

ORDEN PÚBLICO Y MEDIACIÓN EN LOS LITIGIOS DE TRABAJO*

FRANÇOIS PETIT

*Maître de Conférences en la Université Montesquieu Bordeaux IV
COMPTRASEC URA CNRS 5114 Francia*

EXTRACTO

En líneas generales, el artículo analiza la naturaleza jurídica y la fuerza obligatoria del acuerdo de mediación, en caso de que dicho acuerdo sea homologado por un juez. Asimismo, analiza las garantías que debe ofrecer el procedimiento de mediación, como el derecho a la libre elección, por las partes en conflicto, del mediador, la confidencialidad de sus declaraciones, así como el carácter imparcial del mediador, estableciendo, por otro lado, cuáles son sus competencias y responsabilidades. El autor defiende, dando una serie de argumentos, la utilización de la mediación como alternativa a la vía judicial, pero deja claro que las partes en conflicto, en tal caso, se sitúan en una posición de debilidad frente al mediador, lo que le lleva a propugnar la asistencia letrada en el procedimiento de mediación. A lo largo del estudio, se observa que el autor propugna la aplicación y el respeto de las reglas de orden público en el procedimiento de mediación.

* Traducido por Sonia Fernández Sánchez

ÍNDICE

1. Introducción

2. El desarrollo de la mediación en los litigios de trabajo; 2.1. Las reglas de procedimiento aplicables en la mediación; 2.1.1. La contradicción; 2.1.2. La asistencia y la representación de las partes de frente al mediador; 2.2. Las reglas deontológicas; 2.2.1. La independencia del mediador; 2.2.2. La remuneración del mediador; 2.2.3. La confidencialidad de las declaraciones; 2.2.4. La responsabilidad del mediador
3. El resultado de la mediación en los litigios de trabajo; 3.1. La naturaleza jurídica del acuerdo o de la recomendación; 3.1.1. Las reglas establecidas por la Ley de modernización social; 3.1.2. La incidencia de la calidad y de la voluntad de las partes; 3.2. El régimen del acuerdo o de la recomendación; 3.2.1. El respeto de las reglas de orden público; 3.2.2. La oponibilidad frente a terceros

1. INTRODUCCIÓN

La mediación puede constituir un medio de pacificación y, sobre todo, de solución de los litigios de trabajo¹. No se trata de una actividad tradicionalmente reconocida por la ley, pero reposa sobre una aspiración de ciertos actores sociales, que defienden como prioritario, por un motivo pragmático, la utilidad del recurso a una forma negociada de solución de los desacuerdos, en este ámbito fuertemente marcado por los conflictos y las relaciones personales².

Los *justiciables* expresan, a veces, la necesidad de un modelo de solución “alternativa”, es decir, distinto del recurso al juez. Según su opinión, el litigio reviste una dosis de complejidad, de incertidumbre o urgencia, o de aspectos económicos, psicológicos y personales que no pueden ser tratados de manera satisfactoria por un Tribunal. Las partes ofrecen, en efecto, a la mediación la capacidad de ampliar el campo de la discusión, mientras que el juez no puede decidir más que el litigio delimitado por la instancia. Es, también, una solución precedente al litigio que, en ocasiones, es buscada, o más exactamente concomitante en su evolución, mientras que el juez decide una situación que ha llegado a ser irreversible. En fin, si las partes persiguen una solución equitativa, el juez decide conforme a derecho y no a equidad. La mediación constituye, por consiguiente, en el espíritu de los justiciables, una solución que el Tribunal no podría encontrar³.

¹ Sobre las precisiones terminológicas, a propósito de los términos “litigios”, “conflictos” y “desacuerdos” en Derecho de Trabajo, se puede ver el artículo de JEAMMAUD, M.A.: “Les contentieux des conflits du travail”, *Droit social*, 1988, p. 690; “Conflit, différend, litige”, *Revue Droits*, n.º 34, 2001, p. 15. La mediación en Derecho de Trabajo puede llevar a diversos tipos de desacuerdos y, principalmente, a conflictos colectivos, que no comportan necesariamente un litigio.

² MOIZARD, V.N.: “Un retour en grâce des médiateurs?”, *Dr. soc.*, 2002, p. 325; CATALA, P.: “La médiation judiciaire, mode alternatif de règlement des conflits”, *Gaz. Pal.*, 1999, p. 1897; BLOHORN-BRENNEUR, B.: “La médiation judiciaire dans les conflits individuels de travail”, *Gaz. Pal.*, 1999, p. 1907. Sobre las diferentes formas de mediación, en particular la mediación familiar, véase BONAFÉ-SCHMITT, J.-P.: “La médiation, une justice douce”, *Syros*, 1992; “Les médiations, logiques et pratiques sociales”, *Glysi, CNRS-ISH-Univ.Lyon II*, 2001; SIX, J.-F.: “Le temps des médiateurs”, *Seuil*, 1990; “Culture de la médiation, culture de paix”, *Desclée de Brouwer*, 1995; GUILLAUME-HOFNUNG, M.: “La médiation”, *PUF Que sais-je?*, 2000; TIMSIT, J.: “La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative”, *Gaz. Pal.*, 14-15 nov. 2001, p. 53; JOLY-HURARD, J.: “Médiation et conciliation”, *Rép. Pr. Civ.*, Dalloz, 1999.

³ BOULMIER, D.: “Preuve et instance prud’homale: à la recherche d’un procès équitable”, *LGDJ*, 2002; PETIT, F.: “De l’équité dans le règlement des différends sociaux” en *Les juges et le droit social*, *ouvr. coll.*, COMPTRA-SEC, 2002, pp. 215-222.

Debido a las razones enunciadas, las iniciativas de mediación se han extendido en la práctica. El legislador no ha sido insensible frente a esta realidad. Desde 1955, en materia de conflictos colectivos de trabajo, el legislador ha definido un marco institucional⁴ que subsiste en el Código, aunque el recurso a la mediación no era obligatorio. Más recientemente se han producido determinadas ampliaciones, en materia de acoso o de despidos colectivos⁵; en fin, los jueces a veces recurren, con ocasión de litigios de trabajo, a las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil que autorizan una mediación⁶.

No obstante, numerosas dudas subsisten. ¿Cuáles son a las relaciones entre las partes que optan por comprometerse a través de la vía de la mediación para resolver un litigio de trabajo? ¿Qué régimen se aplica en el procedimiento seguido en la resolución amistosa de los desacuerdos que harían podido dar lugar a una intervención de la jurisdicción judicial? ¿Cuáles son los efectos y las formas jurídicas del acuerdo concluido si la mediación tiene éxito? ¿Cuál es la situación jurídica del mediador frente a las partes?

Estos interrogantes vienen a ser aún más fuertes cuando se percibe que existen, fuera de las hipótesis de la mediación previstas por la ley, las llamadas mediación “legal”, prácticas de mediación no reguladas, llamadas “convencionales” o “informales”. Esta mediación no prevista por los textos reviste aspectos muy diversos, las partes solicitan la intervención de un Inspector de trabajo o de cualquier otra persona elegida por ellas, fuera del Tribunal⁷. Algunos acuerdos colectivos prevén el recurso a un mediador para la resolución o la prevención de los conflictos⁸.

En ausencia de reglas precisas, parece lógico dirigirse al derecho común y a las reglas de orden público aplicables en el Derecho de Trabajo. No faltan principios jurídicos para inspirar las soluciones. Las disposiciones de orden público deben ser respetadas. La mediación podría, por ejemplo, obstaculizar la consulta obligatoria de los representantes de personal. Las estipulaciones de los acuerdos de mediación podrían contradecir una regla de un nivel superior. Asimismo, la libertad contractual inspira la mediación convencional y justifica las soluciones no reguladas por un texto especial. Por otro lado, es posible determinar garantías que sirvan a los intereses de las partes, en cuanto al procedimiento a seguir y el

⁴ Art. L. 524-1 del Código de Trabajo, resultado del Decreto-Ley de 5 de mayo de 1955 y de la Ley de 26 de julio de 1955.

⁵ Acoso moral (art. L.122-54 del Código de Trabajo, Ley de modernización social de 17 de enero de 2002 y Ley de 3 de enero de 2003 03 impulsan la negociación colectiva en materia de despidos económicos); Desacuerdo entre el comité de empresa y el jefe de empresa durante el cese de actividad de un establecimiento (art. L 432-1-3 y R.432-20 a 432-25 del Código de Trabajo, disposiciones suspendidas por un período de 18 meses oír la Ley de 3 de enero de 2003 precitada).

⁶ Art. 131-1 al. 1 y 2 del nuevo Código de Procedimiento Civil: “El juez que conoce de un litigio puede, después de haber conocido el acuerdo de las partes, designar una tercera persona a fin de oír a las partes y confrontar sus puntos de vista para permitirles de encontrar una solución al conflicto que les enfrenta. Este poder pertenece igualmente al juez, en curso de instancia”.

⁷ En algunos conflictos colectivos marcados por su impacto económico o social, o por su intensidad, y que son objeto de una atención particular por la magistratura, en ocasiones, es designado un mediador (fuera de los procedimientos legales). *Vid.*, MATTÉOLI, J.: “La médiation sociale” en *La médiation, quel avenir?*, Le médiateur de la République, 1998, p. 151.

⁸ Art. 43 del Convenio Colectivo nacional del Notariado; Contrat de «paix sociale» Excel Logistics Froid, Liais. soc. Bref social, n°13063, 31 diciembre 1999; Protocolo del acuerdo de 9 de febrero de 2001 en el marco del convenio nacional de las cooperativas de consumidores; Acuerdo Air France relativo al ejercicio del derecho sindical, Gestion soc., 21 enero 2000, n.° 1143, p. 3.

régimen jurídico de los acuerdos. Igualmente, debe ser posible el hecho de constituir el esbozo de una deontología de la mediación.

La mediación, siendo a la vez una actividad y el resultado de esta actividad⁹, implica un desarrollo, cuyas las reglas son confusas. Un marco institucional es, en ocasiones, dispuesto, por la ley o los mismos *justiciables*, pero de manera frecuente incompleta. La mediación supone, también, la adhesión de los diferentes sujetos que intervienen (sindicatos, comités de empresa, organizaciones patronales, jueces y abogados); la presencia de un tercero (organismos sociales, liquidador de la empresa) tendrá un efecto disuasivo. Las incertidumbres pesan aún sobre la naturaleza jurídica y la fuerza obligatoria del acuerdo de mediación en caso de ser homologado por un juez. Es preciso, además, que el procedimiento ofrezca garantías, en lo que se refiere a la libre elección del recurso al mediador¹⁰, la confidencialidad de las declaraciones intercambiadas, la imparcialidad del mediador, las competencias de este último y su eventual responsabilidad. En fin, la desigualdad entre las partes, bien conocida por los laboristas, no viene eliminada ante el mediador, lo que plantea la cuestión de la asistencia de las partes frente al mediador, al menos, en los litigios individuales¹¹.

No se trata, pues, de construir “otro” Derecho de Trabajo a través de un acuerdo de mediación, sino de aplicar el Derecho de Trabajo a través de otra vía. La mediación debe permitir liberarse de la demanda judicial, pero no permite liberarse del Derecho. Es verdad que las partes, en su búsqueda de la equidad y la preservación de sus intereses, pueden esperar de la mediación otras soluciones distintas a las legales. Sin embargo, es preciso eliminar las ambigüedades y aplicar las reglas de orden público para enmarcar el desarrollo de la mediación y su eventual resultado.

2. EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LOS LITIGIOS DE TRABAJO

La mediación debe apoyarse sobre bases sólidas que garanticen el buen desarrollo, bajo la forma de reglas comunes. Algunos principios deben, pues, ser aplicables tanto en el procedimiento de la mediación como en la deontología del mediador. Para determinar estas reglas, en ausencia de regulación precisa, es necesario dirigirse hacia el derecho común.

⁹ CHALARON, Y.: “Rapport de synthèse au Colloque sur la médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail”, Gaz. Pal., 1999, p. 1933.

¹⁰ La mediación puede, sin embargo, venir impuesta por un texto en determinadas hipótesis, si una de las partes la solicita: en materia de acoso moral (*vid.*, art. L.122-54 del Código de Trabajo), en materia de cese de actividad de un establecimiento que lleve consigo la supresión de, al menos, cien puestos de trabajo (art. L 432-1-3 y R.432-20 a 432-25 del Código de Trabajo, resultado de la Ley n.º 73/2002, de 17 de enero, sobre modernización social, *precit.*). Por contra, la mediación supone el acuerdo de las partes si viene utilizada en el marco de las disposiciones resultado de la Ley de 1955 para el reglamento de los conflictos de carácter colectivo. *Vid.*, DURAND, P.: “Une nouvelle institution du droit des rapports collectifs du travail, la médiation des conflits collectifs”, *Dr. soc.*, 1955, p. 409).

¹¹ Por contra, la duración del procedimiento y su coste no deberían constituir obstáculos importantes, incluso si se imagina fácilmente que el mediador pueda ser remunerado. Además, la remuneración del mediador está, en ocasiones, prevista por la ley: acoso sexual o moral (art. L. 122-54 del Código de Trabajo); cese de actividad de un establecimientos que lleve consigo la supresión de al menos cien puestos de trabajo (art. L 432-1-3 y R.432-25 del Código de Trabajo).

2.1. Las reglas de procedimiento aplicables en la mediación

El buen desarrollo de la mediación supone que algunas reglas esenciales sean tenidas en cuenta. Es preciso señalar que someter la negociación a reglas de procedimiento puede parecer paradójico. Esto viene a crear una nueva institución, una nueva autoridad desprovista de poder real, pero frente a la cual las partes pueden tomar decisiones que les comprometan y que dispongan de una legitimidad. Sin embargo, la búsqueda de una solución a través de la mediación tiende, precisamente, a alargar el marco institucional. La validez del acuerdo, ¿no sería puesta en duda cuando las reglas de procedimiento aplicables a la mediación no fueran respetadas? Puede, también, preocupar el riesgo de ver a la mediación recaer en un conjunto formal que arriesgaría de no ser productiva. El ejemplo de la conciliación *prud'homale* refuerza esta idea: esta conciliación es obligatoria¹², pero produce pocas avenencias entre las partes¹³, a tal punto que un autor ha propuesto que la mediación sea una alternativa a la conciliación *prud'homale*¹⁴.

Así pues, es deseable regular esta materia, a fin de dejar a la mediación la posibilidad de desarrollarse tal cual, determinando las reglas mínimas de procedimiento, a título de garantía para las partes, tanto en lo que concierne al respeto de la contradicción como la asistencia y la representación de las partes.

2.1.1. La contradicción¹⁵

La contradicción supone que cada parte está en condiciones de responder a los argumentos invocados por la otra parte, a quien debe comunicar los elementos de hecho y de derecho que entienden relevantes¹⁶. Pero, la mediación no implica que el Tribunal sea excluido. La reciente Ley de modernización social, que instituye un procedimiento de mediación en el Código de Trabajo en materia de cese de actividad de establecimientos susceptibles de comportar la supresión de, al menos, cien empleos¹⁷, sin embargo, comporta una obligación de comunicar a la otra parte el documento aceptación del mediador así como una copia de los documentos que obligatoriamente deben acompañarla¹⁸. Incluso, si las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil no se aplican en materia de mediación, conviene hacer respetar la contradicción, que constituye, por otro lado, un principio general del derecho¹⁹. Todos los documentos deben transmitirse a la otra parte al mismo tiempo que al mediador.

La cuestión de la sanción, en caso de no respetar la contradicción, no está claramente resuelta por la jurisprudencia. Se puede razonablemente interpretar que el procedimiento

¹² Art L. 511-1 del Código de Trabajo. La omisión de esta formalidad sustancial es susceptible de entrañar la nulidad del juicio: Cass. soc. 28 oct. 1958, Bull. civ. IV, n.º 1132.

¹³ BESSON, A.: "La conciliation devant le Conseil de prud'hommes de Grenoble", Gaz. Pal., 1999, p. 1904. Además, las partes pueden llegar a una conciliación parcial; en fin, el objeto de la conciliación es frecuentemente constituido por demandas que habrían podido relevar la competencia del juez.

¹⁴ TEYSSIE, B.: T.P.S. déc. 1998.

¹⁵ Art. 14 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ Art. 15 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

¹⁷ Ley n.º 73/2002, de 17 de enero, de modernización social, J.O. 18 enero, rectificación J.O. 13 febrero 2002; Decreto n.º 783/2002, de 3 de mayo, relativo al mediador; art. L. 432-1-3 y R.432-20 a R.432-25 del Código de Trabajo.

¹⁸ Art. R.432-22 del Código de Trabajo.

¹⁹ Cons. const., decisión n.º 85-142 L, 13 nov. 1985, Rec. 116.

pueda ser invalidado si una de las partes hace valer que no se ha beneficiado de esta garantía. La recomendación del mediador debería, entonces, estar afectada de nulidad; al igual en cuanto al acuerdo de las partes.

2.1.2. La asistencia y la representación de las partes de frente al mediador

Ninguna disposición legal impone naturalmente a las partes de actuar con asistencia letrada. Las normas de aplicación de la Ley de modernización social en la materia prevén, sin embargo, que el mediador “puede proceder a todas las audiencias que considere útiles”²⁰. En razón de la intensidad de los litigios en Derecho de Trabajo y de la desigualdad entre las partes, que podría pesar sobre la legitimidad de la recomendación o sobre la validez del acuerdo, el mediador debería juzgar que las partes tienen la facultad de estar asistidas por sus abogados o por cualquier otra persona necesaria en la mediación.

La representación de las partes parece ser necesaria cuando se trata de personas jurídicas, el representante será la persona normalmente habilitada para representarla. Es deseable que las partes sean oídas personalmente, pero no existe obstáculo jurídico para que sean representadas. Como las reglas de procedimiento civil no son aplicables, salvo disposición contraria, no es necesario que se establezca un mandato especial al respecto.

2.2. Las reglas deontológicas

Los textos legales no están desiertos a propósito de la deontología del mediador. Por tanto, la mediación reposa, con frecuencia, sobre la práctica y las garantías ofrecidas en este ámbito, constituyendo una prueba de transparencia, de confianza y de equidad. El Centro Nacional de la Mediación promueve, por otro lado, en el seno de sus asociados, un Código de la Mediación, comportando un determinado número de obligaciones deontológicas que los miembros adheridos al mismo deben respetar. Conviene, pues, preguntarse en qué medida es posible administrar las garantías de independencia, de remuneración, de competencia, de confidencialidad y de eventual responsabilidad en la mediación.

2.2.1. La independencia del mediador

Evidentemente, es necesario que el mediador sea una persona ajena a la empresa. Esto viene previsto especialmente por las disposiciones relativas a la mediación consecutiva al proyecto de cese de actividad total o parcial de un establecimiento entrañando la pérdida de, al menos, cien empleos²¹ y por los artículos relativos a la mediación en materia de acoso moral o sexual²². Cuando el mediador viene designado por los poderes públicos, la cuestión consiste en elegir una persona a la altura del conflicto, que no se encuentre mediatizada; la elección discrecional del Ministro de Trabajo puede hacer dudar de la independencia del

²⁰ Decreto n.º 783/2002 de 3 de mayo de 2002 relativo al mediador, art. 1: art. R. 432-24 al 2 del Código de Trabajo.

²¹ Art. R. 432-21 al. 6 del Código de Trabajo: “No puede ser elegido como mediador una persona que ha ejercido una actividad en la empresa en el curso de los diez últimos años”

²² Art. L. 122-54 del Código de Trabajo: «El mediador es elegido fuera de la empresa de una lista de personalidades designadas en función de su autoridad moral y de su competencia en la prevención del acoso moral o sexual”. Por contra, la disposición que declaraba las funciones del mediador incompatibles con aquellas del consejero *prud’homal* en actividad ha sido derogada por la Ley de 3 de enero de 2003.

mediador, incluso cuando el poder estatal no se encuentra propiamente implicado en el conflicto, por ejemplo, si el mediador es un funcionario público. El Consejo Económico y Social ha formulado ciertas críticas a propósito de esta práctica gubernamental²³.

Cuando el mediador es designado por acuerdo de las partes, la cuestión de la independencia se presenta particularmente respecto del abogado y del Inspector de trabajo. El abogado puede difícilmente situarse en una relación de clientela, porque “no debe ser ni el consejero, ni el representante o el defensor de más de un cliente en un mismo negocio, si hay un conflicto de intereses entre estos clientes o el riesgo grave de tal conflicto”²⁴. El Inspector de trabajo, que controla normalmente la empresa, podrá encontrarse en determinadas situaciones en una situación incómoda²⁵.

Con el fin de garantizar su independencia, se le asegura al mediador un estatus de protección, en las hipótesis de mediación legal, a través de la remisión a las disposiciones protectoras del consejero del trabajador²⁶. El mediador trabajador de otra empresa se beneficia de un crédito de horas remuneradas por su empresario, de un tiempo de formación y de una protección contra el despido y otros posibles perjuicios en el ejercicio regular de sus funciones.

2.2.2. La remuneración del mediador

La cuestión de la remuneración del mediador está llena de incertidumbres. La ley contiene algunas disposiciones inconexas. En materia de acoso moral o sexual, el trabajador mediador se beneficia de un crédito de horas, pero la situación del mediador no trabajador no está regulada. Las disposiciones relativas a la mediación respecto de un proyecto de cierre de establecimiento indican, simplemente, que la remuneración es diaria, a cargo de la empresa y fijada por resolución²⁷ del Ministro de Trabajo²⁸. En fin, la remuneración del mediador judicial de los artículos 131.1 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil es libremente distribuida entre las partes y, en defecto de acuerdo, por el juez. El Código de la Mediación, que no compromete más que a los mediadores que se hayan libremente adherido al Centro Nacional de la Mediación, no prevé ninguna disposición específica. Quedan, en consecuencia, numerosos interrogantes que afectan, en particular, la mediación convencional.

Asimismo, el estatus profesional del mediador puede tener una incidencia sobre las formas de remuneración. Con frecuencia, el mediador ejerce otra profesión como actividad principal. Los Inspectores de trabajo, aceptando intervenir como mediadores, estiman que forma parte de sus funciones y no perciben remuneración. Si el mediador es abogado o consejero de empresa, la remuneración vendrá determinada amistosamente con las partes y será sometida al estatus fiscal y social de los beneficios no comerciales. Si es profesor universitario, podrá percibir beneficios no comerciales, a título de una actividad de consulta o de una

²³ Prévention et résolution des conflits du travail, Rapport du Conseil économique et social, 1998, La Documentation française, p. 88.

²⁴ Art. 3.2.1. del Código de deontología de los abogados de la Comunidad europea.

²⁵ Un inspector de la misma dirección departamental o de una dirección diferente, y también el director mismo o su adjunto, podrá entonces más legítimamente jugar un papel de mediador.

²⁶ Art. 122-14-14 a L. 122-14-18 del Código de Trabajo.

²⁷ La *arrêté* es una decisión administrativa, en este caso, emanada del Ministerio de Trabajo.

²⁸ Art. R. 432-25 del Código de Trabajo.

profesión liberal autorizada por la ley, que deriva de la naturaleza de sus funciones²⁹. Se debe señalar que el régimen es específico para cada profesión, y difícilmente pueden someterse a un estatus general³⁰.

2.2.3. *La confidencialidad de las declaraciones*

El “Código de la Mediación” del Centro Nacional de la Mediación contiene disposiciones relativas a la confidencialidad del mediador miembro de dicha asociación³¹. Por otro lado, la mediación relativa al proyecto de cese de actividad de un establecimiento que suponga la supresión de, al menos, cien puestos de trabajo impone al mediador un deber de discreción. Esta obligación es la misma de aquella que pesa sobre los miembros del comité de empresa y los representantes sindicales con relación a las informaciones que presentan un carácter confidencial y declaraciones del empresario³². Esta disposición está mal formulada: las informaciones que provienen de los trabajadores o de sus representantes deben estar cubiertas por la confidencial, de la misma forma que las informaciones provenientes del empresario.

En realidad, una disposición general puede aplicarse con la finalidad de cubrir todas las informaciones, incluso las declaradas como confidenciales por sus autores. El mediador debe someterse a un deber de confidencialidad con relación a todas las informaciones a las cuales tenga acceso. El mediador, en efecto, está sometido a las disposiciones del artículo 226.13 del Código Penal. Esta norma sanciona la revelación de una información confidencial por una persona que tenga conocimiento de la misma en razón de una función o de una misión temporal. Una garantía adicional consistiría en otorgar más claramente el carácter de orden público a esta regla, lo que no es evidente para los Tribunales de Justicia³³.

2.2.4. *La responsabilidad del mediador*

Se puede interpretar que el mediador es responsable, en relación con las partes, de las faltas que cometa dentro del ámbito de su misión. Ello afectará a las violaciones al deber de confidencialidad; e, igualmente, se puede interpretar que al emdidador le es exigible la correspondiente responsabilidad civil o penal. El mediador que participa en una de las formas de mediación legal asume la correlativa responsabilidad penal si no respeta sus obligaciones. En cuanto al mediador que participa en una mediación convencional, se sitúa en una relación contractual con respecto a las partes. Tal relación no suscita ninguna duda, puesto

²⁹ Ley n.º 259/1990 de 31 de diciembre, reforma determinadas profesiones jurídicas y judicial, vid., REANAUX: “La consultation juridique donnée par les enseignants-chercheurs de l’enseignement supérieur après la loi du 31 déc. 1990”, P. U. Aix-Marseille, 1994, pp. 26 y ss.

³⁰ En lo que se refiere a los magistrados, el magistrado en actividad no puede ejercer ninguna profesión o actividad, salvo derogación acordada especialmente por el jefe del Tribunal (art. 8 de la Ordenanza de 22 de diciembre de 1958, llevada a la LO relativa al estatus de la magistratura); El magistrado en disponibilidad o aquel que ha cesado en sus funciones desde menos de 5 años debe informar a la *Garde des sceaux* (Art. 9-2 de la ley de 5 de febrero de 1994, que modifica la Ordenanza de 22 de diciembre de 1958).

³¹ Art. 22.

³² Art. R. 432-24 al. 3 del Código de Trabajo, que reenvía al art. L. 432-7.

³³ TGI Paris, 18 enero 1999, Snecma: “la mediación judicial o convencional implica que cada parte pueda confiarse libremente al mediador y que, salvo acuerdo unánime, el secreto será conservado en cuanto a las informaciones, proposiciones o concesiones recibidas por la misma”.

que las partes confían al mediador la actuación de su conflicto, con vista a llegar a un acuerdo. Merecería profundizar este desplazamiento hacia la responsabilidad penal de una responsabilidad, en principio, de carácter contractual. Podemos preguntarnos, por ejemplo, si consideramos la relación como contractual, cómo aplicaríamos el artículo 1135 del Código Civil que establece que “los acuerdos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las repercusiones que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación en función de su naturaleza”. La jurisprudencia ha deducido también una obligación de información y un deber de consejo a cargo de contratantes diversos como el fabricante de productos³⁴, el médico³⁵, el agente inmobiliario³⁶, el abogado³⁷ y el notario³⁸. ¿Podría el mediador verse obligado por esta disposición? ¿Se le debería obligar a contratar un seguro de responsabilidad? Este se destinaría a garantizar la reparación de los daños consecutivos a la mediación; pero no existe, actualmente, ninguna disposición que establezca como obligatorio el seguro personal del mediador.

La cuestión se plantea, igualmente, sobre la eventual responsabilidad penal del mediador que tenga conocimiento de hechos ilegales. Es preciso descartar la hipótesis de la complicidad, que supone la participación activa y no la mera tolerancia³⁹, bien que el Tribunal Supremo ya ha condenado a personas que se han abstenido mientras que las mismas debían actuar para oponerse a la materialización de la infracción⁴⁰. Se puede recordar, también, que el Código Penal sanciona la falta de denuncia de un crimen o de un delito ya intentado o consumado, que sea conocido⁴¹. No obstante, la incriminación no juega más que para los crímenes y determinados delitos⁴², y no entra en juego cuando la persona que ha tenido conocimiento de tales hechos está obligada al secreto en las condiciones previstas por el artículo 226.13 del Código Penal. Es preciso, pues, descartar, en principio, la responsabilidad penal del mediador que tienen conocimiento de hechos ilícitos, sin revelarlos, dentro del ámbito de su misión.

3. EL RESULTADO DE LA MEDIACIÓN EN LOS LITIGIOS DE TRABAJO

La mediación puede dar como resultado un acuerdo entre las partes, o, si está previsto por la ley, una recomendación. Dos cuestiones muy simples merecen plantear: la naturaleza jurídica del acuerdo o de la recomendación y el régimen del acuerdo de mediación.

³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n.º 361; RTD civ. 1983, p. 544, obs. Durry.

³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, JCP 1992 II 21947, note Dorsner-Dolivet; Gaz. Pal. 1992.I somm. 152, obs. Chabas.

³⁶ Cass. civ. 30 oct. 1985, Bull. Civ. I, n.º 277; 3 janv. 1985, JCP éd. N. 1985 II 209, note Atias; RTD civ. 1986.147, obs. Rémy.

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, Bull. civ. I, n.º 46.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 1965, D. 1965, p. 448; 7 févr. 1990, Bull. civ. I, n.º 37.

³⁹ Cass. crim. 21 oct. 1948, Bull. N.º 42; 10 avr. 1975, Bull. N.º 89; Rev. sc. crim. 1977, p. 81, obs. Larguier; *vid.*, DECOCQ: “Inaction, abstention et complicité par aide et assistance”, JCP, 1983, I, p. 3124.

⁴⁰ Cass. crim. 15 janv. 1979, Bull. n.º 21 (complicidad de fraude fiscal del experto contable que había omitido verificar y levantar la contabilidad de su cliente); Cass. crim. 5 nov. 1941 S. 1942-1-89, note Bouzat (apoyo moral en el abortar).

⁴¹ Art. 434-1 a 434-3 del Código Penal.

⁴² Sobre los menores de 15 años y determinadas personas en situación de debilidad.

3.1. La naturaleza jurídica del acuerdo o de la recomendación

La ley suministra muy pocas precisiones en cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación o de la recomendación del mediador. Por esto, salvo los elementos aportados por la Ley de modernización social, conviene referirse a la cualidad de las partes.

3.1.1. *Las reglas establecidas por la Ley de modernización social*

Por lo que se refiere a la mediación relativo a un proyecto de cese de actividad total o parcial de un establecimiento que entraña la pérdida de, al menos, cien empleos, se prevé que, a lo más tarde el último día de su misión, el mediador reúna a las partes y les presente el contenido de su recomendación antes de entregársela. Las partes dan a conocer al mediador su aceptación o su negativa a la recomendación; en caso de aceptación por las dos partes, la recomendación se transmite por la empresa a la Dirección departamental del trabajo y con validez de un acuerdo colectivo; el silencio por más de cinco días equivale a la aceptación⁴³.

Por contra, si la recomendación no es aceptada por las partes, es difícil decir si puede o no producir efectos por sí misma. La recomendación no tendrá naturaleza de acto jurídico, puesto que la ley no lo dice; pero se puede pensar que los representantes de personal o los trabajadores la invoquen como fundamento a una impugnación de la legitimidad de despidos colectivos decididos por la empresa posteriormente. No debería ser posible invalidar los despidos basándose en la negativa de la empresa a seguir la recomendación del mediador, que implicaba un número inferior de despidos, particularmente porque el juez no puede controlar la elección efectuada por el empresario entre las diferentes opciones, “mientras que todas las hipótesis de reorganización consideradas eran necesarias para la salvaguardia de la competitividad de la empresa”⁴⁴. Se puede suponer que el contencioso corre el riesgo de desarrollarse en ese ámbito.

3.1.2. *La incidencia de la calidad y de la voluntad de las partes*

En todas las demás materias diversas de la regulada por la Ley de modernización social, se puede pensar que las partes concluyen, según el caso, una transacción, una modificación al contrato de trabajo, un acuerdo colectivo si se presenta el caso. La naturaleza jurídica del acuerdo debe derivar, al margen de cual sea la apreciación del juez, de la calidad de las partes, de la voluntad que han expresado a través de la calificación del acto y de las disposiciones aplicables⁴⁵. En materia de mediación relativa al acoso moral o sexual, la ley no precisa ni siquiera la naturaleza jurídica del acuerdo. En los conflictos colectivos, si el empresario tiene como interlocutor un delegado sindical, el acuerdo podrá ser calificado de acuerdo colectivo. Bastaría, en materia de prueba, que sea escrito. Se puede, también, imaginar que las partes hayan llegado a un acuerdo sin formalizarlo por escrito; en tal caso, no

⁴³ Art. R 432-23 del Código de Trabajo.

⁴⁴ MOIZARD, N: *op. cit.*

⁴⁵ Así, el comité de empresa puede convertirse en signatario de un acto que asuma la naturaleza jurídica de un acuerdo colectivo mientras que, en principio, no haya vocación. *Vid.*, COHEN, M.: “Les nouvelles attributions des comités d’entreprise depuis la loi de modernisation sociale”, *Dr. soc.*, 2002, p. 302; NIEL, S.: “Licenciement économique: le comité d’entreprise entre dans la co-décision”, *SS.* 19 avr. 2002, n.º 1073, p. 10.

se podrá, sin embargo, descartar la calificación como acto unilateral del empresario, que la empresa podrá denunciar.

Una dificultad puede provenir del procedimiento de mediación judicial que reposa sobre los artículos 131.1 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil. El juez es, entonces, llamado a homologar el acuerdo que las partes le someten⁴⁶. Si se analiza la cuestión a través del derecho del divorcio y regímenes matrimoniales, el acto homologado puede mirarse a la vez como un acuerdo y un acto judicial⁴⁷. Según la jurisprudencia, el acuerdo de divorcio, una vez homologado y pronunciado el divorcio, no puede ser reconsiderado judicialmente si el fallo deviene irrevocable⁴⁸. Según un autor⁴⁹, a diferencia del acuerdo de divorcio, el acuerdo de mediación homologado por el juez debería poder ser objeto de recurso, pues el juicio de homologación no tiene, en este caso, un efecto de purga. Con el fin de evitar esta incertidumbre, las partes tienen la facultad de concluir un acuerdo formal y de desistir, frente al juez; éste se deberá limitar a constatar su renuncia.

3.2. El régimen del acuerdo o de la recomendación

Las estipulaciones del acuerdo o de la recomendación deben respetar las reglas de orden público, y el acuerdo puede oponerse frente a terceros. En cierta forma, debe poderse referir a la naturaleza jurídica del acuerdo para deducir su régimen.

3.2.1. El respeto de las reglas de orden público

El respeto de las reglas de orden público se impone y el contenido de los acuerdos o de las recomendaciones no pueden ir contra ellas. Se debe calificar como nula la recomendación del mediador que contenga disposiciones contrarias al orden público; pero es cierto que la recomendación ha de ser consagrada ulteriormente por un acuerdo entre las partes (o una aceptación por las partes, que valga de acuerdo, en las condiciones determinadas por la ley). Es, pues, difícil determinar que un juez sea llamado a resolver una demanda de anulación de una recomendación. Por contra, se puede imaginar que el mediador compromete su responsabilidad personal si preconiza sin reserva soluciones jurídicas contrarias al orden público, sobre el fundamento de una obligación contractual de consejo y de asistencia⁵⁰.

Es esencial que el acto sea sometido al orden público, y es sobre las estipulaciones del acuerdo sobre las que pesarán las disposiciones de orden público. Por ejemplo, la transacción concluida entre el empresario y el trabajador deberá comportar concesiones recíprocas y podrá ser firmado sólo posteriormente a la ruptura del contrato de trabajo⁵¹. Incluso, el acto de modificación de un contrato de trabajo no podrá contener estipulaciones contrarias a las leyes y reglamentos, contra las que no podrá ir contra, así como tampoco contra las normas convencionales aplicables, más que en un sentido más favorable para el trabajador. El acuerdo de mediación, teniendo naturaleza de convenio colectivo, será sometido a las disposiciones del

⁴⁶ Art. 131-12 del nuevo Código de procedimiento Civil: "El juez homologa a la demanda de las partes el acuerdo que le someten".

⁴⁷ BALENCI, I.: "L'homologation judiciaire des actes juridiques", RTD civ., 1978, p. 61.

⁴⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 26 juin 1997, Dr. fam., 1997, n.º 28, note H. Lécuyer.

⁴⁹ BOUBLI, B.: "Le protocole d'accord", Gaz. Pal., 1999, p. 1921.

⁵⁰ *Vid. supra*.

⁵¹ Cass. soc. 29 mai 1996, Bull. civ. V, n.º 215.

Código de Trabajo aplicables a este tipo de acuerdos. En fin, si el acuerdo de mediación es una transacción, las partes no tendrán la posibilidad de llevar el asunto ante el juez, ya que la transacción entre las partes adquiere el carácter de cosa juzgada en última instancia⁵².

3.2.2. *La oponibilidad frente a terceros*

El acuerdo de mediación frente a terceros está sometido a las disposiciones del artículo 1165 del Código Civil, según el cual “los acuerdos despliegan sus efectos sólo entre las partes contratantes, no perjudican a terceros (...)”. No es, pues, posible evitar, por ejemplo, la aplicación del régimen jurídico de las cantidades abonadas al trabajador en razón de su naturaleza, lo que obliga a las partes a abonar las cotizaciones obligatorias a los organismos sociales, frente a los que el acuerdo no es oponible⁵³.

Por contra, debería poderse oponer el acuerdo a la A.G.S.⁵⁴ o al mandatario judicial de una empresa en quiebra o en liquidación judicial, al menos, sería necesario que el acuerdo fuese autorizado por el juez-comisario⁵⁵. Por lo que se refiere al Assédic, el derecho a las prestaciones por desempleo vendrá determinado por la calificación del acuerdo y su contenido, principalmente si prevé el pago de indemnizaciones en caso de ruptura del contrato de trabajo.

En conclusión, se puede hacer señalar que la mediación en los litigios de trabajo presenta para las partes el gran interés de permitirles desarrollar las condiciones favorables para un acercamiento. Las partes determinan ellas mismas el campo de la negociación. Asimismo, evalúan los riesgos de una condena; controlan los plazos. Igualmente, pueden profundizar el conocimiento de las reglas aplicables al conflicto, base de su negociación. Sin embargo, las partes no pueden apartarse del derecho común y de las reglas de orden público. Esta idea, evidente en su formulación, no lo es sin embargo, como se ha visto, en su aplicación.

⁵² Art. 2052 del Código Civil.

⁵³ Art. L. 242-1 del Código de la Seguridad Social; la indemnización transaccional no puede ser exonerada de cotizaciones más que por su fracción representativa de una indemnización ella misma susceptible de ser exonerada; la indemnización versada al trabajador en el marco de una transacción y destinada a evitar todo contencioso, está exonerada de las cotizaciones a la Seguridad Social en las condiciones y límites aplicables a la indemnización por despido, por contra, la fracción que representa una remuneración debe completamente estar sometida a cotización (Ley de financiamiento de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1999).

⁵⁴ Asociación para la gestión del régimen de seguro de los créditos de los trabajadores, que abona a los trabajadores de las empresas insolventes las sumas que les son normalmente debidas por el empresario, a semejanza del Fondo de Garantía Salarial español.

⁵⁵ Art. 33 de la Ley de 1985.