de gestión de conflictos:

3.1. ES UN MEDIO EXTRAJURISDICCIONAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La mediación se postula como una alternativa a la vía judicial clásica, que se contrapone a esta en la medida en que se articula bajo presupuestos diferentes: voluntariedad, flexibilidad y confidencialidad frente a la imposición, rigidez y publicidad características del proceso judicial³⁶. La mediación conlleva un acercamiento de posturas y debe realizarse en un clima de entendimiento y colaboración, en contraste con el enfrentamiento y la oposición con los que habitualmente las partes acuden al proceso judicial. Y las divergencias entre ambas figuras van más allá de cuestiones puramente instrumentales o estratégicas, porque comprometen también el resultado. En la mediación se busca una solución dialogada y consensuada, no impuesta, que integre los intereses en juego y ayude a la superación del conflicto, responsabilizando a los implicados en él.

Parece, pues, que la mediación, para que fructifique, ha de desarrollarse fuera del ámbito judicial, lo que no significa necesariamente que deba hacerlo al margen o de espaldas al mismo. A menudo, tiende a plantearse, así, la mediación como un procedimiento sustitutivo del judicial, cuando en realidad reviste más bien un carácter complementario o, al menos, alternativo no excluyente³⁷. En cuanto proceso de negociación asistida, la mediación aparece como una de las opciones que las partes pueden/deben agotar antes de acudir ante el juez, que se erige como *ultima ratio*, cuando se constata que las posiciones de los afectados están tan alejadas como para hacer extremadamente complicada la búsqueda de un acuerdo. Hay que contar con la eventualidad, sin embargo, de que el proceso de mediación no llegue a buen puerto, en cuyo caso las partes deben tener abierta la posibilidad de plantear su pretensión en sede judicial. Y tampoco puede descartarse que el acuerdo alcanzado en mediación sea parcial, limitado a aspectos concretos, lo que no sería impeditivo para acudir subsidiariamente al órgano jurisdiccional para resolver las cuestiones pendientes³⁸.

³⁶ ORTUÑO, P.: «La mediación intrajudicial» en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, pág. 131.

³⁷ VALDÉS DAL-RE, F.: «Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea», *RL*, tomo II, 1992, pág. 328, señala cómo, desde la perspectiva de las relaciones que se establecen entre el sistema judicial y los modos no jurisdiccionales de solución de conflictos, pueden diferenciarse en Europa dos grandes modelos: uno de *subordinación funcional* en el que los medios no jurisdiccionales desempeñan un papel puramente instrumental o auxiliar, en cuanto son vistos como «rivales» del proceso judicial; frente a otro de *autonomía funcional* en el que estos procedimientos no pretenden sustituir al sistema judicial sino cooperar con él, complementándolo.

³⁸ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 109.

Por otra parte, sin perjuicio de que la interposición de una demanda manifiesta generalmente el distanciamiento entre las partes y su incapacidad para resolver por otros medios el conflicto –máxime en el ámbito laboral donde se exige de forma preceptiva la conciliación o mediación previas– no puede negarse el derecho que asiste a estas a acudir a mediación en cualquier momento posterior, incluso simultaneándolo con la tramitación del proceso judicial. Y ello bien por su propia iniciativa, o bien por la derivación que pueda realizar el juez, cuando constata la posibilidad de obtener una solución más satisfactoria por esta vía.

A este respecto, el artículo 82.3 de la LJS señala que en las cédulas de citación se indicará la posibilidad de que las partes sometan la cuestión en litigio a los procedimientos de mediación establecidos por el servicio administrativo correspondiente o los Acuerdos Interprofesionales, pudiendo solicitar de común acuerdo al juez la suspensión del juicio por esta causa por un plazo máximo de 15 días. No parece que proceda, en cambio, que sea el propio juez el que asuma esas funciones y en ese sentido, el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, cuando define la mediación, incluye la que pueda llevar a cabo un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado al litigio; pero excluye, expresamente, las gestiones que para resolver el conflicto pueda realizar el juez competente en el curso del proceso judicial³⁹. La LJS, a diferencia de la LPL, atribuye ahora la conciliación judicial al secretario, que deberá desplegar la «labor mediadora que le es propia»⁴⁰, y es posible que, entre otras razones para el cambio, haya pesado la de ofrecer a las partes un medio *in extremis* de solventar sus diferencias, sin el condicionamiento que supone hacerlo frente a quien tiene la potestad para decidir en última instancia sobre el conflicto. Pero ni siquiera en ese caso podemos hablar de mediación propiamente dicha, porque el secretario, como miembro de la oficina judicial, está igualmente ligado al conflicto.

Y tampoco la ley, en la medida en que contempla la celebración del acto del juicio sin solución de continuidad tras la conciliación judicial, parece tener la intención de crear un marco propicio para gestionar el conflicto, sino más bien para refrendar un acuerdo ya alcanzado; lo que, por otra parte, puede ser comprensible considerando la existencia de una preceptiva conciliación o mediación administrativa previa. La mediación *intrajudicial* o *intraprocesal*⁴¹ se refiere, por

³⁹ La directiva estaría haciendo referencia a las experiencias de otros países como Países Bajos, Canadá o Estados Unidos en los que un juez, especialmente durante el trámite de revisión de sentencia, se implica como mediador en un conflicto tras haberlo estudiado a fondo y ante el convencimiento de que dispone de las claves para ofrecer una respuesta más racional al asunto. En esos casos, sin embargo, el juez que interviene queda absolutamente apartado del eventual proceso posterior si no se consigue alcanzar el acuerdo, *vid.* ORTUÑO, P.: «La mediación...», *cit.*, pág. 133.

⁴⁰ Artículo 84.1 de la LJS.

⁴¹ Las experiencias de mediación que se están llevando a cabo en los juzgados de lo social se realizan a partir de una derivación del conflicto por el juzgado, previa aceptación de las partes, a servicios de mediación y una homologación posterior por el juez del acuerdo al que se pueda llegar, *vid.* GARCÍA CELÁA, B.: «Mediación intrajudicial...», *cit.*; en otros países, como es el caso de Francia, la ley prevé que el juez, una vez iniciado el juicio y con el consentimiento de las partes, pueda designar a un tercero, en muchos casos un inspector de trabajo, para oír a las partes y

tanto, a las iniciativas de derivación que pueda adoptar el juez una vez iniciado el proceso, incluyendo la homologación de los acuerdos a que puedan llegar las partes tras la mediación, pero no supone una asunción de funciones mediadoras por el órgano jurisdiccional.

La configuración de la mediación como un cauce paralelo, previo o simultáneo, a la vía judicial pone en cuestión, por otro lado, su conexión y encaje con esta última y, en definitiva, su autonomía como medio de solución de conflictos. Son diversas las voces que han alertado acerca de los peligros que puede acarrear un impulso generalizado e incontrolado de estos sistemas alternativos de resolución de controversias –ADR en la terminología anglosajona– en cuanto se articulen como una suerte de «justicia privada», una «técnica de evitación» del Derecho que ofrezca a los interesados la posibilidad de obtener pretensiones que se les negarían con seguridad por los cauces tradicionales⁴².

En las relaciones laborales individuales, este riesgo es aún mayor habida cuenta la asimetría de las partes y su limitada disponibilidad sobre los derechos legales y convencionales. Ello explicaría que, potenciando el legislador la conciliación y la negociación entre las partes en todas las fases del proceso judicial, no haya manifestado el mismo interés, sin embargo, por la regulación de procedimientos alternativos que permitan alcanzar un acuerdo en una sede distinta a la judicial, lo que puede interpretarse como un signo de desconfianza hacia esos mecanismos cuando no están vinculados, o subordinados, al cauce jurisdiccional.

La mediación no puede convertirse en un medio de solución de conflictos *no jurídico* y debe articularse, en consecuencia, con las debidas garantías para asegurar el respeto a las normas de orden público. Es discutible, sin embargo, que para alcanzar ese objetivo resulte exigible, en todo caso, un control judicial, o incluso administrativo, sobre el proceso de mediación y/o su resultado. En un sistema como el nuestro, con escasa tradición en mediación y sin un marco regulatorio adecuado, la intervención de un órgano judicial o administrativo proporciona seguridad a las partes y credibilidad al procedimiento, al tiempo que favorece su expansión, al ofrecerse habitualmente como un servicio gratuito. La experiencia de los procedimientos articulados a través de los acuerdos interprofesionales muestra, no obstante, que la autonomía colectiva puede implementar procesos con efectividad en el ámbito de las relaciones individuales.

Y, considerando además que en determinadas materias, como el ejercicio de los derechos de conciliación familiar, los conflictos individuales requieren una solución de equidad, es plausible explorar otras vías para que la mediación pueda desarrollar toda su potencialidad en el

confrontar sus opiniones para encontrar una solución al conflicto que las enfrenta, *vid.* PETIT, F.: «La problemática de la solución negociada de los conflictos laborales en Francia», *RL*, núms. 23-24, 2007, pág. 440.

⁴² Por todos, BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 112 quien apunta que la extensión de la mediación no puede concebirse desde una visión estrictamente economicista de externalización de la Justicia, ni puede suponer el desentendimiento por parte de los Estados de mantener un sistema jurídico justo y eficaz.

ámbito de la empresa⁴³. Una de ellas, utilizada en otros países, puede ser la Inspección de Trabajo a la que legalmente se le atribuyen funciones de «arbitraje, conciliación y mediación»⁴⁴ y que estaría en condiciones de asumir tanto la labor mediadora como la homologación de los acuerdos alcanzados por las partes tras un proceso de mediación privado. Esta homologación, necesaria a nuestro juicio para salvaguardar los derechos e intereses de las partes, preserva, no obstante, la autonomía de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, en cuanto debería limitarse a constatar la adecuación formal y material del acuerdo, sin entrar a valorar el fondo del mismo⁴⁵.

3.2. ES UN PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO

La voluntariedad es uno de los presupuestos sobre los que descansa la mediación y está presente en los diferentes momentos del *iter* procedimental que debe seguirse para su consecución. Fruto del consenso es la decisión inicial de las partes de confiar la gestión de sus discrepancias a un tercero, y esa libertad se mantiene igualmente a lo largo de todo el proceso de negociación así como en lo relativo a la obtención de un acuerdo, que habrá de contar con la aquiescencia expresa de los implicados. Esta voluntariedad «exacerbada» permite, así, diferenciar la mediación de otras figuras próximas, como el arbitraje, en el que, como es sabido, si bien existe una sumisión voluntaria de partida al cauce arbitral, las partes delegan la solución del conflicto en un tercero, por lo que no tienen la potestad de aceptar o rechazar la decisión del árbitro, que es jurídicamente vinculante.

El artículo 6 de la Ley 5/2012 de Mediación confirma la mediación como una elección voluntaria de las partes, salvo que exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Nuestro legislador prima, pues, la voluntariedad en el acceso a la mediación y ello pese a que la Directiva 2008/52/CE admite la posibilidad de que, como ocurre en otros sistemas, se establezca la obligatoriedad de la mediación o se la someta a incentivos o sanciones, antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Se ha defendido que en países donde la mediación cuenta con poco arraigo como el nuestro, su imposición preceptiva favorecería su expansión y aceptación por las partes. En contrapartida, sin embargo, se corre el riesgo de pervertir uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta esta figura y convertirla en un mero formalismo que abra la puerta al proceso judicial.

⁴³ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «Por el ensanchamiento de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», *Temas Laborales*, núm. 70, 2003, pág. 12.

⁴⁴ Artículo 3.3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Indisponibilidad de los derechos...», cit., pág. 29.

En el ámbito laboral, donde se exige la conciliación como presupuesto procesal para accionar⁴⁶, este debate lleva tiempo planteado y se ha llegado a abogar por la supresión de esta figura, en la medida en que es ese carácter preceptivo el que ha venido a contribuir en buena medida a su devaluación y su falta de eficacia. Paradójicamente, sin embargo, después de que durante mucho tiempo la mención legal a la vía previa lo fuera exclusivamente a la conciliación, el artículo 63 de la LJS se refiere ahora al intento de «*conciliación o mediación previas*», con lo que se da continuidad a este requisito preceptivo pero parece ampliarse la capacidad de las partes para, a la hora de cumplir con el mismo, poder elegir de entre los diferentes medios de resolución extrajudicial de conflictos, aquel que se les antoje más idóneo. En la práctica, sin embargo, esta libertad de elección se encuentra considerablemente más restringida, pudiendo diferenciarse varios escenarios posibles:

- Aunque es por el momento un supuesto realmente infrecuente, cabe que las partes, por ejemplo trabajadores con un amplio poder de disposición como los directivos, suscriban una cláusula de sumisión a mediación, que les lleve a recurrir a un mediador privado para la resolución de conflictos en el marco del contrato individual. Este proceso, como cualquier otra mediación privada que se lleve a cabo en el seno de la empresa, no sustituye al previsto en el artículo 63 de la LJS, que se refiere exclusivamente a la mediación que pueda realizarse ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano constituido por la autonomía colectiva a través de los Acuerdos Interprofesionales y convenios colectivos del artículo 83 del ET. Ello obligará a las partes a realizar un trámite preprocesal que, en este caso, sí parece carente de contenido, por cuanto el objetivo de proporcionar a los interesados una visión objetiva del conflicto y de obtener pautas para su solución negociada ya ha sido cumplido ampliamente en el proceso de mediación y es difícil, además de redundante, que su reproducción ante el órgano administrativo o convencional vaya a reportar algún valor añadido.

Y en lo que respecta al posible incumplimiento de un compromiso de sumisión a mediación, en el ámbito civil el artículo 10.2 de la Ley 5/2012 prevé que los órganos jurisdiccionales no puedan conocer de la controversia en tanto se sustancia el proceso de mediación acordado, siempre que la parte a quien interese lo invoque

⁴⁶ Desde fechas tempranas, el Tribunal Constitucional (SSTC 1/1983, de 13 de enero, rec. de amparo 167/82, y 354/1993, de 29 de noviembre, rec. de amparo 341/91) descartó que conciliación preceptiva previa al proceso pudiera suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque «ni excluye el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, al suponer simplemente un aplazamiento de la intervención judicial, ni se trata de un trámite desproporcionado o injustificado, al procurar una solución extraprocésal de la controversia que beneficia tanto a las partes como al sistema judicial» (STC 75/2001, de 26 de marzo, rec. de amparo 1195/07), *vid.* RODRÍGUEZ CRESPO, M.^ª J.: «La conciliación extrajudicial y no obstaculización del derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, pág. 134.

mediante declinatoria⁴⁷. En lo laboral, parece improbable que el juez llegue a determinar el archivo de la demanda o la nulidad de actuaciones por esta causa puesto que, existiendo un trámite previo preceptivo de conciliación administrativa, la finalidad de propiciar un intento de solución negociada y un acercamiento entre las partes ha podido, a la postre, cumplirse de igual forma. En este sentido, debe recordarse que el compromiso de sometimiento a mediación se entenderá cumplido con la solicitud e inicio del procedimiento, conservando las partes plena disponibilidad para apartarse del proceso en cualquier momento posterior, así como para rechazar un acuerdo sobre el litigio.

- El convenio colectivo, en el marco de las funciones que se atribuyen a las Comisiones Paritarias en los artículos 85.2 y 91.1 del ET, puede establecer la solicitud de mediación ante este órgano como requisito previo para la interposición de la demanda judicial. Como regla general, para los conflictos individuales los convenios colectivos suelen contemplar la intervención de la Comisión Paritaria únicamente a petición de las partes, pero existe algún caso en el que se impone con carácter preceptivo para todo tipo de conflictos surgidos en la interpretación y aplicación de la norma convencional. De ser así, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo la validez de estos trámites sin que ello suponga una conculcación del artículo 24 de la CE, que solo se vería afectado en la medida en que las condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción pudieran considerarse «innecesarias, excesivas o carentes de razonabilidad y proporcionalidad»⁴⁸. Ello obligaría a que, como se ha señalado⁴⁹, el establecimiento de estos procesos de mediación convencional deba ponderar los beneficios que pueden obtenerse (reducción de la litigiosidad, potenciación de las facultades autocompositivas de la autonomía colectiva), frente al sacrificio que conlleva para las partes el retraso en el acceso a la vía judicial; no pueden fijarse procesos excesivamente prolijos que provoquen dilaciones injustificadas que terminen por acarrear la pérdida de la acción; y la terminación del proceso sin acuerdo no puede cerrar ni impedir el conocimiento de la cuestión litigiosa por los órganos jurisdiccionales. A este respecto, se ha cuestionado también la idoneidad de estas comisiones convencionales para actuar como órgano de mediación por cuanto puede ponerse en entredicho su neutralidad e imparcialidad pero, al menos desde la perspectiva de los conflictos individuales, su composición

⁴⁷ Se trata, con todo, de una previsión controvertida por cuanto la interposición de la demanda judicial puede entenderse como una manifestación implícita de la parte de rechazo de una solución negociada, lo que hace discutible la paralización del proceso judicial para imponer el inicio de un trámite de mediación que, en estas circunstancias, tiene pocos visos de prosperar.

⁴⁸ SSTC 4/1988, de 21 de enero, cuestión de inconstitucionalidad 102/1986 y 217/1991, de 14 de noviembre, rec. de amparo 1850/1998; *vid.* en este sentido, QUESADA SEGURA, R.: «Las comisiones creadas en convenios colectivos y la resolución de conflictos individuales de trabajo», *RL*, tomo I, 1992, pág. 172 y ss.

⁴⁹ SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 193.

paritaria y el conocimiento cercano y directo de los problemas que subyacen a la interpretación y aplicación del convenio creemos que satisfacen sobradamente las exigencias que pueden reclamarse de un mediador.

El incumplimiento de este trámite, siendo preceptivo, puede determinar el archivo de la demanda o la nulidad de actuaciones, si bien tratándose de un requisito impuesto por las partes y no propiamente de una exigencia legal que condiciona el inicio del proceso, no podría ser controlado de oficio por el órgano jurisdiccional como ocurre con la falta de conciliación o mediación previstas en la LJS, sino únicamente por las partes, que serían las que deberían alegar su falta ante el juez⁵⁰.

Por otra parte, dada la claridad de la dicción legal, la mediación finalizada sin avenencia, en este caso, tampoco sustituye al proceso previsto en el artículo 63 de la LJS, lo que obliga a las partes a duplicar trámites previos a la vía judicial con escaso sentido dada la, en principio, identidad funcional de los mismos. Ello puede llevar a reflexionar sobre la conveniencia de mantener, o al menos restringir al máximo, estos trámites convencionales preceptivos. Pero, en sentido contrario y sobre todo si se considera que el ámbito del convenio puede ser el marco ideal para resolver los conflictos que surjan en torno al mismo⁵¹, puede abogarse por el establecimiento de una regulación legal más flexible que dé por válidos procesos de mediación sustanciados con las debidas garantías, aunque no se hayan realizado ante el órgano administrativo o el configurado por el acuerdo profesional correspondiente.

- Los Acuerdos Interprofesionales y los convenios negociados al amparo del artículo 83 del ET han establecido también procesos de mediación para la resolución extrajudicial de conflictos que inicialmente, como ya se señaló, se circunscribían a los litigios de naturaleza colectiva, admitiendo en algunos casos, a lo sumo, el conocimiento de los individuales si las partes hacían acto de sumisión expresa. La consolidación y progresiva madurez de estos cauces alternativos y de los órganos que los gestionan ha llevado, sin embargo, no solo a que su aplicación a los conflictos individuales se vaya extendiendo, sino incluso a que alguno de los acuerdos renovados recientemente imponga el conocimiento de estos con carácter preceptivo⁵².

⁵⁰ *Vid.* nota anterior, pág. 189.

⁵¹ Como se ha señalado, la intervención de la Comisión Paritaria puede evitar la injerencia judicial en los equilibrios logrados por la negociación colectiva, con respuestas individualizadas que contribuyen a fragmentar la unidad del convenio, LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2003, pág. 717.

⁵² Es el caso del [IV ASECLA de Aragón, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013](#), BOA de 11 de junio de 2013, en cuyo preámbulo se señala que «después de catorce años de actividad... consideramos que es el momento de asumir con carácter universal la mediación tanto en conflictos colectivos como individuales y plurales... dejando de condicionar la validez de la actuación del organismo al requisito de adhesión colectiva o voluntad de sometimiento individual». El [II Acuerdo Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos de Castilla-La Mancha, Resolución de 2 de junio de 2009](#), DOCM de 11 de junio de 2009, contempla también la obligatoriedad para los conflictos individua-

El artículo 91.5 del ET, en relación con la utilización de estos procedimientos de mediación y arbitraje establecidos por la autonomía colectiva para resolver cuestiones de interpretación y aplicación del convenio colectivo, contempla su extensión a las controversias de carácter individual «cuando las partes expresamente se sometan a ellos». La doctrina mayoritaria⁵³ ha considerado, no obstante, que esta necesidad de aceptación voluntaria de las partes debe entenderse referida únicamente a los supuestos de arbitraje, ya que en la mediación la voluntariedad se ha de manifestar, en todo caso, a la hora de alcanzar un acuerdo, lo que no haría imprescindible su exigencia *ab initio*⁵⁴. Esta interpretación es la que se infiere igualmente si se atiende a lo previsto en el artículo 63 de la LJS que, al admitir como trámite previo la conciliación o mediación realizada ante los órganos previstos en estos Acuerdos Interprofesionales, no diferencia para su validez entre conflictos colectivos o individuales, ni exige el sometimiento voluntario de las partes en este último caso. Y, en fin, la caracterización de estos convenios como acuerdos de materias concretas del artículo 83.3 del ET les otorga una eficacia personal general que obliga al cumplimiento de lo en ellos previsto a todos los sujetos incluidos en su ámbito funcional y geográfico⁵⁵.

El **IV ASECLA aragonés** impone, pues, la mediación preceptiva para los conflictos individuales que precisan de vía previa a efectos del artículo 63 de la LJS [art. 4.1 a)] y establece que, una vez instada la solicitud, la asistencia al acto de mediación/conciliación será obligatoria para las partes (art. 13.3). Las consecuencias de la inasistencia difieren, sin embargo, según esta se refiera a la parte solicitante o a la solicitada. En el primer supuesto, se levantará acta determinando el archivo de las actuaciones, lo que cerrará el paso a la interposición de una demanda judicial. La incomparecencia injustificada de la parte solicitada conlleva simplemente que

les (art. 14) si bien dicho Acuerdo ha sido suspendido temporalmente en lo que se refiere a los conflictos individuales por razones económicas ([Resolución de 27 de marzo de 2012, DOCM de 9 de abril](#)).

- ⁵³ ALFONSO MELLADO, C. L. y SALA FRANCO, T.: *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 62; LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial...*, cit., pág. 722.
- ⁵⁴ En contra, SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 143, para quien la voluntariedad es la base negocial de la mediación, sin que pueda ser amortizada por la disposición colectiva ni siquiera en la fase inicial en la que las partes consienten someterse a la misma.
- ⁵⁵ Otra cuestión es que sea el convenio colectivo el que imponga el sometimiento expreso y preceptivo a los procedimientos de mediación-conciliación establecidos en los Acuerdos Interprofesionales para la resolución de conflictos individuales. No plantean problemas estas previsiones cuando se refieran exclusivamente a conflictos derivados de la interpretación y aplicación del convenio ([I Convenio colectivo Marco de supermercados y autoservicios de alimentación de Cataluña](#), Resolución de 30 de enero de 2012, DOGC de 7 de marzo); más discutibles resultan, en cambio, aquellas que imponen la sumisión preceptiva para conflictos individuales más allá de los relativos a la interpretación y aplicación del convenio ([Convenio colectivo Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos](#), Resolución de 3 de diciembre de 2012, DOGC de 19 de diciembre; [VI Convenio colectivo Clubes natación de Cataluña](#), Resolución de 31 de julio de 2013, DOGC de 13 de agosto).

la mediación se dé por intentada sin efecto, sin perjuicio de que pueda aplicarse, por analogía, lo previsto en el artículo 66.3 de la LJS, que establece la imposición de las costas del proceso para la parte no compareciente con el límite de 600 euros, si la sentencia que en su día se dicte coincidiera esencialmente con la pretensión planteada en la solicitud de mediación⁵⁶. El principio de voluntariedad queda, en definitiva, salvaguardado en la medida en que, pese a que el trámite de mediación es requisito inexcusable para accionar, no se exige en ningún momento el acuerdo entre las partes, ni siquiera un intercambio de pareceres, bastando a estos efectos con la presentación de la solicitud ante el órgano mediador. Y es que aunque, como se ha señalado, la oportunidad de que las partes puedan encontrarse y escuchar la visión del mediador es beneficiosa por sí misma y puede clarificar los términos del conflicto en este momento previo a la demanda judicial⁵⁷, la obligación a mediar encierra un contrasentido y podría, a la larga, terminar resultando contraproducente, generando en las partes el sentimiento de que se encuentran ante una formalidad más, como ha ocurrido con la conciliación.

Otro problema que puede plantearse cuando estos acuerdos colectivos imponen la mediación preceptiva es cómo cohonstar esta obligación con la aparente capacidad de elección que el artículo 63 de la LJS otorga a las partes para cumplir con la vía previa, bien ante el servicio administrativo o ante el órgano que se configure a través de la negociación colectiva. La eficacia vinculante de la que gozan los convenios colectivos justifica la prioridad del cauce convencional en estos supuestos, eliminando la alternativa que prevé la ley, de forma que las partes deberían acudir necesariamente a la mediación recogida en los Acuerdos Profesionales para cumplir con el trámite preprocesal. Es llamativo, pues, que no se hayan aprovechado las modificaciones introducidas por la LJS para aclarar este punto y garantizar la preferencia del órgano convencional sobre el administrativo.

De cualquier forma, en la práctica la cuestión a resolver son los efectos que puedan derivarse cuando las partes, equivocadamente, realizan el trámite de conciliación ante el servicio administrativo en lugar de acudir al órgano convencional. La respuesta jurisprudencial, dictada en la mayor parte de los casos en procesos colectivos, está lejos no obstante de ser unánime, ya que algunas sentencias optan por convalidar la conciliación administrativa entendiendo que la finalidad de facilitar un acuerdo previo se ha cumplido y que, por tanto, resultaría singularmente grave-

⁵⁶ Facultativamente, según lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LJS, el juez podrá imponer al demandado una multa de entre 180 y 6.000 euros sin superar la cuantía de la tercera parte del litigio, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes, *vid.* TUSET DEL PINO, P.: «La obligación de comparecer a los actos de conciliación y mediación en el proceso laboral y las consecuencias de su incumplimiento», *Información Laboral*, núm. 4, 2012, pág. 24.

⁵⁷ *Vid.* SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 145.

so obligar a las partes a reproducir el mismo trámite ante una instancia distinta⁵⁸. Frente a lo cual, algunas otras resoluciones abogan por la necesidad de asegurar la eficacia vinculante de los convenios e imponen el cumplimiento del requisito preprocesal a través del procedimiento previsto por el Acuerdo Profesional correspondiente⁵⁹. Sin desdeñar la trascendencia de los cauces establecidos por la autonomía colectiva y la conveniencia de respaldarlos, parece aconsejable valorar con prudencia las consecuencias de una declaración de improcedencia del trámite administrativo en estos casos sobre todo si, como ocurre en los procesos por despido, ello conlleva la caducidad de la acción e impide a las partes la presentación de la demanda judicial⁶⁰. La postergación de la vía convencional no tiene las mismas connotaciones tratándose de conflictos colectivos que de individuales y si bien es cierto que hoy en día puede argumentarse que los trámites que articula la autonomía privada ofrecen mayores garantías para propiciar el diálogo y el acuerdo entre las partes, este objetivo puede alcanzarse de igual forma a través del procedimiento administrativo. Por añadidura, una vez el demandado no pone de manifiesto la elección errónea del trámite preprocesal y permite que este se lleve a cabo sin objeciones, parece desproporcionado exigir *a posteriori* una subsanación que, en el mejor de los casos, genera una duplicidad innecesaria; y, en el peor, cierra definitivamente al demandante el acceso a la vía judicial⁶¹.

- A tenor de lo expuesto, ha quedado de manifiesto que la capacidad de elección real de las partes a efectos de cumplir el trámite preprocesal recogido en el artículo 63 de la LJS es sumamente limitada: en primer término, porque no se admiten procedimientos de mediación o conciliación sustanciados ante una instancia distinta de la administrativa o convencional señaladas en el precepto, lo que obliga automáticamente a utilizar uno de esos dos cauces, aun a costa de reproducir trámites que ya han demostrado su ineficacia en la controversia que enfrenta a las partes. Por otro lado, en la medida en que los acuerdos profesionales negociados en el marco del artículo 83 del ET impongan para los conflictos individuales la media-

⁵⁸ SSTSJ de Cataluña 7528/1998, de 29 de octubre, de Madrid 626/2006, de 18 de octubre, que entienden que la declaración de nulidad de actuaciones por esta causa provocaría un retraso contrario a los principios de celeridad y economía procesal.

⁵⁹ SSTSJ de Baleares 420/1999, de 31 de julio, de Madrid 683/2011, de 8 de septiembre, que estiman la ausencia de mediación como un defecto de forma que conduce a la declaración de nulidad de actuaciones.

⁶⁰ Esta es la conclusión a la que llega la STSJ de Cataluña de 8 de enero de 2001 que traslada a estos supuestos la jurisprudencia sobre utilización inadecuada de la conciliación cuando procedía acudir a la reclamación previa, *vid.* en detalle, GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *La conciliación laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2005, pág. 302.

⁶¹ *Vid.* en extenso, SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 196, que señala que si en estos casos no se admite la convalidación de la conciliación administrativa o, en su defecto, la suspensión del plazo de caducidad, se genera una indefensión para el demandante, al determinarse la caducidad de la acción, que afecta directamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

ción preceptiva ante el órgano convencional correspondiente, esta vía prevalece sobre la administrativa, con lo que desaparece la posibilidad de elección de las partes entre una y otra.

Finalmente, pese a que la ley se refiere a «conciliación o mediación» no parece hacerlo tanto en el sentido de proporcionar una opción entre dos procedimientos diversos, aunque con finalidad similar, cuanto de establecer que ambos medios pueden ser adecuados para cumplir con la vía previa. Sin entrar por el momento en las diferencias que pueden separar a la conciliación de la mediación, los acuerdos profesionales tienden a regular procedimientos flexibles que den cabida a un espectro amplio de posibilidades, y permitan a las partes asumir un mayor o menor protagonismo en función de su situación y necesidades. La vía administrativa resulta, por el contrario, mucho más expeditiva y ofrece, hoy por hoy, escasas opciones para el diálogo y la negociación entre las partes y, en definitiva, para llevar a cabo una mediación en el sentido más estricto del término.

3.3. ES UN MECANISMO AUTOCOMPOSITIVO

Uno de los principales beneficios que se asocia a la mediación, y a la vez uno de los elementos distintivos frente a otras vías de solución de conflictos, es el protagonismo que brinda a las partes para decidir el curso del procedimiento, participar en él y asumir, llegado el momento, un compromiso sobre el litigio que las enfrenta⁶². Como subraya la definición de la [Ley 5/2012](#) son las partes las que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo, de forma que la intervención del mediador se limita a propiciar un acercamiento y abrir cauces para el diálogo, sin interferir ni imponer decisiones sobre la negociación o su resultado. El mediador actúa *inter partes*, no *supra partes*⁶³, y por tanto no adopta una posición de control o de decisión sobre el procedimiento, que permanece en manos de los interesados hasta el final. La presencia de las partes y su implicación activa en la negociación permite, así, que estas puedan profundizar en el conflicto y modificar sus términos, algo que difícilmente puede plantearse durante un proceso judicial, en el que las partes tienden a delegar en sus representantes la defensa de sus intereses en un marco de enfrentamiento, no de diálogo. Cuando, como ocurre en muchas ocasiones en el marco del contrato de trabajo, la relación entre los contendientes tiene además expectativas de continuidad más allá del conflicto, este extremo cobra especial importancia porque ofrece a los implicados una oportunidad para dar salida a fricciones y divergencias, saneando de raíz el vínculo que los une. Este efecto profiláctico puede proyectarse hacia el futuro, pues una mediación exitosa constituye un precedente que puede servir de pauta para resolver otras discrepancias entre las partes. Y en otro orden de cosas, si la mediación fructifica en un acuerdo, la responsabilidad asumida por las partes en su conse-

⁶² Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «Mediación y libertad de las partes...», cit., pág. 5.

⁶³ Vid. BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 106.

cución y su aceptación voluntaria revierte también de forma positiva, ya que disminuye el riesgo de incumplimiento y garantiza una mayor eficacia de estos procesos.

3.4. ES UN CAUCE PARA RESOLVER CONFLICTOS CON INTERVENCIÓN DE UN MEDIADOR

La figura del mediador es clave para que el proceso de mediación se desenvuelva satisfactoriamente, y su papel en el mismo permite, a su vez, establecer las diferencias con otras instituciones afines. El mediador es un tercero ajeno al conflicto que, como señala la [Ley 5/2012](#), facilita la comunicación entre las partes y desarrolla una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre estas (art. 13). Un primer referente a tener en cuenta es que el mediador se posiciona, pues, frente al conflicto «desde fuera», proporciona a las partes la distancia necesaria para enfocar adecuadamente el litigio y, como veremos, deberá mantener esta imparcialidad y neutralidad a lo largo de todo el proceso.

Los procedimientos internos que se articulan cada vez con mayor frecuencia en las empresas para solventar reclamaciones, en materia de acoso⁶⁴ o en cuestiones disciplinarias, solo puntualmente podrían, por tanto, ser calificados como auténticas mediaciones⁶⁵, en la medida en que suelen resolverse por el propio empresario, el servicio de recursos humanos o, a lo sumo, una comisión paritaria con la representación laboral. Ello no obsta para reconocer a estos mecanismos toda su potencialidad como cauces para la prevención y solución de las discrepancias que naturalmente tienden a surgir en el devenir de las relaciones laborales y la conveniencia de dotar de mayores garantías a los acuerdos alcanzados por esta vía⁶⁶.

El mediador colabora con las partes y ayuda a entablar la negociación y a buscar soluciones pero no adopta una posición de fuerza ni tiene capacidad decisoria en el procedimiento, lo que le

⁶⁴ El artículo 48 de la LO 3/2007, de 22 marzo, de Igualdad, insta a las empresas a arbitrar procedimientos específicos para prevenir el acoso sexual y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

⁶⁵ SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 102, los califica como manifestaciones de negociación directa *inter partes*.

⁶⁶ Aunque todavía aisladas, existen ya algunas experiencias más ambiciosas de mediación organizacional que se están implementando con resultados positivos, como las que en el ámbito sanitario está llevando a cabo el Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, *vid.* NOVEL, G.: *Mediación organizacional. Desarrollando un modelo de éxito compartido*, Madrid: Reus, 2010. Y en esta dirección parece encaminarse el [IV ASECLA aragonés](#) cuando establece la posibilidad de realizar, a solicitud de las partes, «funciones preventivas de los conflictos laborales» utilizando el procedimiento de mediación-conciliación (art. 3.3.2, IV ASECLA Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA de 11 de junio). Resultan de interés igualmente los distintos procedimientos, formales e informales, articulados en el seno de la OIT para prevenir y resolver conflictos entre el personal de la organización, *vid.* *Cómo resolver los problemas en el lugar de trabajo*. Los procedimientos de prevención y solución de conflictos en la OIT, 2008, www.ilo.org.

sitúa en un plano diferente al del juez o el árbitro. Sin perjuicio de este papel de «facilitador», se espera, no obstante, que el mediador tenga una participación activa en el proceso, que gestione y controle la dinámica de la negociación, trasladando ofertas de las partes, realizando sugerencias, ofreciendo alternativas o interviniendo en situaciones de bloqueo. Esta aportación de valor es la que puede hacer aconsejable acudir a la mediación pese a que las partes hayan fracasado en el intento de negociar directamente sobre la cuestión litigiosa, algo que puede ser frecuente en el ámbito individual⁶⁷. Y es esta mayor implicación del mediador la que habitualmente se invoca para marcar la línea divisoria entre conciliación y mediación. Ambos medios de solución de controversias se orientan a la consecución de un acuerdo, decidido y gestionado por las partes. Pero en el caso de la conciliación, la intervención del tercero se limitaría a propiciar el diálogo entre los interesados, quedando relegado a un segundo plano a partir de ese momento; mientras que en la mediación, el protagonismo del mediador se mantiene durante todo el proceso.

En la práctica, sin embargo, las diferencias no son tan claras: el [Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre](#), que regula la conciliación administrativa confiere al letrado conciliador la facultad de moderar las intervenciones de las partes, pudiendo llegar a solicitar el auxilio de hombres buenos así como sugerir soluciones equitativas (art. 10), lo que aproxima significativamente su papel al del mediador. Por otra parte, la mediación, siendo un proceso caracterizado por su flexibilidad, admite modulaciones en lo que respecta a la implicación del mediador y así si bien en la mediación directa o evaluativa el mediador puede realizar una investigación previa sobre los hechos y emite una propuesta final, acercándose a la figura del arbitraje no vinculante, en otros modelos de mediación más integrativa o colaborativa, su papel se reduce considerablemente, limitándose a favorecer el diálogo entre las partes, lo que le identificaría más con la labor del conciliador. Estas dificultades de deslinde han sido puestas de relieve por la doctrina⁶⁸ y se aprecian igualmente en otros sistemas, donde en ocasiones los términos conciliación y mediación se utilizan indistintamente⁶⁹. Y, en esta línea, la mayoría de los Acuerdos Interprofesionales regulan un único procedimiento bajo la rúbrica común de conciliación-mediación⁷⁰. Más allá de deba-

⁶⁷ Vid. al respecto, GARCÍA ÁLVAREZ, M.ª R.: «¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?», *Diario La Ley*, núm. 8.087, mayo 2013.

⁶⁸ Vid. GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *La conciliación...*, cit., pág. 50, con cita de las posiciones doctrinales más relevantes. Para el autor, el problema solo puede solventarse decantándose por alguna de las tres interpretaciones posibles: a) las funciones que la ley atribuye al letrado conciliador son más propias de la mediación por lo que lo que existe principalmente es una confusión terminológica; b) debe optarse por atender a la denominación legal y entender que el letrado conciliador ha de limitarse a realizar funciones exclusivamente conciliadoras (a lo que añadiríamos que es sustancialmente lo que de hecho se hace en la práctica) o c) las funciones legales del letrado conciliador no responden estrictamente a ninguna de las dos figuras porque se sitúan en un punto intermedio entre ellas.

⁶⁹ Vid. VEILLEUX, D. y TRUDEAU, G.: «La mediación en las diferencias laborales en Quebec: desde la tradición hacia nuevas direcciones», *RL*, núms. 23-24, 2007, pág. 484.

⁷⁰ Por ejemplo, [Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra](#), Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014, [Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009](#), Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo.

tes terminológicos o conceptuales, parece que la mediación presupone y engloba a la conciliación porque en definitiva aporta un plus cualitativo frente a esta, ya que no se limita a propiciar el diálogo entre las partes, sino que ofrece también acompañamiento en el proceso con vistas a la consecución del acuerdo.

4. LÍMITES: ÁMBITO TEMPORAL Y MATERIAL DE LA MEDIACIÓN INDIVIDUAL

Dos extremos, uno de carácter general y otro particular, pueden condicionar el uso de la mediación. El primero constituye una preocupación común a todos los ámbitos en los que se utiliza este instrumento y aparece reflejado en la [Directiva 2008/52/CE](#) en la que se insta a los Estados para que garanticen que, fracasada la mediación, la aplicación de las normas sobre prescripción y caducidad no lleguen a impedir a las partes el acceso a la jurisdicción⁷¹. El segundo, específico aunque no exclusivo del ámbito laboral, se refiere a las materias que pueden ser objeto de mediación, atendiendo en primer término al principio legal de indisponibilidad de derechos, pero sin olvidar que, al margen de restricciones legales, otras singularidades de la relación laboral individual pueden limitar o, al menos dificultar, el recurso a la mediación.

4.1. ÁMBITO TEMPORAL: EFECTOS DE LA MEDIACIÓN SOBRE EL TRANCURSO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD

El artículo 65.1 de la LJS establece que la presentación de la solicitud de conciliación o mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. Tradicionalmente, la norma laboral vinculaba este efecto suspensivo al carácter preceptivo de la vía previa al proceso judicial, por lo que únicamente se beneficiaban del mismo la conciliación o mediación administrativa o convencional prevista en el artículo 63 de la LJS y solo en relación con los procesos para los que efectivamente se exigiera el cumplimiento de este requisito preprocesal. Tras las modificaciones introducidas por la [Ley 36/2011](#) reguladora de la jurisdicción social, el artículo 64.3 de la LJS reconoce igualmente la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción para aquellos procesos que, sin ser preceptivos para el acceso a la vía judicial, hayan sido iniciados por las partes «en tiempo oportuno y voluntariamente». Se incide, así, en la eficacia que puede desplegar la mediación en orden a obtener un acuerdo consensuado que evite el litigio con independencia de su exigibilidad como trámite preprocesal. Ello puede ser de especial interés en controversias que, como las relativas a vacaciones o ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, están exentas de la obligación de conciliación previa pero resultan, en

⁷¹ Considerando 24.

cambio, particularmente adecuadas para la negociación asistida entre las partes, ya que en último término, requieren de una solución de equidad que pondere los diferentes intereses en juego.

En ausencia de referencia legal expresa, no obstante, no cabe otorgar este beneficio suspensivo o interruptivo a cualesquiera otros procedimientos de mediación que no se sustancien ante el órgano administrativo o convencional a los que se refiere el artículo 63 de la LJS. Quedan al margen, por tanto, las mediaciones que se puedan articular en el interior de la empresa así como las que se lleven a cabo ante las comisiones paritarias de los convenios colectivos. Ya se ha señalado la conveniencia de dotar de un mayor reconocimiento a estos procesos, lo que podría redundar positivamente en la solución acordada de los conflictos. Por el momento, sin embargo, en supuestos con plazos de caducidad preclusivos, como el despido, si se inicia la tramitación de una mediación privada de estas características debería adoptarse la cautela de presentar, simultáneamente, la solicitud de conciliación-mediación ante el órgano administrativo o convencional competente, so pena de que pueda estimarse posteriormente la caducidad de la acción si dicha mediación fracasara.

Es dudoso, por otra parte, si este efecto suspensivo o interruptivo debe entenderse producido cuando la solicitud de conciliación-mediación se presenta equivocadamente ante el órgano administrativo, debiendo haberse hecho frente al órgano previsto por el Acuerdo Interprofesional correspondiente. Si se advierte diligentemente a la parte demandante del error, la subsanación podrá realizarse razonablemente sin mayores consecuencias. En supuestos extremos, de no admitirse la suspensión del plazo de caducidad con la presentación de la solicitud inicial, ello podría conllevar la pérdida del derecho de acción, solución a nuestro juicio excesivamente rigurosa que habría de ser valorada atendiendo a la buena fe del demandante y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de tutela judicial efectiva⁷².

La ley señala que el cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos 15 días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado (art. 65.1 LJS)⁷³. Y añade que, de cualquier forma, transcurridos 30 días sin haberse celebrado el acto de conciliación o sin haberse iniciado la mediación o alcanzado acuerdo en la misma se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite. El juego de los plazos previstos por la norma supone que, 15 días después de la presentación de la solicitud de mediación, el cómputo del plazo de caducidad se reanuda con independencia del estado en el que se encuentre el procedimiento de mediación. Ello hace aconsejable la interposición en estos casos de la demanda judicial pese a que la mediación esté todavía

⁷² SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 195.

⁷³ Quince días naturales desde la recepción de solicitud de inicio de la mediación es el plazo que fija el artículo 4 de la Ley 5/2012 para la reanudación del cómputo de los plazos de prescripción o caducidad.

en curso, ya que si inusualmente esta se prolongara por mayor tiempo, las partes podrían todavía solicitar la suspensión del acto del juicio por un periodo máximo de 15 días⁷⁴.

En relación con esta cuestión, se ha puesto de manifiesto⁷⁵ con preocupación la existencia de una cierta desconexión entre estas previsiones legales y la regulación que establecen los Acuerdos Interprofesionales autonómicos. Así, algunos de estos Acuerdos, como el SERCLA andaluz, establecen un plazo máximo para dar por concluido el proceso de mediación de 20 días⁷⁶, superior pues, al fijado por la LJS. Al no hacerse, además, advertencia alguna sobre las consecuencias que la superación del plazo de 15 días pueda tener sobre el ejercicio de la acción, puede ocurrir que, finalizado sin acuerdo el trámite de mediación, las partes vean cerrada la vía judicial por haber expirado el plazo de caducidad. De darse esta circunstancia, se ha estimado la conveniencia de conceder la subsanación del trámite de la conciliación, considerando que lo contrario puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y estaría penalizando injustificadamente la utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos articulados por la autonomía colectiva⁷⁷.

4.2. ÁMBITO MATERIAL: EL PROBLEMA DE LA INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS

Uno de los obstáculos que se esgrimen de forma recurrente para justificar la escasa operatividad de la mediación en el ámbito individual es la limitada capacidad de disposición que las normas laborales conceden al trabajador sobre los derechos que en ellas se le reconocen. Es bien sabido que la histórica desigualdad entre las partes contratantes ha obligado al Derecho del Trabajo a reducir el poder de autorregulación de estas, estableciendo normas imperativas para la determinación de las condiciones de trabajo, que no pueden ser derogadas *in peius*. Como consecuencia de ello, el trabajador no solo tiene garantizada la adquisición de los derechos previstos

⁷⁴ Artículo 82.3 de la LJS.

⁷⁵ RODRÍGUEZ CRESPO, M.ª J.: «La conciliación extrajudicial y no obstaculización...», cit., pág. 153.

⁷⁶ Artículo 3.2 del Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional por el que se instaura un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del SERCLA, Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009, Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo.

⁷⁷ En otros Acuerdos, por el contrario, sí se ha realizado esta necesaria armonización con la ley procesal: el [Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra](#), Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014 establece así que «transcurridos quince días hábiles desde que se inste el procedimiento sin que se hubiera adoptado acuerdo conciliatorio se dará por terminado el procedimiento de conciliación» (art. 14); por su parte, el [II Acuerdo Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos de Castilla-La Mancha](#), Resolución de 2 de junio de 2009, DOCM de 11 de junio de 2009, fija una duración máxima de cinco días hábiles para el procedimiento de mediación permitiendo que las partes lo prorroguen cuantas veces lo consideren preciso «siempre que los plazos legales para el ejercicio de la acción judicial lo permitan» (art. 19).

en las normas legales o convencionales, sino también su disfrute efectivo, impidiéndose como regla general las renunciaciones y concesiones sobre los mismos.

El artículo 3.5 del ET expresa este principio que, si bien en su día consagraba la prohibición de *renuncia* del trabajador a sus derechos, ha sido reformulado con el objeto de conferirle un alcance más amplio, refiriéndose ahora a la imposibilidad del trabajador de *disponer* válidamente de esos derechos. En el marco de un conflicto, la aplicación de esta previsión limita considerablemente las facultades de las partes para negociar y llegar a un acuerdo sobre la cuestión litigiosa, dado que se estarían excluyendo no solamente los actos de renuncia unilateral del trabajador sino en principio también los negocios bilaterales de transacción *ex* artículo 1.809 del CC; es decir, quedarían prohibidos los actos de carácter abdicativo, aquellos en los que se efectúan cesiones sin contraprestación, pero igualmente el resto de negocios dispositivos, en los que las partes realizan concesiones mutuas y obtienen a cambio la satisfacción, aun parcial, de sus pretensiones. Cierto es que la limitación alcanza únicamente a las disposiciones legales de derecho necesario y los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo⁷⁸, pero eso deja un margen muy reducido para la autonomía de la voluntad, prácticamente el correspondiente a condiciones más beneficiosas de origen contractual.

La paulatina revalorización del contrato de trabajo a la que asistimos desde hace algunos años, apuesta sin embargo por ampliar los espacios de disposición y gestión individual, flexibilizando las relaciones laborales⁷⁹. Aun cuando estas iniciativas suelen observarse con recelo por la desprotección que pueden suponer para el trabajador, debe tenerse en cuenta que la tipología de los sujetos que se cobijan bajo el contrato de trabajo es cada vez más variada, y existen trabajadores con necesidades singulares y, en algunos casos, con facultades reales de negociación frente al empresario. En algunas materias, como los derechos para la atención de obligaciones familiares, se hace casi imprescindible el acuerdo individual para una adecuada implementación de las mismas y de igual forma, las condiciones productivas cada vez más complejas de las empresas reclaman con mayor frecuencia pactos específicos sobre las funciones que asume el trabajador y las circunstancias en que realiza su trabajo. Es previsible, pues, que desde la ley y, en especial, a través del convenio colectivo se vaya incrementando este papel regulador del contrato, abriendo un campo para la gestión más individualizada de las condiciones de trabajo y, por tanto, para la solución acordada de las controversias.

⁷⁸ Sobre el alcance de esta prohibición en relación con los derechos convencionales, la STS de 27 de abril de 1999, rec. núm. 4985/1997 ha matizado que deben considerarse indisponibles los mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas de derecho necesario o de carácter mínimo, así como cualquier otro derecho al que el propio convenio otorgara tal calificación, siempre que el establecimiento de esta restricción a la autonomía de la voluntad pueda incluirse en el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras, *vid.* BLASCO PELLICER, A.: «La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral», AS, núm. 17, 2004, pág. 14.

⁷⁹ BLASCO PELLICER, A.: «La autonomía individual en el sistema de fuentes...», *cit.*, pág. 3.

Con independencia de ello, la jurisprudencia, a la hora de valorar el alcance de esta limitación, ha sido mucho más rigurosa con los actos de renuncia, que siempre estarían prohibidos, que con los de transacción, que se vienen admitiendo como vía de solución extrajudicial de conflictos siempre que la materia sobre la que se negocia sea discutible y las concesiones que realizan las partes estén debidamente compensadas. Esta postura favorece sin duda los acuerdos negociados a los que, por otra parte, el legislador parece conceder especial importancia, dado que no solo impone como requisito previo para la interposición de la demanda judicial el acto de conciliación, sino que ofrece diversas oportunidades a lo largo del *iter* judicial para la negociación y la obtención de una solución consensuada. Siendo esto así, sorprenden las objeciones que se han planteado frente a la mediación porque como se ha señalado «... lo que se puede conciliar se puede transigir, y si ello puede ser dentro del proceso, también lo podrá ser fuera del proceso»⁸⁰.

El problema, pues, no reside solo en el grado de disponibilidad de los derechos sobre los que negocian las partes sino, como consecuencia de ello, en la supervisión que pueda –o deba– ejercerse sobre los posibles acuerdos alcanzados por estas. Ya nos hemos referido al peligro que supone la mediación si se instrumentaliza para configurar una vía paralela no jurídica de resolución de conflictos. Aunque creemos que estos riesgos pueden neutralizarse en buena medida con una articulación adecuada del proceso de mediación que ofrezca suficientes garantías –en lo que respecta a la cualificación y neutralidad del mediador o la necesidad de que las partes reciban asesoramiento jurídico durante la negociación, por ejemplo–, situar la mediación en un contexto estrictamente privado en la línea de la [Ley 5/2012](#) puede no ser la mejor opción para el ámbito laboral.

Dejando a un lado por ahora otras cuestiones que también han de considerarse, como la eficacia que despliegan los acuerdos obtenidos en mediación, si se quiere asegurar el respeto al orden público y al derecho necesario, parece conveniente establecer algún filtro que permita valorar el cumplimiento de estos requisitos formales y materiales, sin que ello implique entrar a conocer el fondo del asunto ni suponga una intromisión en la libertad de las partes para negociar y desarrollar el proceso de mediación en la forma más conveniente para sus intereses. La forma y condiciones en que, si se estima preciso, haya de llevarse a cabo esta homologación dependería, a su vez, de la cuestión litigiosa que se solventa en la mediación y, en suma, de la mayor o menor disponibilidad que tengan las partes sobre la misma. Desde esta óptica, se puede establecer una diferenciación de materias en función de su aptitud para ser objeto de mediación; y, a estos efectos, el listado que ofrece el artículo 64 de la LJS exceptuando algunos procesos del requisito de conciliación previa no debe considerarse determinante, ya que son diversos los motivos que han llevado al legislador a realizar tales exclusiones y solo en algunos casos la razón de dicha exclusión es la imposibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso⁸¹:

- Ámbitos de especial idoneidad para la mediación. Aquellos en los que se ventilan conflictos de intereses o se refieren a derechos sobre los cuales las partes gozan de

⁸⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Indisponibilidad de los derechos y conciliación...», cit., pág. 31.

⁸¹ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *La conciliación...*, cit., pág. 148.

- total o amplia disponibilidad: previsiones contractuales, condiciones más beneficiosas nacidas a partir de concesiones unilaterales del empresario, conflictos en torno a las fechas de disfrute de las vacaciones, ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, cuestiones sobre licencias, permisos, horarios, turnos de trabajo, distribución irregular de la jornada, acuerdos de clasificación profesional, controversias en supuestos de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones, relaciones laborales especiales, como la alta dirección, en las que las partes gozan de mayor autonomía reguladora, serían algunos ejemplos. Son, además, cuestiones que se suscitan habitualmente en relaciones laborales que permanecen vigentes, lo que otorga un valor añadido a la mediación, que posibilita una solución acordada con la que las partes se sientan satisfechas y que restañe las fricciones generadas por el conflicto. Estos procesos de mediación podrían llevarse a cabo en el ámbito empresarial y el control de los mismos ofrece menores dificultades, pudiendo encomendarse incluso, en determinados casos, a órganos paritarios, lo que facilitaría una mayor implicación de la representación laboral y sindical.
- Ámbitos que deben quedar sustraídos a la mediación o presentan serias reservas para la misma. A este respecto, los Acuerdos Interprofesionales autonómicos suelen excluir los conflictos que versen sobre Seguridad Social⁸² y los que deban someterse a la reclamación previa en vía administrativa. Otras materias, como la tutela del derecho de libertad sindical y otros derechos fundamentales, las relativas a la existencia o no de relación laboral y contrato de trabajo, la licitud de determinadas extinciones contractuales o la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, por poner algunos ejemplos, resultan igualmente de difícil y discutible negociación por las partes⁸³. Son conflictos jurídicos, sobre los que los interesados tienen nula o escasa capacidad de disposición, que pueden tener proyección en otros ámbitos, fiscal o de Seguridad Social, y, en suma, de realizarse algún acuerdo sobre los mismos, debería hacerse con homologación externa, administrativa o, preferentemente, judicial.
 - Entre los dos extremos referidos, queda un amplio margen para la adopción de acuerdos en cuantas otras controversias puedan suscitarse en el marco de las relaciones laborales individuales, en algunos casos en materias de tanta trascendencia práctica como el ejercicio del poder disciplinario o las reclamaciones pecuniarias. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que se tratará de ámbitos en los cuales la dis-

⁸² El artículo 24 de la [LGSS](#) establece en relación con este punto que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado». Los Acuerdos Interprofesionales sí permiten, no obstante, la mediación sobre conflictos en materia de Seguridad Social complementaria, incluidos los planes de pensiones, *vid.* [II Acuerdo Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos de Castilla-La Mancha](#), Resolución de 2 de junio de 2009, DOCM de 11 de junio de 2009 (art. 5.3); [IV ASECLA](#), Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA de 11 de junio (art. 3.3).

⁸³ GIL Y GIL, J. L.: «La solución negociada de los conflictos...», cit., pág. 563.

ponibilidad de las partes está sujeta, en mayor o menor medida, a restricciones legales o convencionales, por lo que es conveniente que el proceso de mediación o, al menos, su resultado, sea objeto de supervisión. Pueden plantearse alternativas que contribuyan a impulsar y facilitar la mediación para solucionar este tipo de conflictos, como la intervención de la Inspección de Trabajo e, igualmente, debería preverse que, con unos requerimientos mínimos, estos procedimientos puedan ser hábiles para cumplir con la vía previa a la interposición de la demanda judicial que prevé el artículo 63 de la LJS.

5. PRINCIPIOS Y REGLAS PARA LA MEDIACIÓN

Bajo la rúbrica *Principios informadores de la mediación*, la [Ley 5/2012](#) regula en su Título II un conjunto de criterios y pautas bajo los cuales ha de desarrollarse el proceso de mediación: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes, neutralidad e imparcialidad de los mediadores, confidencialidad y, en lo que respecta a la actuación de las partes, buena fe, lealtad, respeto mutuo y colaboración con el mediador. Siendo como es la mediación un proceso flexible, que exige creatividad para adaptarse a las circunstancias y necesidades específicas de cada conflicto, resultaría contraproducente una protocolización con etapas y requisitos rígidos, que terminen por encorsetar y, a la postre, limitar, la negociación y el diálogo entre las partes⁸⁴. Parece preferible, pues, que estos principios actúen como un mínimo común denominador a partir del cual las partes, bajo la dirección del mediador, puedan marcar con cierta libertad el ritmo y los tiempos del proceso. Se ha objetado, sin embargo, la falta de sistemática y el carácter incompleto de la enumeración legal, que omite la referencia a algunos otros principios que pueden considerarse relevantes, como la eficiencia o el carácter personalísimo⁸⁵. Constituye, en todo caso, un punto de referencia para integrar lagunas y orientar el proceso de mediación que, en el ámbito laboral, puede ser completado con los principios señalados por los Acuerdos Interprofesionales autonómicos, que incorporan los que inspiran el proceso laboral: inmediatez, gratuidad, oralidad, concentración, celeridad⁸⁶.

⁸⁴ Debe huirse, en consecuencia, de la *tentación reguladora* en palabras de ZAPATERO RANZ, J. A.: «La mediación laboral y su contexto español», *Justicia Laboral*, núm. 56, 2013, pág. 117.

⁸⁵ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 158, en la línea manifestada por el Consejo de Estado en su dictamen de 17 de febrero de 2011 en relación con el entonces Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Cíviles y Mercantiles.

⁸⁶ IV ASECLA, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA de 11 de junio (art. 5); Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra, Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014 (art. 11); Reglamento de desarrollo del Acuerdo Interprofesional por el que se instaura un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del SERCLA, Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009, Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo (art. 9.3).

5.1. PRINCIPIOS VINCULADOS A LOS SUJETOS INTERVINIENTES

5.1.1. A la figura del mediador: imparcialidad y neutralidad

Para poder desempeñar adecuadamente su función, el mediador debe ser imparcial, lo que implica ser ajeno a las partes y no tener interés o relación directa con el asunto que se discute. Esta imparcialidad, que es un requerimiento ligado a la designación del mediador, tiene sin embargo una proyección directa en el proceso posterior, ya que predispone al mediador para un comportamiento neutral frente a las partes, favoreciendo el acercamiento y el diálogo en condiciones de igualdad de cara a la consecución de un acuerdo.

El artículo 13 de la Ley 5/2012 enumera las circunstancias que pueden afectar a la imparcialidad del mediador o generar un conflicto de intereses, entre ellas la relación personal, contractual o empresarial con alguna de las partes, tener algún interés directo o indirecto en el resultado de la mediación o haber actuado anteriormente a favor de una de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación⁸⁷. Cuando concorra alguna de estas circunstancias de forma clara y el mediador entienda que puede comprometer su objetividad, será este quien por propia iniciativa habrá de abstenerse de iniciar o continuar en el procedimiento⁸⁸. No obstante, como se ha señalado⁸⁹, el mediador no solo ha de ser imparcial sino también parecerlo, por lo que, con independencia de lo anterior, existe la obligación en todo caso de comunicar a las partes cualquier otro extremo que pueda empañar esa apariencia de imparcialidad. Y serán estas, entonces, las que decidan si en tales condiciones quieren mantener o no al mediador como director del proceso.

Es importante, pues, que la elección del mediador se articule de forma tal que garantice su imparcialidad, pero igualmente debería asegurarse su aptitud e idoneidad para cumplir con las obligaciones propias de esta figura. Dado el peso que la confianza tiene, además, en la mediación, puede ser aconsejable que las partes tengan la opción de intervenir de alguna forma en la designación de quien va a estar a cargo del proceso. En este sentido, algún Acuerdo Interprofesional contempla la posibilidad de que sea la parte solicitante de la mediación, o bien la solicitada tras

⁸⁷ En el ámbito laboral pueden contemplarse causas de abstención más específicas como las recogidas en el artículo 8.4 del IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA de 11 de junio: participación en la empresa mediante aportación de capital o pertenencia de acciones, pertenencia pasada o presente a la plantilla o dirección de la empresa, haber asesorado a las partes en cualquier instancia, administrativa, judicial o en cualquier otro foro negocial, haber desarrollado cualquier actuación inspectora en la empresa o haber emitido resolución respecto de la controversia sometida a mediación por razón de su cargo.

⁸⁸ El IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA de 11 de junio, contempla la imposición de sanciones a los mediadores que no respeten este deber de abstención.

⁸⁹ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 187, que indica cómo la imparcialidad depende, en definitiva, de una valoración subjetiva de las circunstancias que concurren en el mediador y que pueden convertirle en «sospechoso de parcialidad».

la recepción de la citación, las que propongan al mediador⁹⁰. Lo más frecuente, sin embargo, es que no se plantee tal alternativa y las funciones de mediación sean asumidas por un órgano previamente constituido; órgano que, en la mayor parte de las ocasiones, es de composición paritaria, con representantes de las organizaciones empresariales y sindicales⁹¹. Ello puede ser explicable cuando se trata de conflictos colectivos pero reviste menor interés cuando se trata de conflictos individuales, y puede condicionar el desarrollo del proceso en la medida en que esto se interprete como un posicionamiento de partida a favor o en contra de una de las partes. No existe, pues, inconveniente en que la mediación sea llevada a cabo por una pluralidad de sujetos, pero siempre que esa pluralidad obedezca a razones funcionales que redunden en beneficio del propio proceso, por ejemplo, uno de los mediadores posee una cualificación técnica en relación con la cuestión litigiosa y el otro, mayor experiencia en la gestión de conflictos. A este respecto, se ha planteado si es imprescindible que el mediador posea formación jurídica o incluso, en sentido contrario, la conveniencia de que la tenga, dado que esta podría condicionar sus propuestas o el enfoque del conflicto. Las controversias laborales pueden llegar a ser considerablemente complejas y tienen, en su mayoría, un trasfondo técnico difícil de eludir, cuyo correcto entendimiento facilita, a nuestro juicio, el asesoramiento que ha de realizar el mediador y la orientación del proceso. Parece, en consecuencia, sumamente recomendable que el mediador sea jurista o cuente con alguna formación previa en la materia y esta es, de hecho, la pauta que se sigue en la práctica, siendo abogados, profesores universitarios o inspectores de trabajo quienes realizan habitualmente estas labores⁹².

Junto con los conocimientos técnicos, es necesario que el mediador cuente con formación especializada en técnicas y habilidades de mediación, lo que le permitirá desenvolverse con mayor soltura en la negociación con las partes y, en definitiva, obtener mejores resultados en el proceso. El [Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre](#), exige, en este punto, que los mediadores acrediten una formación específica de al menos 100 horas de docencia efectiva, que se desarrolle tanto a nivel teórico como práctico, e incluya como mínimo aspectos psicológicos, ética de la mediación, técnicas de comunicación y resolución de conflictos⁹³. Estas previsiones, que constituyen un referente importante en cuanto a la preparación que ha de acreditarse para desarrollar con ga-

⁹⁰ IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA del 11, artículo 13.2. En esta línea, el artículo 2 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, que regula las funciones del IMAC establece que «se convocará y oír a las partes sobre las condiciones y características que debe reunir el mediador y someterá a su consideración los nombres de las personas que pudieran reunirlos, designando a aquella en la que coincidiera el parecer de ambos interesados».

⁹¹ Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra, Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014 (art. 6); Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009, Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo (art. 5),

⁹² SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 383.

⁹³ La norma reglamentaria (RD 980/2013, 13 diciembre) contempla igualmente la creación de un Registro de Mediadores dependiente del Ministerio de Justicia, a efectos de publicidad e información, siendo voluntaria la inscripción en el mismo.

rantías esta tarea, resultan plenamente extrapolables a los mediadores que actúan en el ámbito laboral, a los cuales cabría exigir una formación similar.

En su condición de tercero imparcial, se presume del mediador un comportamiento neutral durante el proceso, asegurando la igualdad de oportunidades de las partes y la participación equilibrada de estas. Esto puede parecer un contrasentido cuando se trata de mediar en la relación laboral individual, donde es asumida la desigualdad entre las partes y son las propias previsiones legales las que postulan una protección más intensa para el trabajador. No se trata, por tanto, de hacer igual lo desigual sino de garantizar que, a efectos internos del procedimiento de mediación, ambas partes cuentan con los mismos derechos y posibilidades, evitando que la presión abusiva de una parte sobre otra pueda llegar a frustrar el acuerdo o, lo que es peor, a alcanzar uno claramente desfavorable para el más débil en la negociación. Corresponde al mediador, desde esta perspectiva, propiciar el acercamiento y el diálogo entre las partes sirviéndose de los medios que puedan aportar un mayor equilibrio y, a estos efectos, el procedimiento de mediación caracterizado precisamente por su flexibilidad ofrece múltiples oportunidades para alcanzar este objetivo –sesiones separadas o conjuntas, duración más o menos prolongada de las diferentes sesiones, intercambio oral de pareceres, empleo de un lenguaje más asequible atendiendo a las necesidades y circunstancias de los implicados...

Por otra parte, el mediador ha de velar para que las partes dispongan de información suficiente y adecuada, en orden a estar en condiciones de negociar y, llegado el caso, aceptar propuestas o suscribir un acuerdo. Es este un extremo más delicado porque, en principio, la labor del mediador debe limitarse a facilitar el flujo de información, sin entrar a realizar valoraciones sobre la misma ni efectuar propuestas, respetando la libertad de las partes. En la práctica, sin embargo, es claro que puede resultar difícil establecer el grado de implicación que tiene que observar el mediador.

En todo caso creemos que, a los solos efectos de poder establecer la suficiencia de la información, es importante que el mediador disponga de unos mínimos conocimientos jurídicos sobre la cuestión que se debate. Por otra parte, algunos modelos de mediación activa proponen que el mediador, más allá de los datos recabados de las partes, asuma un mayor protagonismo realizando por su cuenta algún tipo de investigación –*fact finding*– que le lleve a formular posteriormente una propuesta para resolver el conflicto. Estas facultades adicionales habrán de ser, no obstante, consensuadas por las partes y reconocidas explícitamente al mediador porque, como se ha señalado⁹⁴, comprometen en mayor medida la posición de este frente al litigio. Pero, de cualquier forma, la neutralidad del mediador no ha de ser entendida como un *laissez faire* que le lleve a aceptar, aun por desconocimiento, un acuerdo contrario a derecho o manifiestamente inequitativo. Ello podría justificar, llegado el caso, una acción de responsabilidad contra el mediador por los daños que pudieran derivarse para la parte afectada⁹⁵.

⁹⁴ VILLEUX, D. y TRUDEAU, G.: «La mediación en las diferencias laborales...», cit., pág. 505.

⁹⁵ El artículo 14 de la Ley 5/2012 establece que los mediadores podrán incurrir en responsabilidad por los daños y per-

5.1.2. A las partes: inmediatez, lealtad, buena fe y respeto mutuo

El principio de inmediatez o carácter personalísimo de la mediación no aparece expresamente recogido en la Ley 5/2012 pero es un elemento coherente con la esencia del proceso, pues obliga a las partes a seguir directamente el desarrollo de este, sin que puedan delegar en terceros o ser representadas⁹⁶. Así se favorece que afloran durante la mediación todas las expectativas que puedan tener las partes en torno al conflicto y fructifique en una solución satisfactoria para ambas. Hay que contar, además, que habitualmente serán los implicados los que podrán valorar con mayor exactitud todas las consecuencias extrajurídicas del acuerdo que se proponga y la compensación que se obtiene con el mismo. La presencia de las partes en las sesiones no excluye, sin embargo, que estas puedan acudir acompañadas de asesores, de hecho como ya se ha señalado, es conveniente que así sea, al menos en el ámbito laboral, donde los abogados desempeñan un importante papel proporcionando orientación y consejo jurídico. En este punto, algunos Acuerdos Interprofesionales, más centrados probablemente en el ámbito colectivo, admiten indistintamente la comparecencia de las partes por sí mismas o por medio de sus representantes⁹⁷. En la mediación individual creemos, no obstante, que ha de alentarse la participación directa de los protagonistas del conflicto, el trabajador sin duda y, en lo que respecta a la empresa, quien pueda tener información suficiente y conocimiento cercano de las cuestiones que se ventilan.

Durante el proceso, el artículo 10 de la Ley 5/2012 señala que las partes pueden organizarse «del modo que tengan por conveniente», lo que equivale a reconocerles una amplia libertad para fijar las reglas por las que se va a regir la mediación: duración, sesiones conjuntas o separadas, facultades del mediador para requerir información o efectuar propuestas... El procedimiento es, como ya se ha indicado, necesariamente flexible y se adapta a la voluntad de las partes pero, en todo caso, estas han de respetar unos mínimos en su actuación, que deberá adecuarse a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Aun en el ámbito laboral, en el que la mediación puede ser preceptiva como trámite previo a la vía judicial, la decisión de mantenerse en el proceso de diálogo y negociación es siempre voluntaria, por lo que se presupone que las partes acuden con voluntad de colaboración, honestidad y con el ánimo de solventar las diferencias que las separan

juicios que causaren. Por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 980/2013, 13 diciembre, impone al mediador la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para cubrir el riesgo causado por la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de su función.

⁹⁶ MARTÍ BALDELLOU, C.: «En torno a los nuevos principios de la mediación», en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, pág. 156.

⁹⁷ Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra, Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014 (art. 5.5); IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA del 11, (art. 13.3). El Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009, Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo que se ocupa exclusivamente de la solución de conflictos individuales es, en cambio, más matizado, reconociendo el principio de inmediatez y regulando la comparecencia de los interesados valiéndose de representación o asistencia «si procede» (art. 9).

para poder alcanzar un acuerdo. No está de más, de cualquier manera, recordar que están fuera de lugar las actitudes agresivas, despectivas o provocativas hacia la contraparte o hacia el mediador así como las actuaciones obstruccionistas o dilatorias –continuos retrasos en la aportación de documentación, postergación deliberada de las reuniones, posiciones contradictorias que obligan a revisar compromisos ya adoptados...–. La buena fe es, con todo, un concepto indeterminado y pueden surgir dudas sobre su alcance en otros aspectos, como lo tocante a la información que las partes estén obligadas a proporcionar. Es reprochable, sin duda, falsear datos u ocultar a sabiendas extremos que pueden ser trascendentes para la marcha del proceso, pero fuera de ello, el grado de transparencia que hayan de observar las partes admite muchas matizaciones, y dependerá, entre otras cosas, de lo que previamente se haya podido pactar al respecto e incluso de la habilidad del mediador para ir venciendo la reserva inicial de los sujetos a implicarse en el proceso, que en el caso de la empresa puede ser particularmente intensa.

Por lo demás, no están claras las consecuencias que deban derivarse de estos comportamientos, es claro que perjudican al proceso y podrán forzar el abandono anticipado de la parte que los sufre. Parece, igualmente, que a tenor de lo previsto por el artículo 22 de la Ley 5/2012, el mediador podría dar por terminadas las actuaciones por este motivo. Y podría defenderse la posibilidad de condena en costas posterior, haciendo una aplicación extensiva del artículo 66.3 de la LJS, si la sentencia que en su día se dicte coincide con lo solicitado en mediación y efectivamente se acredita la actitud obstruccionista o incumplidora de la parte durante el proceso⁹⁸. Otros posibles resarcimientos habrían de ser objeto de pacto explícito por las partes, que deberían concretar con claridad las obligaciones a las que se comprometen durante la mediación.

5.1.3. Comunes a ambos: confidencialidad

A diferencia del proceso judicial, en el que la publicidad de las actuaciones constituye una de sus señas de identidad y una garantía para los intervinientes, la mediación se desarrolla en un ámbito de privacidad, que se subraya como uno de sus principales valores. La creencia de que se negocia en un entorno «seguro» y de que se mantiene el control sobre la información que se aporta al proceso insufla confianza a las partes y es una pieza decisiva para el éxito de la mediación. Conectada, pues, estrechamente con esta necesidad de privacidad está la exigencia de confidencialidad, que impide a cualquiera de los participantes de la mediación divulgar o dar publicidad sobre lo acontecido en el proceso, durante o con posterioridad a la finalización del mismo. El artículo 9 de la Ley 5/2012 proclama este principio esencial de la mediación que vincula, aunque con diferente alcance, al mediador, a las partes y a cuantos participen de un modo u otro en el proceso, como abogados y asesores.

El mediador está obligado por un inexcusable deber de confidencialidad que se proyecta en un plano interno y externo. En lo que respecta a su relación con las partes, ha de evitar «fugas de

⁹⁸ SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 151.

información» de una parte a la otra cuando se celebran sesiones privadas por separado, así como dar a conocer las posiciones o manifestaciones que los implicados puedan adoptar en el curso de la negociación, si no se cuenta con la aceptación expresa de estos⁹⁹. Pueden establecerse, antes del inicio del procedimiento, límites más precisos a este deber de reserva pero, de no hacerse, el mediador ha de observar un comportamiento particularmente escrupuloso en el manejo de la información, garantizando la expectativa de confidencialidad de las partes y, por tanto, su confianza en el proceso¹⁰⁰.

Externamente, el mediador queda, de cara a terceros, vinculado por el secreto profesional, no pudiendo declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. El artículo 9 de la Ley 5/2012 establece, no obstante, dos excepciones a esta regla general: cuando las partes le hubieran dispensado expresamente de este deber o bien cuando la declaración del mediador sea solicitada por un juez en el curso de un procedimiento penal, circunstancia esta última que no se producirá con frecuencia en supuestos de mediación laboral aunque tampoco puede excluirse por completo, piénsese en casos de acoso moral o sexual o en procesos sancionadores.

El incumplimiento de esta obligación genera responsabilidad para el mediador, que podrá exigirse en el ámbito civil¹⁰¹, penal o deontológico. En todo caso, a efectos prácticos, el juez debería rechazar de inicio aquellas pruebas que procedan de un intento de mediación previo¹⁰².

El deber de confidencialidad se extiende también a las partes que participan en la mediación, así como a sus abogados o a los asesores con los que puedan contar durante el proceso. Parece reprochable, sin duda, que una parte acceda a iniciar la mediación con la finalidad de obtener información que luego podrá ser aprovechada en beneficio propio en sede judicial, por lo que en esos casos será el juez, como ya señalamos, quien deba rechazar la aportación de pruebas que tengan su origen en una mediación anterior; y ello con independencia de la responsabilidad contractual por daños y perjuicios que pueda exigirse a la parte, o la responsabilidad

⁹⁹ Así lo establece el artículo 21.3 de la Ley 5/2012 que señala que «el mediador no podrá comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta».

¹⁰⁰ El IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA del 11 (art. 8.3), delimita este deber de confidencialidad del mediador indicando que «le impide revelar lo tratado en el ámbito de la mediación, tanto en lo referido a datos de hecho como a valoraciones jurídicas vertidas por las partes en estricto uso de su capacidad transaccional»; de igual forma, de hacer alguna propuesta, esta no podrá figurar en acta si no cuenta con el consentimiento previo de las partes.

¹⁰¹ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 205, quien considera que la responsabilidad más general o comúnmente exigible será la civil, pudiendo diferenciarse entre la de naturaleza contractual por encargo o encomienda en la que podría incurrir el mediador frente a las partes, y la extracontractual por los daños y perjuicios causados por la actuación del mediador a terceros.

¹⁰² ORTUÑO, P.: «La mediación...», cit., pág. 138.

deontológica que pueda derivarse para el abogado, de estar este igualmente implicado. En el marco de la relación laboral individual, el mayor problema reside, no obstante, en las dificultades, cuando no la imposibilidad, de mantener reserva no solo sobre los datos u opiniones que puedan ser vertidos durante el proceso sino, principalmente, sobre el resultado del mismo. El empresario es muy consciente de que las concesiones hechas a un trabajador en el curso de una negociación pueden sentar un precedente que se utilice en un futuro en su contra por otros trabajadores con pretensiones similares. La Ley 5/2012 no se refiere expresamente a la responsabilidad en que pueden incurrir las partes en relación con este punto, que es fundamentalmente de orden moral. Puede tratar de acotarse esta responsabilidad, sobre todo con fines disuasorios, incluyendo cláusulas en el acuerdo de mediación que penalicen estos comportamientos, llegando a admitirse el incumplimiento del propio acuerdo por el empresario de constatar la divulgación de los términos del mismo por el trabajador. Pero es claro que nos encontramos ante un elemento difícil de regular y que condiciona en la práctica significativamente la actitud del empresario frente a la mediación.

5.2. PRINCIPIOS VINCULADOS AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Los Acuerdos Interprofesionales recogen los principios que rigen el procedimiento de mediación, inspirándose en los que se establecen para el proceso social: oralidad, celeridad, concentración, gratuidad, contradicción y audiencia de las partes. Por su parte, la Ley 5/2012 se hace eco igualmente de algunas de estas pautas al regular el procedimiento de mediación, indicando que la comunicación del mediador con las partes deberá facilitar la exposición de sus posiciones de forma equilibrada (art. 21.1), o bien que la duración del procedimiento deberá ser lo más breve posible y sus actuaciones concentradas en el menor número de sesiones (art. 20).

En lo que se refiere, sin embargo, al coste de la mediación, la Ley 5/2012 parte de que, tratándose de un proceso privado, tanto los honorarios del mediador como otros posibles gastos habrán de ser sufragados a partes iguales por los implicados, pudiendo darse por concluida la mediación si alguna de las partes no realiza la provisión de fondos solicitada (art. 15). Frente a ello, los Acuerdos Interprofesionales ofrecen los servicios de mediación de forma gratuita, en un intento de fomentar la utilización de esta vía y considerando, además, que constituye en muchos casos un trámite preprocesal preceptivo¹⁰³. En esta misma línea, las experiencias de derivación judicial a mediación que se están llevando a cabo en algunos juzgados de lo social se realizan igualmente sin coste adicional para las partes. La gratuidad de los servicios de mediación favorece, sin duda, la extensión de estos procedimientos y ha de valorarse positivamente, pero puede suponer, llegado un cierto punto, un freno para su generalización y normalización, en la medida que las Administraciones públicas no estén en condiciones de financiar la implantación y el fun-

¹⁰³ Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra, Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero de 2014 (art. 11); Acuerdo comisión seguimiento SERCLA de 6 de febrero de 2009, Resolución de 25 de febrero de 2009, BOJA de 16 de marzo (art. 9.3).

cionamiento de estos procesos¹⁰⁴. Parece deseable, por tanto, buscar un punto de equilibrio que obligue a las partes a colaborar, al menos parcialmente, en los gastos derivados de la mediación, de forma que pueda asegurar su continuidad a medio y largo plazo.

6. EFECTOS JURÍDICOS DE LA MEDIACIÓN

Los efectos que despliega la mediación difieren en función de las diferentes posibilidades que pueden darse una vez planteada esta: que quede abortada antes de comenzar ante la incomparecencia de alguna de las partes o la negativa de estas a iniciar la negociación, que no se obtenga finalmente un acuerdo pese a haberse llevado a cabo el diálogo e intercambio de propuestas entre las partes o bien que, por el contrario, se alcance la avenencia y se formalice una solución negociada para el conflicto.

- El intento de mediación que concluye sin acuerdo, cuando se realiza en sede administrativa o ante el órgano previsto en los Acuerdos Interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del ET, es hábil para cumplir con el trámite previo al proceso laboral que exige el artículo 63 de la LJS y, como ya se ha señalado, la presentación de la solicitud a mediación suspende en estos casos los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción. Finalizado el procedimiento, se reanuda el cómputo de los plazos prescriptivos o de caducidad en los términos ya analizados y las partes recuperan la iniciativa para acudir a la vía judicial¹⁰⁵. Y, a estos efectos, es irrelevante que se haya completado efectivamente el proceso de mediación, bastando con la negativa de cualquiera de las partes a involucrarse en el mismo, puesta de relieve en la sesión inicial; manifestación que, en el caso de la parte solicitada, no tiene por qué ser ni siquiera explícita, admitiéndose la incomparecencia como una señal de su rechazo al procedimiento de mediación.

La mediación que se haya podido intentar en otro ámbito, bien ante la comisión paritaria del convenio colectivo, en el seno de la empresa o cualquier otra mediación privada, no sirve para cumplir con el trámite exigido por la LJS, por lo que no produce efectos interruptivos sobre los plazos de prescripción o caducidad y obligará a las partes a afrontar, con escaso sentido, un nuevo proceso de negociación antes de poder plantear sus pretensiones en sede judicial.

¹⁰⁴ Así ha ocurrido en el Tribunal Laboral Arbitral de Castilla-La Mancha donde, debido a las «severas condiciones económicas» el procedimiento para la resolución extrajudicial de conflictos laborales individuales ha quedado suspendido desde 2012, [Resolución de 27 de marzo de 2012](#), DOCM de 9 de abril de 2012.

¹⁰⁵ Algunos Acuerdos Interprofesionales recogen la posibilidad de que, en caso de desacuerdo, las partes decidan someterse a un procedimiento arbitral (art. 14.8 Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra, Resolución de 4 de diciembre de 2013, BON de 23 de enero 2014).

En lo que respecta al proceso judicial que pueda desarrollarse posteriormente, son varias las cuestiones que se suscitan. Por un lado, se ha rechazado con carácter general la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente los vicios o irregularidades procedimentales que hayan podido darse durante las actuaciones preprocesales, en la medida en que estas se desarrollan ante un órgano administrativo o convencional. Únicamente, pues, en aquellos supuestos en los que tales defectos formales lleguen a generar indefensión para las partes, afectando a su derecho a la tutela judicial efectiva, se ha admitido el conocimiento de estos vicios por los tribunales, decretando en esos casos la nulidad del trámite previo y exigiendo la repetición del mismo¹⁰⁶.

Por otra parte, ha de valorarse la incidencia que el intento de mediación previo pueda tener sobre el procedimiento judicial. Siendo la mediación un procedimiento eminentemente flexible, no suele estar previsto de antemano con qué grado de detalle ha de formalizarse el acta que constate la falta de acuerdo y ponga fin al proceso ni, en consecuencia, si debe recoger las propuestas que haya podido realizar el mediador para solucionar el litigio o las razones por las que las partes se oponen a dichas propuestas.

No es infrecuente, sin embargo, que así se haga, si bien en la línea de lo dispuesto por algunos Acuerdos Interprofesionales¹⁰⁷, creemos que no deberían reflejarse estos extremos sin contar con la aprobación de las partes. En tal caso, como es obvio, las propuestas y manifestaciones del mediador no vinculan al órgano judicial que haya de conocer el asunto, pero el rechazo injustificado de alguna de las partes a aceptar un posible acuerdo, sí se ha estimado que debería tomarse en consideración en el momento de dictar sentencia, siempre que los términos del fallo judicial coincidan sustancialmente con la propuesta realizada en la mediación. Se trataría, así, de penalizar la actuación dilatoria y obstruccionista de la parte, contraria a la buena fe, para lo cual ha de partirse de una interpretación extensiva del artículo 66.3 de la LJS, que contempla la imposición de costas del proceso con el límite de 600 euros para la parte que no hubiera comparecido injustificadamente al acto de conciliación o mediación.

En este mismo orden de cosas, se ha planteado igualmente si las propuestas que puedan hacer las partes durante la mediación para acercar posiciones o, más genéricamente, las manifestaciones que puedan realizar, deben limitar sus efectos a este ámbito o podrían tener alguna trascendencia en el proceso judicial posterior. Es razonable pensar que las actuaciones de los implicados en el curso de la me-

¹⁰⁶ STC 1/1983, de 13 de enero, Resolución amparo 167/82 en un supuesto de falta de citación del solicitante, STC 354/1993, de 29 de noviembre, Resolución amparo 341/91 en relación con una conciliación en la que se dio por no comparecido al actor que acudió con el DNI caducado, lo que determinó la caducidad de la acción de despido, *vid.* en detalle, SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos...*, cit., pág. 433.

¹⁰⁷ IV ASECLA aragonés, Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2013, BOA del 11 (art. 13.5).

diación, por ejemplo el reconocimiento por el empresario de la improcedencia del despido o la conformidad del trabajador con una sanción, generan expectativas en la contraparte que pueden condicionar su posición en sede judicial. Pero ha de tenerse en cuenta que las ofertas, reconocimientos o cesiones que puedan llevarse a cabo en el transcurso de la mediación, están inspiradas por el deseo de alcanzar una solución negociada para el conflicto y solo en ese contexto de transacción mutua pueden entenderse y ser objeto de consideración. Lo contrario atenta contra la línea de flotación de la mediación, ya que si las partes entienden que las ofertas que hagan durante el proceso pueden ser utilizadas en su contra de no prosperar esta, se coarta significativamente su libertad de negociación. Y, a este respecto, no sería imprescindible una reserva expresa de las partes para oponerse a la demanda en un futuro proceso judicial, debiendo considerarse que lo negociado y aportado durante la mediación queda protegido por el deber de confidencialidad de los implicados y no podrá ser utilizado fuera de ese ámbito¹⁰⁸.

- Cuando la mediación finaliza con acuerdo, este puede ser total o parcial, limitado únicamente a algunos de los aspectos que enfrentan a las partes. Es importante, en cualquiera de los dos casos, que se consignen con claridad los términos y alcance de dicho acuerdo, las obligaciones que asumen las diferentes partes implicadas así como, desde el punto de vista formal, la identidad y domicilio de las partes, del mediador y la fecha y lugar de suscripción del acuerdo¹⁰⁹.

En relación con la eficacia jurídica que quepa atribuir al compromiso adquirido en mediación, el Proyecto de Ley de Mediación de 29 de abril de 2011 otorgaba inicialmente al acuerdo valor de título ejecutivo de forma directa, sin necesidad de intervención u homologación posterior ni por el juez ni por cualquier otra instancia; y reconocía expresamente a dicho acuerdo efectos de cosa juzgada para las partes. La Ley 5/2012 rebaja finalmente estas expectativas, exigiendo para la formalización del título ejecutivo la elevación a escritura pública ante notario del acuerdo, o bien su homologación judicial. Desaparece, además, la referencia expresa al efecto de cosa juzgada, aunque se reconoce el «carácter vinculante» del acuerdo y se establece que contra el mismo «solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos» (art. 23).

¹⁰⁸ En este sentido, GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *La conciliación...*, cit., pág. 191 quien señala cómo la jurisprudencia no mantiene una posición unánime sobre esta cuestión, si bien la mayor parte de los pronunciamientos se refieren al reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario en el marco del antiguo artículo 56.2 del ET, a efectos de paralizar el cómputo de los salarios de tramitación. Coincidimos con el autor en que, en este supuesto específico, la oferta empresarial no se realiza en un marco de bilateralidad al no perseguirse tanto la obtención de una solución negociada como la ventaja que la ley le procuraba, por lo que la solución podría ser distinta ya que, en definitiva, el reconocimiento de la improcedencia en estos casos puede quedar desvinculado del proceso de mediación.

¹⁰⁹ Artículo 23 de la Ley 5/2012, en detalle, BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles...*, cit., pág. 445.

En el ámbito laboral, la LJS mantiene una línea similar, reconociendo al acuerdo alcanzado en mediación administrativa o convencional el valor de título ejecutivo, sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal (art. 68.1 LJS); mientras que el artículo 67 de la LJS regula la posible impugnación de lo acordado en mediación a través del ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La ejecutividad del acuerdo de mediación, que permite exigir su cumplimiento por el procedimiento previsto en los artículos 237 y siguientes de la LJS para la ejecución de sentencias, se limita a los procedimientos de mediación realizados en sede administrativa o ante el órgano previsto por los Acuerdos Interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del ET, que son los que menciona de forma expresa la norma procesal. Si la mediación se ha iniciado por derivación judicial o una vez interpuesta la demanda, cabe no obstante la homologación del acuerdo por el órgano jurisdiccional para su constitución en título ejecutivo¹¹⁰. En todo caso, los acuerdos alcanzados en procedimientos de mediación privados, como los que puedan articularse en el seno de la empresa, carecen hoy por hoy de una vía adecuada para obtener una ratificación que facilite su ejecutividad. Como ya se vio, las limitaciones de orden público que afectan a la negociación individual en el ámbito laboral hacen aconsejable que se establezca un filtro para garantizar la conformidad a Derecho de los acuerdos adoptados en estos procesos y, a la par, asegurar un cauce ágil y eficaz para su ejecución. Pueden contemplarse diferentes alternativas, que no tienen por qué conllevar necesariamente y en todos los supuestos la intervención judicial, pero su regulación podría constituir un impulso importante para la mediación laboral, al reducir la incertidumbre que acompaña a estos procesos.

Lo acordado en mediación tiene la fuerza de un contrato entre las partes y reviste carácter vinculante para estas, de forma que no solo se garantiza su ejecutividad, sino que el compromiso alcanzado por esta vía impediría el planteamiento posterior del conflicto ante los órganos judiciales, a salvo de la posible impugnación del acuerdo según lo previsto por el artículo 67 de la LJS¹¹¹. A este respecto, la jurisprudencia¹¹² considera que la conciliación o mediación previa al juicio constituye un supuesto especial del contrato de transacción, lo que permitiría otorgarle la eficacia de cosa juzgada en los términos previstos por el artículo 1.816 del

¹¹⁰ Sobre las diferentes posibilidades para llevar a cabo esta ratificación en función del momento en que se alcance el acuerdo, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «Mediación y libertad de las partes...», *cit.*, pág. 12.

¹¹¹ El precepto establece que el acuerdo de mediación podrá ser impugnado por las partes mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos en el plazo de 30 días desde su adopción.

¹¹² STS de 26 de octubre de 2001, rec. núm. 25/2001, y STSJ de Cataluña 5711/2003, de 25 de septiembre.

CC. No existe unanimidad entre la doctrina¹¹³ en relación con la atribución de este valor de cosa juzgada y tampoco la LJS se pronuncia explícitamente sobre esta cuestión. En todo caso, sí parece que las partes podrán oponer el acuerdo alcanzado como excepción –*exceptio pacto*– condicionando la decisión del juez en un proceso ulterior. Aun cuando la valoración que realice el órgano jurisdiccional del acuerdo habrá de tomar en cuenta el proceso de mediación en el que se ha llevado a cabo –una vez más la inexistencia de una regulación acerca de las mediaciones estrictamente privadas impide reconocerlas idénticos efectos a las previstas legalmente–, creemos que la función de evitación del proceso que cumple la mediación solo puede garantizarse adecuadamente si existe la certeza de que, una vez cerrado el conflicto, este no podrá reabrirse a discrecionalidad de las partes ante un tribunal.

Finalmente, ha de hacerse mención a la posible extensión a terceros de los efectos del acuerdo alcanzado en mediación. El artículo 67 de la LJS prevé que el acuerdo de mediación podrá ser impugnado por los posibles perjudicados por el mismo con fundamento en su ilegalidad o lesividad en los 30 días siguientes a su conocimiento. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto por el artículo 33 del ET, el FOGASA únicamente abonará los salarios reconocidos en «acto de conciliación», lo que parece puede hacerse extensible a los procedimientos de mediación previstos en el artículo 63 de la LJS pero no a los realizados en otros ámbitos; mientras que, en lo que se refiere a indemnizaciones por extinción o despido, el precepto estatutario limita el abono a aquellas reconocidas en «conciliación judicial», excluyendo los acuerdos alcanzados en mediaciones preprocesales, lo que si bien puede ser comprensible para prevenir posibles fraudes, supone una limitación adicional para la eficacia de estos procesos.

¹¹³ LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial...*, cit., pág. 272.

Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C. L. y SALA FRANCO, T. [1996]: *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARASTEY SAHÚN, M.^a L. [2013]: «Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales», *Diario La Ley*, núm. 8.208, diciembre.
- BARONA VILAR, S. [2013]: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BLASCO PELLICER, A. [2004]: «La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral», *AS*, núm. 17.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E. [1992]: «La solución extrajudicial de los conflictos laborales», *RL*, tomo II.
- CRUZ VILLALÓN, J. [2006]: «Los ámbitos de aplicación del ASEC: funciones y disfunciones» en Valdés Dal-Ré, F. (coord.), *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Madrid: Fundación SIMA.
- [2003]: «Por el ensanchamiento de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», *Temas Laborales*, núm. 70.
- DE NIEVES NIETO, N. [1999]: «La evolución de la conciliación como medio de solución de conflictos laborales hasta la Constitución de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 24.
- DEL REY GUANTER, S. [1992]: «Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos», *RL*, tomo II.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M.^a R. [2013]: «¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?», *Diario La Ley*, núm. 8.087, mayo.
- [2012]: «Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», *AL*, núm. 6.
- GARCÍA CELÁA, B. [2010]: «Mediación intrajudicial en la jurisdicción social», *AS*, núm. 10.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C. [2005]: *La conciliación laboral*, Valladolid: Lex Nova.
- GIL Y GIL, J. L. [2007]: «La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo», *RL*, núm. 23-24.
- GRANADOS ROMERA, M. I. [2012]: «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?», *RL*, núm. 21.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. [2003]: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Valladolid: Lex Nova.
- MARTÍ BALDELLOU, C. [2011]: «En torno a los nuevos principios de la mediación», en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

- MIÑARRO YANINI, M. [2012]: «El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales», *AL*, núm. 19.
- ORTUÑO, P. [2011]: «La mediación intrajudicial» en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- PÉREZ MARTELL, R. [2013]: *Un programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PETIT, F. [2007]: «La problemática de la solución negociada de los conflictos laborales en Francia», *RL*, núms. 23-24.
- QUESADA SEGURA, R. [1992]: «Las comisiones creadas en convenios colectivos y la resolución de conflictos individuales de trabajo», *RL*, tomo I.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.ª J. [2001]: «La conciliación extrajudicial y no obstaculización del derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Temas Laborales*, núm. 62.
- RUBIO DE MEDINA, M. D. [2013]: «Tribunales y órganos conciliatorios laborales en los inicios del siglo XX», *RGDTSS*, núm. 35.
- SANTOR SALCEDO, H. [2006]: *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, Madrid: La Ley.
- SESMA BASTIDA, B. [2005]: *La regulación normativa de los procedimientos autónomos para la solución de la conflictividad laboral. Un marco legal insatisfactorio*, Logroño: Universidad de La Rioja.
- SOTO RIOJA, S. [2003]: «El arbitraje en los conflictos individuales», *Temas Laborales*, núm. 70.
- TASCÓN LÓPEZ, R. [2009]: «La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el desiderátum legal y el ostracismo social», *Revista Universitaria Ciencias del Trabajo*, núm. 10.
- TUSET DEL PINO, P. [2012]: «La obligación de comparecer a los actos de conciliación y mediación en el proceso laboral y las consecuencias de su incumplimiento», *Información Laboral*, núm. 4.
- VALDÉS DAL-RE, F. [1992]: «Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea», *RL*, tomo II.
- VEILLEUX, D. y TRUDEAU, G. [2007]: «La mediación en las diferencias laborales en Quebec: desde la tradición hacia nuevas direcciones», *RL*, núms. 23-24.
- VILALTA, A. E. [2011]: «Un excursus previo: el estudio comparado de la mediación», en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- ZAPATERO RANZ, J. A. [2013]: «La mediación laboral y su contexto español», *Justicia Laboral*, núm. 56.