

CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES*

M^a LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha*

EXTRACTO

Después de realizar un repaso de los llamados procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que se contienen en el ordenamiento legal y convencional español, y de explicar cuál es la forma habitual de financiar los mismos, se analizan las diferencias habidas entre la conciliación y la mediación, para concluir que en la práctica ambas fórmulas de solución de conflictos resultan casi por completo equiparadas. Ello conduce a analizar en profundidad el desarrollo del procedimiento de mediación, fundamentalmente en la versión que de él se hace por en Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de nivel estatal, aun no faltando referencias puntuales a las características de la mediación desarrollada en el nivel de las Comunidades Autónomas. Finalmente, una vez evaluados los datos estadísticos sobre el número de procedimientos, de mediaciones y arbitrajes y de acuerdos habidos en el nivel estatal, se ponen de manifiesto las razones que en la práctica están haciendo que el número de estos últimos sea, ciertamente, muy escaso.

* Este trabajo, con las debidas adaptaciones, forma parte del Informe sobre *Los medios de solución extrajudicial de conflictos en el sistema español de relaciones laborales*, que elaboré en marzo de 2002 a petición del Departamento de Relaciones Laborales del Instituto Complutense de Estudios Internacionales y que, a su vez, formó parte del Proyecto Europeo sobre *Análisis comparativo y propuesta sobre un posible sistema voluntario de Conciliación, Mediación y Arbitraje a nivel europeo (VS/2001/0654)*, encargado por la Comisión Europea y dirigido por Fernando Valdés Dal-Ré.

INDICE

- 1. Configuración general de los medios extrajudiciales de solución de conflictos. 1.1. Tipología. 1.1.1. Por su naturaleza. 1.1.2. Por su fuente de constitución. 1.1.3. Por su utilización. 1.2. Financiación**
- 2. La conciliación y la mediación en los conflictos colectivos de trabajo. 2.1. Noción y caracteres. 2.2. Ámbitos de aplicación. 2.2.1. Por razón del objeto del conflicto. 2.2.2. Por razón de la naturaleza del empleador. 2.2.3. En razón del territorio u otro criterio. 2.3. Procedimiento. 2.3.1. Órganos intervinientes. 2.3.2. Iniciación de la mediación. 2.3.3. Desarrollo de la mediación. 2.3.4. Finalización de la mediación**
- 3. Valoración de los medios extrajudiciales de solución de conflictos. 3.1. Valoración práctica: algunos indicadores estadísticos. 3.2. Valoración crítica (problemas de implantación y desarrollo). 3.2.1. El escaso número de acuerdos en el procedimiento de mediación**

Al objeto de tener un mejor conocimiento del sistema español de solución extrajudicial de conflictos laborales, dentro del que quedan, lógicamente, integradas la conciliación y la mediación en relación con los conflictos colectivos, parece de interés comenzar señalando cuáles son y qué características poseen los llamados procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que se contienen en nuestro ordenamiento legal y convencional. Una vez hecho lo cual, se va a analizar con algún detalle, fundamentalmente, el procedimiento de mediación en su aplicación a los conflictos colectivos derivados de las relaciones de trabajo, pues, como se dirá más tarde, la conciliación apenas se diferencia de la mediación en la práctica de nuestro sistema de solución de conflictos. Por último, después de evaluar los resultados de la experiencia en materia de solución extrajudicial de conflictos en nuestro país (sobre todo, en el nivel estatal), se intentarán hallar y glosar las razones del todavía escaso número de acuerdos habidos en los procedimientos de mediación.

1. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1. Tipología

1.1.1. Por su naturaleza

Si por procedimientos de solución extrajudicial de conflictos se entiende aquéllos que son desarrollados fuera del marco judicial, es decir, aquéllos en que no intervienen los órganos jurisdiccionales, la respuesta a la interrogación de cuáles son los procedimientos extrajudiciales utilizados en el sistema español de relaciones laborales comprende tanto los que se realizan en sede administrativa como los procedimientos autónomos, esto es, los regidos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de nuestro país. Pues bien, dentro de los procedimientos administrativos se hallan, por un lado, la conciliación previa a la promoción del proceso judicial en los casos en que, de conformidad con los arts. 63 y 154.1 de la Ley de Procedimientos Laboral (en adelante, LPL), la misma se realiza por organismos administrativos y, por otro, los procedimientos regulados en el Real Decreto-

Ley 17/1977, de 4 de marzo¹. En relación con éstos, no queda claro en el art. 24 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, si la autoridad laboral realiza funciones de conciliación o de mediación, ya que lo único que dispone este precepto es que la misma debe “intentar la avenencia entre las partes”, lo cual puede conseguirse por medio de ambas funciones. Sí está claro que, además de ello, las partes en conflicto pueden designar uno o varios árbitros y someterse, por tanto, a un procedimiento de arbitraje.

Respecto de los procedimientos extrajudiciales de origen convencional, que aquí se prefieren denominar procedimientos autónomos², cabe decir lo siguiente. El Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales³ (en adelante, ASEC) y algunos de los acuerdos sobre solución autónoma de conflictos habidos en el ámbito de las comunidades autónomas han establecido como procedimientos tipo la mediación y el arbitraje, sin contemplar la posibilidad de sometimiento de las partes a un simple procedimiento de conciliación. Posiblemente ello haya sido de este modo porque, aunque en la teoría la conciliación y la mediación son procedimientos diferentes, en la práctica las diferencias entre una y otra son bien escasas, pues rara vez un órgano de conciliación medianamente diligente se resiste a no hacer propuesta alguna a las partes. De otro lado, no puede olvidarse el dato de que el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) únicamente se refiere a los procedimientos de mediación y arbitraje, sin hacer mención de la conciliación, y que es precisamente este precepto el que en buena medida ha servido de base para el propio desarrollo de los procedimientos autónomos de solución de conflictos que se ha hecho después. Con todo, no faltan acuerdos en el ámbito de las comunidades autónomas que contemplan la posibilidad de sometimiento a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje⁴.

¹ En el terreno de la intervención administrativa en la solución de la conflictividad laboral también se incluye la intervención de la inspección de trabajo. Esta intervención está prevista, con carácter general, en el art. 3.3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según el cual la función inspectora comprende la realización de “arbitraje, conciliación y mediación” en conflictos y huelgas. Así mismo, la función de mediación una vez convocada una huelga viene prescrita por el art. 9 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

² Aunque es habitual la denominación de solución extrajudicial de conflictos para referirse a procedimientos alternativos al procedimiento en sede judicial, algunos autores preferimos la denominación de procedimientos autónomos. El motivo de esta preferencia es que el calificativo de extrajudicial es muy reductivo en relación con el significado que tienen estos procedimientos, pues únicamente tiene en cuenta que se trata de procedimientos desarrollados al margen de los órganos jurisdiccionales y en relación, por tanto, con conflictos que puedan resolverse en sede judicial, es decir, los conflictos jurídicos. En cambio, con el calificativo de autónomos se quiere indicar que se trata de procedimientos en que el protagonismo lo tienen los propios agentes sociales y no terceros ajenos al conflicto, en que son, así pues, las propias partes en conflicto las que gestionan su solución sin el recurso al poder judicial o a la administración.

³ Como es sabido, el 25 de enero de 1996, CC.OO. y UGT, del lado de los trabajadores, y CEOE y CEPYME, del lado de los empresarios, firmaron este Acuerdo y con él instituyeron los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el nivel estatal; con la denominación de II Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, el mismo fue renovado el 31 de enero de 2001 por cuatro años más, de modo que terminará su vigencia el 31 de diciembre de 2004.

⁴ En la mayor parte de las comunidades autónomas los respectivos acuerdos de solución de conflictos se refieren conjuntamente al procedimiento de conciliación-mediación como un único procedimiento (es el caso de Cataluña, Galicia o Cantabria, por citar sólo tres ejemplos). Sin embargo, en otras comunidades autónomas (País Vasco o Canarias), el acuerdo ha recogido la posibilidad de someterse a conciliación, mediación o arbitraje.

1.1.2. Por su fuente de constitución

Por lo explicado hasta ahora puede ya deducirse con facilidad la fuente de constitución de los diferentes procedimientos de solución de conflictos existentes en el sistema español de relaciones laborales. No obstante, conviene recordar, en primer término, que los procedimientos extrajudiciales desarrollados por la administración pública son todos ellos, naturalmente, de origen legal. Así sucede, en efecto, en relación con la conciliación previa a la promoción del proceso ante los órganos jurisdiccionales, cuando la misma se realiza por organismos de carácter administrativo. Como se recordará, este procedimiento está previsto, con carácter general, en el art. 63 de la LPL y, en relación con la modalidad procesal de conflicto colectivos, en el art. 154.1 de esta misma Ley. Sucede igualmente al respecto de los procedimientos en que interviene la autoridad laboral, regulados, como ya se ha dicho, en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, norma, obviamente, de origen legal⁵.

En el caso de los procedimientos autónomos, esto es, aquéllos que gestionan los propios agentes sociales, el origen es siempre convencional. En efecto, en España, tanto en el nivel estatal, como en el ámbito de las comunidades autónomas, la implantación de los procedimientos de mediación y arbitraje (y, en su caso, de conciliación) se ha realizado con base en acuerdos de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito correspondiente. La característica del sistema español de relaciones laborales es, así pues, que los procedimientos de solución de conflictos habitualmente llamados extrajudiciales tienen su origen en la propia negociación colectiva.

1.1.3. Por su utilización

La regla general en el ordenamiento jurídico español es que los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos tienen un carácter voluntario, es decir, que son utilizados por las partes en conflicto en la medida que ellas estén dispuestas a hacerlo. Debe, además, subrayarse que tal es en todo caso la regla en relación con el procedimiento de arbitraje⁶. En efecto, el arbitraje que posibilita el art. 24 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, es puramente voluntario, ya que expresamente se señala por este precepto que las partes en conflicto “podrán” designar uno o varios árbitros, lo que significa que tienen la posibilidad de someterse a un procedimiento de arbitraje, no que deban hacerlo.

⁵ Legal es, así mismo, el origen de las normas que prevén la realización de funciones de conciliación, mediación y arbitraje por parte de la inspección de trabajo.

⁶ Aunque fueron declarados lesivos del derecho a la negociación colectiva y, por tanto, inconstitucionales los arts. 25.b) y 26 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que, en resumen, imponían a las partes en conflicto el sometimiento a un laudo de obligado cumplimiento dictado por la autoridad laboral, en caso de que las mismas fueran incapaces de alcanzar un acuerdo por sí solas, resta aún vigente en el ordenamiento español la posibilidad de que la autoridad laboral obligue a las partes a someterse a un procedimiento de arbitraje en casos extremos. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, en su Fundamento Jurídico 19, entiende que no es incompatible con el reconocimiento del derecho de huelga la previsión contenida en el art. 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, esto es, la imposición a las partes del sometimiento a un procedimiento de arbitraje en los casos que prevé este mismo precepto y que son, en términos generales, situaciones claramente excepcionales en atención a “la duración o consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el grave perjuicio de la economía nacional”. Este es el único supuesto en que, dentro del ordenamiento jurídico español, el arbitraje se configura como un procedimiento obligatorio; sin embargo, las situaciones en que puede ordenarse son tan excepcionales que apenas si contradicen la regla general de que el sometimiento a un procedimiento de arbitraje debe ser voluntad de las partes.

Ocurre lo mismo en el caso del procedimiento de arbitraje previsto por el ASEC y cuyo origen es, por tanto, convencional. La voluntariedad de su uso queda patente en el art. 11.1 del Acuerdo, en el que se dice expresamente que el arbitraje consiste en que las “partes acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero” la solución del conflicto habido entre ellas. Reiterándose nuevamente el carácter voluntario en el propio art. 11.2 del ASEC, donde tajantemente se declara que “el procedimiento de arbitraje sólo será posible si lo solicitan ambas partes”.

Sin embargo, el procedimiento de mediación, aun siendo igualmente voluntario, no necesita el consenso de ambas partes para llevarse a cabo. Es cierto que la utilización o no de este procedimiento de solución extrajudicial de conflictos se deja a la libre decisión de las partes, en el sentido de que no les viene impuesta, pero, cuando una de las partes en conflicto solicita la iniciación del procedimiento de mediación, la otra parte queda de algún modo obligada a someterse al mismo. Ello es lo que parece ocurrir en el caso del procedimiento realizado en sede administrativa, en el que, según el art. 23 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, la autoridad laboral remite copia del escrito de iniciación del procedimiento a la parte frente la que se dirige el conflicto, citando luego a ambas partes para una comparecencia ante ella.

Asimismo, ello es lo que sucede en relación con el procedimiento de mediación de origen convencional. El art. 10.3 del ASEC no deja, en efecto, dudas al respecto, ya que de manera rotunda dispone que “el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes”⁷. Por tanto, el empleo de la mediación, en lugar de otros procedimientos de solución de conflictos, es, en principio, facultativo⁸; ahora bien, deviene obligatorio en caso de que una de las partes implicadas en el conflicto solicite su tramitación. No obstante, uno de los problemas que plantea este sistema es que hay ocasiones en que la parte frente a la que se dirige el procedimiento de mediación, aun estando obligada a someterse al mismo, no acude a las comparecencias y, en consecuencia, la mediación no puede realizarse. Por ello, aunque en teoría el desarrollo de la mediación es obligatorio cuando lo solicita una de las partes del conflicto, en la práctica únicamente se desarrolla con una cierta

⁷ Únicamente se prevén dos supuestos en que la mediación debe ser solicitada, para poder tramitarse, conjuntamente por ambas partes. Se trata, en primer lugar, de situaciones en que la negociación colectiva está “bloqueada”, en el sentido de estar paralizada por el desacuerdo habido entre las partes en algún punto o aspecto, y se inicia el procedimiento de mediación al objeto de poner fin a esta situación de *impasse*. Pues bien, en caso de no querer esperar el transcurso de cinco meses desde la constitución de la comisión negociadora antes del inicio del procedimiento de mediación, ésta deberá ser solicitada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1.b) del Reglamento de Aplicación del ASEC, de forma conjunta por ambas partes. En segundo lugar, la solicitud de mediación deberá ser también conjunta en el supuesto de que sea la propia comisión paritaria del convenio o acuerdo colectivo de que se trate la que se someta al procedimiento de mediación; posibilidad ésta contemplada en el art. 4.1.e) del ASEC.

⁸ A pesar de que, por regla general, el empleo del procedimiento de mediación es, en efecto, puramente facultativo, el ASEC ha intentado potenciar su utilización con la imposición de este procedimiento en determinado tipo de conflictos. Así, en caso de que una de las partes pretenda demandar a la otra ante la jurisdicción social, al objeto de solucionar un conflicto motivado por la interpretación y/o aplicación de normas estatales, convencionales o decisiones del empresario, deberá tramitar con carácter previo un procedimiento de mediación (art. 10.3 del ASEC); de igual forma, la representación de los trabajadores que pretenda convocar una huelga deberá someterse, antes de la propia convocatoria, a un procedimiento de mediación (art. 10.3 del ASEC). En el resto de los conflictos, el empleo o no del procedimiento de mediación se deja, como queda dicho, al arbitrio de las partes.

normalidad cuando también la otra parte está de acuerdo con su tramitación, acuerdo que se manifiesta en el hecho de acudir a las comparecencias previstas⁹.

Por último, en relación con la conciliación previa al proceso ante la jurisdicción social, debe subrayarse, en este caso sí, su obligatoriedad. Y ello no sólo porque la misma se configura, por los arts. 63 y 154.1 de la LPL, como un trámite de carácter preceptivo antes de la promoción del proceso en sede judicial en la mayor parte de los conflictos individuales y colectivos, de forma que su falta de realización conlleva el archivo de la demanda y, por tanto, la no continuación del procedimiento (art. 81.2 de la LPL); sino porque, además, el propio art. 66.1 de esta Ley declara expresamente que “la asistencia al acto de conciliación es obligatoria para los litigantes”, pudiendo ser la parte demandada que no comparece en conciliación condenada al pago de una multa por temeridad o mala fe, en caso de que finalmente la sentencia dé por completo la razón al demandante (art. 66.3 de la LPL).

1.2. Financiación

En España, la financiación de los medios de solución extrajudicial de conflictos es siempre con cargo al erario público, esto es, es la propia administración la que subvenciona todos los organismos encargados de la tramitación de este tipo de procedimientos. Ello es así, lógicamente, en relación con los procedimientos previstos en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, realizados por la autoridad laboral en ejercicio de facultades que se entienden dentro de su ámbito de competencias en cuanto autoridad pública, o con la conciliación previa a la promoción del proceso judicial desarrollada por un organismo de carácter público. Pero ello es así igualmente en el caso de los procedimientos de solución de conflictos creados por la negociación colectiva y cuya tramitación está encomendada a organismos gobernados por los agentes sociales.

Hay, desde luego, diferentes fórmulas en la configuración de estos organismos y su relación con la administración pública. En unos casos, el organismo encargado de la tramitación de los procedimientos autónomos es un departamento dentro de la administración correspondiente¹⁰. Ello sucede en algunas comunidades autónomas donde, aunque la creación de los procedimientos autónomos de solución de conflictos ha sido obra de un acuerdo entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de la propia comunidad, la gestión de los mismos queda encomendada a un departamento o sección específica dentro de la administración pública de la comunidad autónoma de que se trate. Por tanto, en estos casos, la financiación pública es directa, en el sentido de que el departamento o sección encargado de la tramitación de los procedimientos autónomos es financiado como se financia cualquier otro departamento o sección de la propia administración.

⁹ Aunque en el art. 15.2 del Reglamento de Aplicación del ASEC se dispone la obligación que tienen ambas partes de acudir a las comparecencias habidas en el procedimiento de mediación, por ser ello consecuencia del deber de negociar de buena fe, lo cierto es que se trata de una previsión sin demasiado efecto. Primero porque está dispuesta únicamente al respecto de la mediación previa a la convocatoria de huelga, y no en relación con los demás procedimientos de mediación; y, en segundo lugar, porque su falta de cumplimiento por la parte frente a la que se dirige el conflicto sólo tiene el efecto de poder ser convocada a una ulterior comparecencia, a la que puede nuevamente no acudir (art. 20 de las Normas de Funcionamiento del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje).

¹⁰ Es el caso, por ejemplo, de Andalucía, donde el organismo de solución autónoma de conflictos está adscrito al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

En otras comunidades autónomas se ha optado por crear fundaciones de naturaleza privada cuyo patrimonio se aporta, no obstante, íntegramente por la administración de la propia comunidad autónoma con cargo a sus presupuestos¹¹. A cambio de ello, la administración se reserva alguno de los cargos –generalmente la presidencia– en el patronato de la fundación; cargo que, por lo general, tiene asignadas funciones institucionales y de representación del correspondiente organismo más que de gestión o intervención en los procedimientos de solución de conflictos, que suele ser competencia exclusiva de los agentes sociales.

Finalmente, en el ámbito estatal también se ha creado una fundación de naturaleza privada cuyo patrimonio es, sin embargo, enteramente público, en este caso con cargo a los presupuestos generales del Estado, y que está tutelada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 11.1 del Reglamento de Aplicación del ASEC, (en adelante RASEC¹²). Esta fundación es la que gestiona el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (en adelante, SIMA), que es el organismo encargado de la tramitación de los procedimientos de mediación y arbitraje en relación con conflictos de ámbito estatal. Pues bien, en el patronato de esta fundación están representadas las organizaciones sindicales y empresariales que suscribieron el ASEC, Acuerdo que sirvió de base para su constitución, es decir, CC.OO, UGT, CEOE y CEPYME, pero no hay ningún representante del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Lo cual significa que, aun siendo financiada enteramente con cargo a fondos públicos, es gestionada únicamente por los agentes sociales, sin intervención, así pues, de la administración que la financia.

Ello es, por lo demás, y para terminar con este punto, de una importancia vital para el desarrollo de los procedimientos autónomos. Debe tenerse en cuenta que los procedimientos autónomos de solución de conflictos “conviven” con los procedimientos de solución de conflictos realizados en sede administrativa y judicial. Estos últimos son, por lo común, gratuitos para las partes en conflicto y están ya, a causa de los largos años de utilización de los mismos, sólidamente arraigados entre los agentes sociales. De este modo, si los procedimientos autónomos, relativamente novedosos, tuvieran que ser costeados por los usuarios, es claro que su desarrollo se vería obstaculizado notablemente, pues a la novedad e incertidumbre en su uso, se uniría el ser una alternativa más costosa que el resto de los procedimientos.

Ello hace de vital importancia el que las partes en conflicto puedan acceder a los procedimientos autónomos de manera gratuita, tal como lo hacen a los procedimientos en sede administrativa y, por regla general, al procedimiento en sede judicial. Pues bien, es claro, al menos en España, que las organizaciones sindicales y empresariales no disponen de financiación propia suficiente para costear ellas mismas los organismos encargados de la tramitación de los procedimientos de mediación y arbitraje y el desarrollo de estos mismos procedimientos, con lo que la financiación pública se vuelve indispensable para el desarrollo de los mismos. Dicho de otro modo, si la administración pública no estuviera financiando los

¹¹ Así sucede, por ejemplo, en Cataluña, cuyo Tribunal Laboral es una fundación privada tutelada por la Generalitat. Debe decirse, además, que tal es la fórmula más extendida en las comunidades autónomas.

¹² Aunque ya se ha hecho referencia anteriormente a este Reglamento de Aplicación del ASEC, es el momento de aclarar que se trata de un Acuerdo que se une al propio ASEC, firmado en la misma fecha y por las mismas organizaciones que firmaron el ASEC, y que tiene por finalidad servir de complemento a este último, en la medida que desarrolla o implementa muchas de sus previsiones; de ahí la denominación de “Reglamento”, aunque en puridad no lo sea.

procedimientos de solución autónoma de conflictos, estos procedimientos permanecerían, casi con toda seguridad, en la letra de los acuerdos que los instituyen, sin ningún tipo de realización práctica.

2. LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Antes de continuar conviene aclarar que, a partir de este momento, la referencia a los procedimientos extrajudiciales se entenderá hecha únicamente a los procedimientos de origen convencional, sin tener en consideración los procedimientos realizados en sede administrativa o la conciliación previa a la promoción del proceso ante la jurisdicción social (extrajudiciales en la medida de ser también ellos realizados al margen del ámbito judicial). El motivo de esta opción es la relativa originalidad en este punto del sistema español de solución de conflictos, en tanto que la intervención administrativa en este terreno es una solución mucho más clásica y, así, mucho más extendida.

2.1. Noción y caracteres

Conforme se ha explicado antes, no existe unanimidad en los acuerdos sobre solución autónoma de conflictos habidos en España sobre los procedimientos que pueden llevarse a efecto; en concreto, no existe tal unanimidad en relación con la consideración que merecen los procedimientos de conciliación y de mediación. Como se recordará, hay acuerdos autonómicos donde se hace de ambos procedimientos uno solo, denominado procedimiento de conciliación-mediación, y otros donde se diferencia netamente entre la conciliación y la mediación. Por último, en el ámbito estatal, el ASEC únicamente contempla la posibilidad de sometimiento al procedimiento de mediación, no así al de conciliación.

No hay, por lo demás, en los acuerdos de solución de conflictos una definición clara de lo que se entienda por procedimiento de conciliación o por procedimiento de mediación y de cuáles sean las diferencias entre uno y otro (tal es así que, como queda dicho, en la mayoría de los acuerdos se prevén ambos como si fueran un único procedimiento, lo que hace que no puedan diferenciarse entre sí). Pese a ello, en aquellos acuerdos en que se diferencian ambos procedimientos, sí se deja entrever que la conciliación se entiende como un procedimiento donde la intervención del tercero es más bien pasiva, mientras que en la mediación dicha intervención es más activa.

En efecto, en los acuerdos autonómicos donde se prevén la conciliación y la mediación como procedimientos diferenciados, el plus que tiene la mediación frente a la conciliación es que el mediador o mediadores deben realizar una propuesta para la solución del conflicto más o menos formalizada. Esto es, en la conciliación se intenta que las partes lleguen a un acuerdo por sí solas, en tanto que en la mediación se procura el acuerdo de las partes proponiéndoles una posible solución para su conflicto, que ellas pueden aceptar o rechazar. En la conciliación se ayuda a las partes a negociar entre ellas; en la mediación, en cambio, se les ofrece una posible solución que les ayude a alcanzar un acuerdo que zanje su conflicto.

Ello puede observarse igualmente en el ASEC. Dicho está que este Acuerdo no prevé la posibilidad de que las partes se sometan a un procedimiento de conciliación, con lo que no puede comprobarse qué se entiende por tal en el ámbito estatal. Sin embargo, cuando el ASEC se refiere al procedimiento de mediación, siempre deja entrever la participación acti-

va de los mediadores en la solución del conflicto. Muestra de ello es que su art. 10.1 señala de un modo expreso que la labor del órgano de mediación es procurar de manera activa solventar las diferencias que dieron lugar al conflicto; lo cual consiste, según el propio art. 10.7 del ASEC, en “formular propuestas para la solución del conflicto” que las partes pueden luego aceptar o rechazar. Así pues, también en el ámbito estatal parece tenerse la idea de que la mediación requiere una intervención más activa por parte de los mediadores, que no pueden limitarse a fomentar la negociación entre las partes en conflicto, sino que deben proponer soluciones que les permitan superar la parálisis de su propia negociación.

Sucede, no obstante, que, en la práctica, es raro que una conciliación se desarrolle sin una mínima intervención del tercero, dado que entonces éste no es más que un convidado de piedra que, en términos generales, poco o nada aporta a la propia negociación entre las partes, a salvo de su propia presencia. Lógico es que, en el intento de acercar las posiciones de las partes, el propio órgano de conciliación dé ideas sobre una posible posición intermedia o menos extrema en relación con el objeto del conflicto; esto es, que realice, aunque sea de manera informal, propuestas que las partes puedan considerar para ir avanzando en su propia negociación. A su vez, en muchas ocasiones las propuestas que realiza el órgano de mediación son fruto de una labor previa de acercamiento entre las posiciones de las partes, labor que ha sido realizada por el propio órgano de mediación; ocurre, otras veces, que las propuestas formuladas en la mediación no sirven más que de revulsivo para que dé comienzo la propia negociación entre las partes. Pues bien, en estos casos, conciliación y mediación se asemejan tanto que no puede decirse con seguridad cuando ha concluido una y ha empezado a desarrollarse la otra¹³.

2.1. Ámbitos de aplicación

2.1.1. Por razón del objeto del conflicto

El procedimiento de mediación establecido por el ASEC puede utilizarse tanto para la solución de conflictos colectivos que versan sobre la interpretación y/o aplicación de normas de origen estatal o convencional (los llamados conflictos jurídicos), como para la solución de conflictos colectivos ajenos a la interpretación y/o aplicación del derecho (los llamados conflictos de intereses). Ahora bien, en el ASEC no se adopta una noción general de conflicto colectivo, comprensiva de los conflictos jurídicos y de intereses, y se permite que cualquier conflicto que quepa dentro de esa noción pueda intentar hallar solución mediante el procedimiento de mediación. Es, más bien, al contrario. Lo que hace el ASEC es enumerar una serie de conflictos que pueden ser sometidos por las partes al procedimiento de mediación previsto en el propio Acuerdo. Ocurre, sin embargo, que en la lista de conflictos establecida por el ASEC podemos hallar conflictos jurídicos y conflictos de intereses; aunque debe destacarse que el ASEC no diferencia entre uno y otro tipo de conflictos, sino que simplemente los enumera como posible objeto de una procedimiento de mediación.

¹³ El propio ASEC, pese a tener una noción de la mediación en la que se exige una intervención activa de los mediadores formulando propuestas, dice también –y la cita es textual– que el órgano de mediación “intentará la avenencia de las partes, moderando el debate y concediendo a las partes cuantas intervenciones considere oportunas” (art. 15.3 del RASEC). Ello remite más a una labor de ayuda o asistencia a la propia negociación de las partes, más propia de la conciliación que de la mediación.

En particular, y de conformidad con el art. 4 del ASEC, los conflictos que pueden recaer en el procedimiento de mediación son: a) los motivados por la interpretación de normas estatales o de origen convencional¹⁴; b) los que puedan surgir durante un proceso de negociación colectiva que produzcan una parálisis del mismo; c) aquéllos que den lugar a la convocatoria de una huelga o se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento que deba haber durante su transcurso; y d) los que se deriven de discrepancias surgidas en el periodo de consultas previo a la adopción de decisiones empresariales de carácter colectivo, tales como la modificación de condiciones de trabajo, el traslado de trabajadores, la suspensión de las relaciones laborales o los propios despidos.

2.2.2. Por razón de la naturaleza del empleador

A pesar de que en alguna comunidad autónoma es posible someter al procedimiento de mediación (o, en su caso, de conciliación) conflictos en que sea parte una administración pública, se trata de una experiencia que está aún en estado embrionario en España. Ahora, donde se está dando, suele venir reducida al ámbito de la administración local y a supuestos en que la misma actúa como empleador privado, esto es, en el ámbito de las relaciones de trabajo y no en el de la función pública¹⁵.

Con todo, la regla general es la aplicación de los procedimientos autónomos de solución de conflictos y, así, del procedimiento de mediación únicamente en relación con las empresas privadas y no, por tanto, en relación con las administraciones públicas. Tal es, por lo demás, la previsión contenida en el ASEC. En efecto, en el art. 1º de este Acuerdo se ordena de manera expresa la exclusión del ámbito de aplicación del mismo y, en consecuencia, la no aplicación del procedimiento de mediación a “conflictos en que sea parte el Estado, [las] Comunidades Autónomas, [las] entidades locales [o los] organismos autónomos dependientes de los mismos”. De este modo, toda administración pública y en relación con todo tipo de relación jurídica, esto es, también cuando actúa como empleador privado, queda al margen del procedimiento de mediación.

2.2.3. En razón del territorio u otro criterio

El hecho de que en España haya sistemas de solución autónoma de conflictos pactados en el ámbito de las comunidades autónomas y un sistema pactado en el ámbito estatal ha obligado a ordenar de alguna manera las competencias que pueden asumir unos y otros sistemas en materia de solución de conflictos. Pues bien, el criterio utilizado ha sido, la mayor parte de las veces, el del ámbito territorial del conflicto.

De esta forma, el procedimiento de mediación previsto en el ASEC no puede ser aplicado más que en relación con conflictos que tengan una dimensión estatal. Así se dispone por parte del art. 4.2 de este Acuerdo, el cual prevé la aplicación del procedimiento de mediación solamente en dos casos: a) cuando el conflicto afecte a un sector o subsector de actividad que exceda del ámbito de una comunidad autónoma; y b) cuando el conflicto afecte a

¹⁴ Este último es también el supuesto en el que la comisión paritaria del convenio o acuerdo colectivo de que se trate puede solicitar ella misma la apertura del procedimiento de mediación; en razón de ello, no se considera un tipo específico de conflicto.

¹⁵ Ello sucede, por ejemplo, en Cantabria, Comunidad donde está previsto que los ayuntamientos puedan suscribir un “convenio” por el cual se sometan a los procedimientos del Orecla en relación con los conflictos habidos entre ellos y su personal laboral.

centros de trabajo de una misma empresa que estén situados en el territorio de dos o más comunidades autónomas. En resumen, el procedimiento de mediación del ASEC puede aplicarse en relación con conflictos de sector o de empresa, pero siempre que, en uno u otro caso, el conflicto rebase el territorio de una comunidad autónoma. Ello es así para no invadir las competencias de los organismos de solución de conflictos creados en el ámbito de las comunidades autónomas y que, por lo común, pueden intervenir en conflictos de sector o de empresa que no rebasan el territorio de la comunidad autónoma de que sea trate¹⁶.

Resta, por último, hacer referencia a los conflictos que pueden someterse al procedimiento de mediación desde la perspectiva de los sujetos afectados por los mismos. En principio, todos los acuerdos de solución autónoma de conflictos prevén que puedan someterse al procedimiento de mediación los conflictos colectivos, esto es, aquéllos que afectan a un colectivo de trabajadores (no se suele especificar que ello deba ser de manera genérica, con lo que, en principio, cabe también su aplicación a los llamados conflictos plurales). Ello sucede también al respecto del ASEC. Es más, este Acuerdo únicamente puede aplicarse a los conflictos colectivos y no a los conflictos individuales, por venir tal supuesto expresamente excluido en su art. 4.3, el cual declara de modo tajante que “el presente Acuerdo no incluye la solución de los conflictos individuales”. En el sistema estatal de solución de conflictos no es posible, así pues, utilizar el procedimiento de mediación para la solución de conflictos individuales, siendo su exclusivo objeto los conflictos colectivos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito de las comunidades autónomas. En muchas de ellas¹⁷ hace ya tiempo que se vienen aplicando los procedimientos de solución autónoma de conflictos contenidos en los respectivos acuerdos a los conflictos individuales; lo cual hace que, en algunas comunidades autónomas, el procedimiento de mediación sea de aplicación indistinta a conflictos colectivos y a conflictos de carácter individual. Ahora bien, debe subrayarse que, cuando ello sucede, los procedimientos de mediación no se aplican más que a determinado tipo de conflictos individuales, no habiéndose producido, por el momento, una total asunción de la conflictividad individual por parte de los organismos encargados de los procedimientos autónomos, sino, más bien, al contrario, una asunción muy selectiva de conflictos individuales.

2.3. Procedimiento

2.3.1. Órganos intervinientes

En el ASEC se prevé que las funciones de mediación pueden ser realizadas, en primer término, por la comisión paritaria del convenio o acuerdo colectivo cuya interpretación y/o aplicación ha dado lugar al conflicto. Es ésta una posibilidad contemplada en el art. 8.2 del RASEC y que requiere, para poder llevarse a efecto, del concurso de dos condiciones: la pri-

¹⁶ En alguna comunidad autónoma pueden someterse al procedimiento de mediación conflictos cuyo ámbito territorial exceda de la propia comunidad autónoma, siempre que las partes acuerden someterse al organismo de solución de conflictos de dicha comunidad. Es el caso, por ejemplo, de las Islas Baleares, donde el Tamib puede, en efecto, tramitar mediaciones en relación con conflictos de ámbito superior al de la comunidad autónoma balear en caso de que las partes se sometan a este organismo.

¹⁷ Siempre se pone el ejemplo de Navarra, que fue pionera en este terreno; pero también están ya dando pasos en este camino de los conflictos individuales La Rioja, la Comunidad Autónoma de Madrid o la de Castilla-La Mancha.

mera que se trate de un conflicto motivado por la interpretación y/o aplicación de un convenio o acuerdo colectivo; la segunda, que dicho convenio o acuerdo colectivo atribuya a su comisión paritaria la realización de las funciones de mediación.

No obstante, por regla general la mediación se realiza por mediadores. En relación con ellos cabe subrayar lo siguiente:

- * existe una lista de mediadores a disposición de las partes en conflicto; lista que es aprobada por el patronato que rige el SIMA (art. 10.5 del ASEC) y que integra mediadores propuestos por las organizaciones que firmaron este Acuerdo (art. 11.2 del RASEC). De ordinario, estos mediadores son profesionales dedicados a materias que guardan relación con las relaciones de trabajo (profesores de Derecho del Trabajo, inspectores de trabajo, abogados o economistas); alguna vez, sin embargo, se incluyen en la lista personas dedicadas a la actividad sindical o a la actividad en defensa de los intereses empresariales¹⁸.
- * Lo habitual es que los mediadores que intervienen en el conflicto estén comprendidos en la lista de mediadores del SIMA (art. 10.5 del ASEC); no obstante, de manera excepcional se permite que las partes designen de común acuerdo un mediador no incluido en la misma (art. 11.2 del RASEC). En todo caso, esto es, aunque no se hallen en la lista de mediadores del SIMA, los mediadores son retribuidos por este organismo y no por las partes en conflicto.
- * La designación del mediador se realiza, en principio, por las partes en conflicto, aunque también es posible que el SIMA designe el mediador en caso de que las partes no procedan a ello. Por lo común, cada una de las partes en conflicto designa un mediador, de modo que son dos los mediadores que intervienen en el procedimiento; ahora bien, también es posible que las partes acuerden la designación por su parte o por parte del SIMA de un único mediador (art. 10.4 del ASEC).
- * Los mediadores están sometidos a causas de incompatibilidad que impiden su intervención en un determinado procedimiento. En general, se trata de causas que tratan de asegurar que el mediador o mediadores sean en todo caso “ajenos al conflicto concreto en que actúan sin que puedan concurrir intereses personales o profesionales directos susceptibles de alterar o condicionar su actividad mediadora” (art. 11.7 del RASEC).

2.3.2. *Iniciación de la mediación*

En relación con el procedimiento de mediación no existe en el ASEC una previsión general acerca de cuáles son los sujetos que pueden solicitar su tramitación. La regla es, más bien, la contraria, esto es, en función del tipo de conflicto que pretenda someterse al procedimiento de mediación, los sujetos legitimados para solicitar su apertura serán unos u otros. Ello puede comprobarse en el art. 13 del RASEC, donde se van enumerando los conflictos que pueden ser objeto de mediación y, en relación con cada uno de ellos, los sujetos que pueden solicitar la iniciación del procedimiento.

Pues bien, en términos generales puede decirse que los sujetos que pueden solicitar la mediación son los mismos que pueden “actuar” en el conflicto de que se trate. De este modo,

¹⁸ En el ámbito de las comunidades autónomas lo habitual es esto último, es decir, que los mediadores sean personas que pertenecen a los sindicatos o asociaciones empresariales, ya que la mediación se concibe, más que como la intervención de un tercero ajeno por completo al conflicto, como una labor de composición por las propias partes implicadas en el conflicto.

en el caso de que el conflicto verse sobre la interpretación y/o aplicación de una norma previa, los sujetos legitimados para solicitar la mediación son los que puedan iniciar el proceso de conflictos colectivos en sede judicial; en caso de que el conflicto esté motivado por la parálisis en un proceso de negociación colectiva, los sujetos legitimados para solicitar la mediación son los que, a su vez, estén legitimados para intervenir en dicho proceso de negociación; en caso de que el conflicto motive la convocatoria de una huelga, los sujetos legitimados para solicitar la mediación son justamente los que pueden convocar la huelga; y así sucesivamente.

Al respecto de los plazos en que deba desarrollarse en procedimiento de mediación deben hacerse dos observaciones. La primera es en relación con el plazo en que debe solicitarse la mediación. En principio, no hay un plazo para solicitar la apertura de este procedimiento, pudiendo las partes hacerlo cuando lo estimen conveniente. Sin embargo, en determinado tipo de conflictos, el ASEC ha establecido ciertas exigencias al respecto de los plazos en que puede solicitarse la iniciación de la mediación. Así, en caso de que el conflicto tenga su origen en la parálisis de un proceso de negociación colectiva, es necesario que hayan transcurrido al menos cinco meses desde la constitución de la “mesa” o comisión negociadora (art. 5.1.b) del RASEC), aunque, como se recordará, no se necesita esperar este tiempo si ambas partes están de acuerdo en someterse al procedimiento de mediación. Por su parte, en caso de que el conflicto vaya a motivar la convocatoria de una huelga, el procedimiento de mediación debe iniciarse, al menos, con setenta y dos horas de antelación a la convocatoria de la misma; igualmente, en caso de que el conflicto verse sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento a observar durante la huelga, el procedimiento de mediación debe iniciarse en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su convocatoria (art. 15.2 del RASEC).

Sí se ha previsto, sin embargo, por parte del ASEC el plazo que debe durar el procedimiento de mediación. En términos generales, este plazo es de diez días (art. 15.1 del RASEC), aunque cabe realizar alguna matización al respecto. En primer lugar, en determinado tipo de conflictos se prevé una duración más corta para el transcurso del procedimiento de mediación. Es el caso de los conflictos que motivan la convocatoria de una huelga o de aquéllos que originan la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento, en los cuales la duración de la mediación no va más allá, en principio, de setenta y dos horas (art. 15.2 del RASEC). Ello es así necesariamente en relación con este último conflicto por la proximidad de la realización de la huelga y la necesidad de que dichos servicios estén fijados cuando la misma comience. Sin embargo, en el supuesto de los conflictos que dan lugar a la convocatoria de una huelga, el plazo de setenta y dos horas establecido con carácter general puede prorrogarse en caso de que las partes estén de acuerdo en ello (art. 15.2 del RASEC). Ésta es, por lo demás, la práctica habitual en relación con el plazo general de los diez días, que, aunque el ASEC no diga nada al respecto, puede igualmente prolongarse si las partes prefieren continuar con la mediación aun transcurrido el mismo¹⁹.

¹⁹ En mi opinión, no se produce una alteración del tiempo que dura el procedimiento de mediación en los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en un periodo de consultas, aun cuando el art. 10.3 del ASEC disponga que la tramitación del procedimiento de mediación no puede suponer en estos casos una ampliación de los plazos que debe durar el propio periodo de consultas. Debe recordarse que, según lo previsto en el art. 51.4 del ET, dichos plazos tienen un carácter mínimo, con lo que pueden dilatarse hasta cubrir la totalidad del plazo previsto para el procedimiento de mediación.

En relación con las formalidades que deben cumplirse al objeto de iniciar el procedimiento de mediación, el art. 14 del RASEC dispone la necesidad de presentar un escrito en dicho sentido ante el SIMA. En este escrito deben constar los datos que permitan identificar claramente el conflicto. Deben, así, detallarse quiénes son las partes implicadas y/o afectadas por el conflicto, el ámbito funcional y/o territorial que comprende y cuáles son las razones que han hecho surgir el mismo. Además de ello, puede designarse un mediador o solicitar que sea el SIMA el que realice la designación.

2.3.3. Desarrollo de la mediación

Una vez solicitada la apertura de la mediación, debe comprobarse por parte del SIMA si se ha operado o no con carácter previo la intervención de la comisión paritaria del convenio o acuerdo colectivo de que se trate. Es éste un requisito que únicamente debe cumplirse en caso de que el conflicto verse sobre la interpretación y/o aplicación de normas de origen convencional, pero debe tenerse en cuenta que se trata de un requisito cuya falta produce la imposibilidad de que, en este tipo de conflictos, pueda seguirse adelante con el procedimiento de mediación (art. 8 del ASEC). Lo cual pone de manifiesto que las organizaciones sindicales y empresariales que firmaron el ASEC entienden que el sujeto que mejor puede interpretar un convenio o acuerdo colectivo es quien en su día suscribió el mismo, siendo, en consecuencia, secundario o de segundo orden cualquier otro procedimiento en que se pretenda realizar esa misma función, incluido el procedimiento de mediación.

Comprobada la intervención de la comisión paritaria en los casos en que ella corresponde, se inicia propiamente la mediación. Debe subrayarse, antes de nada, que se trata de un procedimiento que, de conformidad con el art. 10.2 del ASEC, “no esta[rá] sujeto a ninguna tramitación preestablecida”, desarrollándose, por tanto, “según los trámites que el órgano de mediación considere apropiados” (art. 15.3 del RASEC). Aun así, lo habitual es que se cite a las partes a una o varias comparecencias, en las que el mediador o mediadores intentarán la avenencia entre ellas, moderado su debate y permitiendo a cada una cuantas intervenciones consideren precisas (art. 15.3 del RASEC). A continuación (aunque nada impide que ello se vaya haciendo de manera informal en el transcurso de la propia comparecencia) el mediador o mediadores deberán formular propuestas para la solución del conflicto, que las partes podrán aceptar o rechazar con entera libertad, en cuyo caso se tendrán por no hechas (art. 17.1 y 2 del RASEC). Entre las propuestas que puede hacer el órgano de mediación está también el sometimiento del conflicto a un arbitraje, con el fin, justamente, de potenciar el empleo de este procedimiento.

Para una mejor realización de sus funciones, los mediadores pueden, en fin, recabar cuanta información consideren necesaria, garantizando, no obstante, la confidencialidad de la misma (art. 15.3 del RASEC)²⁰.

Por su parte, los sujetos implicados en la mediación deberán abstenerse de adoptar cualquier otra medida encaminada a la solución del conflicto (art. 10.6 del ASEC). En particular, y según detalla el art. 16.1 del RASEC, la iniciación del procedimiento de mediación

²⁰ En algunas comunidades autónomas, Cataluña entre ellas, el órgano de mediación puede solicitar el asesoramiento de peritos en la materia objeto de conflicto en algunos de los procedimientos, siendo de cuenta del TLC el pago de sus honorarios.

impedirá, en relación con el objeto sobre el que el mismo versa, “las convocatorias de huelgas y la adopción de medidas de cierre patronal, así como el ejercicio de acciones judiciales o administrativas, o cualquier otra dirigida a la solución del conflicto”. Ahora bien, está extendida la interpretación de que la prohibición de adoptar medidas de conflicto durante la tramitación del procedimiento de mediación únicamente afecta a los sujetos que están tomando parte en el mismo, no así a los sujetos que, por cualquier razón, hayan decidido no participar en su desarrollo, los cuales, aun pudiéndose ver luego afectados por el acuerdo habido en la mediación, son libres para adoptar las medidas de conflicto que consideren oportunas durante su transcurso.

2.3.4. Finalización de la mediación

La mediación puede concluir sin efecto, en caso de que no acuda a la comparecencia la parte frente a la que se dirige el procedimiento, o puede ser archivada, en el supuesto de que, por el motivo que sea, la parte que solicitó su tramitación sea la que no comparezca²¹. Ahora bien, la regla general es que la mediación concluye con el acuerdo habido entre las partes o, por el contrario, cuando las partes no logran ponerse de acuerdo por medio de ella. Empezando por esto último, cabe señalar que, en caso de desacuerdo, el mediador o mediadores levantarán un acta en la que harán constar, además del propio hecho del desacuerdo entre las partes, las propuestas para la solución del conflicto realizadas por ellos y las razones aducidas por las partes para rechazarlas (art. 17.4 del RASEC). A partir de ese momento, habrá entera libertad para adoptar medidas de conflicto, incluida, naturalmente, la huelga.

En el supuesto de que el procedimiento de mediación concluya de forma exitosa, el acuerdo entre las partes será formalizado por escrito en acta levantada al efecto (art. 17.3 del RASEC) y tendrá la misma eficacia que tenga un convenio colectivo firmado por ellas (arts. 91 del ET, 9 y 10.7 del ASEC y 17.3 del RASEC). Ello significa lo siguiente. En caso de que las partes que suscriban el acuerdo adoptado en el procedimiento de mediación sean las legitimadas para negociar un convenio colectivo, de conformidad con las reglas previstas por el ET, el acuerdo suscrito por ellas en el procedimiento de mediación tendrá la misma eficacia que un convenio colectivo “estatutario”, esto es, tendrá eficacia general y eficacia normativa. Como se sabe, ello significa que el acuerdo se aplicará a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación, con independencia de su afiliación o no a las organizaciones que han firmado el mismo, y que ello se hará de manera directa e imperativa, como si se tratara de una norma de origen estatal.

Por el contrario, en caso de que el acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación haya sido firmado por sujetos que, de conformidad con las reglas previstas en el ET, no tienen la legitimación suficiente, su eficacia será la misma que la de un convenio colectivo “extraestatutario”, esto es, tendrá eficacia limitada y eficacia real. Lo cual significa que el

²¹ Ambas formas de terminación del procedimiento de mediación no están previstas ni en el ASEC ni en el RASEC; se contienen, sin embargo, en el art. 20 de las Normas de Funcionamiento del SIMA. El motivo de que se hayan dispuesto estas otras formas de terminación de la mediación ha sido el de dar alguna cobertura a situaciones que se producen en la práctica y que no están contempladas dentro de dichos Acuerdos. Ello ha sido así, sobre todo, en relación con la terminación sin efecto, necesaria para poder entender abierta la posibilidad de promoción del proceso de conflictos colectivos en sede judicial, que no puede realizarse si no se ha cubierto, aunque sea de este modo anómalo, el trámite de la mediación.

acuerdo adoptado en mediación se aplicará únicamente a los trabajadores y empresarios pertenecientes a las organizaciones que lo han firmado, aunque ello se haga igualmente de manera directa e imperativa.

En consonancia con la consideración del acuerdo adoptado en mediación como si fuera un convenio colectivo (en realidad lo es propiamente), la tramitación que se realiza a continuación es idéntica a la que se realiza en relación con el convenio colectivo (art. 91 del ET). Así, en caso de que se trate de un acuerdo adoptado por quienes vienen legitimados para negociar por las normas contenidas en el ET, el mismo será objeto de depósito y registro y publicación oficial por parte de la autoridad laboral (art. 17.3 del RASEC)²². En cambio, ello no sucederá cuando el acuerdo adoptado en mediación haya sido suscrito por quienes no cumplen los requisitos de legitimación para negociar dispuestos por el ET, en cuyo caso el mismo permanecerá en poder de las partes.

Consecuencia de la consideración del acuerdo adoptado en mediación como si de un convenio colectivo se tratase es también la forma en que puede procederse a su impugnación. En este sentido, el art. 91 del ET dispone que la impugnación de estos acuerdos debe hacerse del modo en que se realiza la impugnación de los convenios colectivos y que es, a la sazón, la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos prevista en los arts. 161 a 164 de la LPL²³. No hace, creo, al caso detallar cuáles sean los trámites seguidos en esta modalidad procesal, pero sí me parece de interés destacar, de una parte, que la impugnación únicamente puede ser realizada por un sujeto colectivo (art. 163.1 de la LPL) y, de otra, que los motivos por los cuales se puede impugnar un convenio colectivo y, así, un acuerdo adoptado en mediación son la ilegalidad o la lesión de intereses de terceros (art. 161.1 de la LPL).

Por último, quizá no esté de más señalar que la eficacia del acuerdo adoptado en mediación queda de alguna forma apuntalada por el art. 10.7 del ASEC, el cual señala que la eficacia de los acuerdos adoptados en mediación será, asimismo, idéntica a la que tienen los acuerdos adoptados en el trámite de conciliación previa a la promoción del proceso en sede judicial. Estos últimos gozan, según lo dispuesto por el art. 68 de la LPL, al que se remite el propio art. 10.7 del ASEC, de fuerza ejecutiva entre las partes y pueden, por ello, llevarse a efecto en el modo en que se ejecutan las sentencias dictadas por los órganos judiciales. Bien, ello es, como se dice, una forma de apuntalar la eficacia de los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación, que tiene, no obstante, plena razón de ser por el hecho de que, en algunos conflictos, la mediación viene a sustituir el trámite de conciliación previa al proceso en sede judicial (arts. 6 del ASEC y 16.2 del RASEC). Sin embargo, precisamente por ello, esta eficacia únicamente puede predicarse de los acuerdos adoptados en procedi-

²² Hay veces en que el contenido del acuerdo adoptado en mediación no es susceptible de publicación oficial, por no ser propiamente de carácter normativo. En estos supuesto, viene aceptándose que, aun estando suscrito por los sujetos legitimados para negociar de conformidad con las reglas del ET, el acuerdo no tiene por qué publicarse, aunque quede depositado y registrado por parte de la autoridad laboral. Su publicación o no es, por tanto, una cuestión que depende del contenido que tenga el acuerdo.

²³ Debe advertirse a este respecto que ello es claramente disfuncional en el caso de los acuerdos adoptados en mediación en relación con conflictos derivados de discrepancias surgidas en periodos de consultas y que, de conformidad con el art. 85.1 del ET, pueden igualmente impugnarse por el cauce procesal de la impugnación de los convenios colectivos. Aquí la solución debiera ser otra; en efecto, estos acuerdos debieran poder impugnarse de la misma forma en que se impugnan los propios acuerdos adoptados en periodo de consultas.

mientos de mediación que se hayan seguido en relación con conflictos que fueran susceptibles de someterse al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, ya que únicamente con respecto a ellos la mediación sustituye el trámite de conciliación previa al juicio.

3. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO

3.1. Valoración práctica: algunos indicadores estadísticos

Antes de comenzar, conviene advertir que únicamente se utilizan cifras al respecto de los procedimientos tramitados por el SIMA en el marco del ASEC. Y ello por dos razones. La primera de ellas es la excesiva complejidad de un recuento que tuviera en consideración todos los organismos de solución autónoma de conflictos, dado su número (son diecisiete organismos en total) y su dispersión territorial. La segunda es la posible falta de homogeneidad en las cifras. En efecto, páginas atrás se indicaba que los organismos encargados de la tramitación de los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito de las comunidades autónomas habían comenzado a admitir conflictos individuales, lo cual hace que éstos queden igualmente reflejados en sus estadísticas. Ello, el hecho de que se computen los conflictos individuales junto con los conflictos colectivos, puede distorsionar la imagen que se tenga del empleo de los procedimientos autónomos, ya que no cabe duda de que la conflictividad individual es mucho mayor en número que la conflictividad colectiva. Motivo éste por el que podría parecer que el empleo de los procedimientos autónomos en mucho mayor de lo que en realidad es al respecto de los conflictos colectivos. Lo cual aconseja centrar el análisis en el sistema que únicamente acoge esta clase de conflictos.

Pues bien, en los últimos cuatro años de funcionamiento del SIMA, los resultados son los siguientes²⁴:

AÑO 1999

NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS.....	97
NÚMERO DE MEDIACIONES.....	94
NÚMERO DE ARBITRAJES.....	3
NÚMERO DE ACUERDOS ALCANZADOS.....	30

AÑO 2000

NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS.....	113
NÚMERO DE MEDIACIONES.....	108
NÚMERO DE ARBITRAJES.....	5
NÚMERO DE ACUERDOS ALCANZADOS.....	24

AÑO 2001

NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS.....	125
NÚMERO DE MEDIACIONES.....	125
NÚMERO DE ARBITRAJES.....	0
NÚMERO DE ACUERDOS ALCANZADOS.....	29

²⁴ Se trata de datos proporcionados por el propio SIMA.

AÑO 2002

NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS.....	153
NÚMERO DE MEDIACIONES.....	149
NÚMERO DE ARBITRAJES.....	4
NÚMERO DE ACUERDOS ALCANZADOS.....	41

En vista de estos resultados, creo que pueden realizarse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se observa un ligero incremento en el número de procedimientos tramitados por el SIMA cada año, lo que puede ser indicativo de que, con el paso del tiempo, se va afianzando el empleo de los procedimientos de solución de conflictos de carácter autónomo por parte de los agentes sociales, aunque ello se haga de manera paulatina, ya que el incremento en el número de procedimientos no es, desde luego, espectacular. En efecto, el incremento habido entre los años 1999 y 2000 es poco más del 16% y poco menos del 11% el incremento habido entre los años 2000 y 2001; sin embargo, entre los años 2001 y 2002, el incremento de procedimientos en términos porcentuales ha sido de algo más del 22%. Aun así, creo que merece ser destacado este incremento del número de procedimientos, dado que indica, efectivamente, que la utilización de estos procedimientos va afianzándose y no al contrario.

Un segundo dato de interés es el absoluto predominio del procedimiento de mediación sobre el procedimiento de arbitraje; o dicho a la inversa, la escasísima utilización del procedimiento de arbitraje frente al procedimiento de mediación. En este sentido, los datos son bien elocuentes. En el año 1999, casi el 97% de los procedimientos tramitados por el SIMA fueron procedimientos de mediación y sólo poco más del 3% de los procedimientos fueron de arbitraje. Cifras semejantes pueden observarse con respecto al año 2000. En este año, algo más del 95% de los procedimientos tramitados por el SIMA fueron procedimientos de mediación y poco menos del 5% fueron procedimientos de arbitraje. En el año 2001, las cifras son absolutamente elocuentes: el 100% de los procedimientos tramitados por el SIMA fueron procedimientos de mediación, ya que no hubo ni un solo procedimiento de arbitraje. En 2003, se da, en cambio, una ligera recuperación del número de arbitrajes, pero, como digo, sólo ligera, pues más del 97% de los procedimientos tramitados por el SIMA fueron de mediación, no llegando al 3% los procedimientos de arbitraje tramitados por este Organismo.

La tercera conclusión que puede extraerse es el bajo índice de acuerdos que se logran en el procedimiento de mediación. Casi el 32% de los procedimientos tramitados por el SIMA en el año 1999 fueron finalizados de manera exitosa, lo cual significa que el 68% de los procedimientos de mediación concluyeron sin resultado positivo, esto es, más de dos tercios de los procedimientos fueron fallidos. Pero las cifras son aun peores en los años 2000, 2001 y 2002. En el primero, únicamente el 23% de los procedimientos tramitados por el SIMA concluyeron con acuerdo entre las partes; en el segundo, la cifra es similar, ya que poco más del 23% de los procedimientos de mediación terminaron con acuerdo de las partes; y en el tercero, el porcentaje de acuerdos sube ligeramente, pero no llega a alcanzar el 27%. Es decir, en los tres últimos años la cifra de acuerdos no alcanza ni siquiera el 30% de los procedimientos de mediación.

3.2. Valoración crítica (problemas de implantación y desarrollo)

Las anteriores consideraciones no debieran, sin embargo, llevar a la conclusión de que la implantación de los procedimientos autónomos de solución de conflictos está teniendo un saldo negativo en España. Es cierto que las estadísticas no arrojan unos resultados que puedan considerarse excelentes, ni siquiera buenos, pero debe tenerse en cuenta lo siguiente. En el establecimiento de los procedimientos autónomos, en España no se partía de cero, sino, por expresarlo de algún modo, de menos diez. Ello quiere decir que ha sido mucho el tiempo durante el cual la solución de los conflictos entre trabajadores y empresarios ha estado en manos de terceros, la administración y la judicatura, y que, lógicamente, estos métodos han arraigado fuertemente en la cultura de los agentes sociales. Por este motivo, la instauración de los procedimientos de solución de conflictos gestionados por ellos mismos debe comenzar salvando la cultura de la intervención de terceros en el conflicto y sólo después de ello comenzar a afianzarse como fórmulas idóneas para la solución de la conflictividad laboral. Pues bien, se estará de acuerdo que es éste un camino que requiere “su” tiempo; un camino que no puede transitarse de la noche a la mañana y por el mero hecho de que las organizaciones sindicales y empresariales hayan suscrito un acuerdo al respecto.

Es teniendo en cuenta lo anterior cómo puede entenderse mejor que, pese a las estadísticas, yo considere que el establecimiento de los procedimientos autónomos en España arroja un resultado positivo. El hecho de que empiece a normalizarse su empleo es, sin duda, un importante logro, si se considera cuanto se acaba de decir y, además de ello, el desconocimiento que en un principio se tiene sobre fórmulas de solución de conflictos recién instauradas y la incertidumbre que provoca la utilización de las mismas, justamente, por su novedad. Aun así, las estadísticas muestran cómo el número de procedimientos tramitados por el SIMA en los últimos tres años se mantiene e, incluso, va poco a poco en aumento, lo cual es signo de que poco a poco va considerándose “normal” su empleo en la solución de la conflictividad laboral.

No obstante, no puede dejar de reconocerse la evidencia en relación con las dos “fallas” del sistema: la primera, el escaso número de arbitrajes; la segunda, el escaso número de acuerdos habidos en el procedimiento de mediación. Pues bien, dado que este trabajo se centra en la mediación, conviene detenerse en las razones que pueden estar detrás de este hecho.

3.2.1. *El escaso número de acuerdos en el procedimiento de mediación*

Por lo que se refiere al déficit de acuerdos en el procedimiento de mediación, debe aclararse, antes de nada, que las causas que se relatan a continuación se han deducido de la experiencia acumulada durante los tres años que fui Responsable del Área Jurídica del SIMA, advirtiéndose, además, que, como puras abstracciones que son, puedo, naturalmente, haber incurrido en cierto margen de error, debido, fundamentalmente, a que la apreciación de lo acontecido entonces no deja de ser en alguna medida subjetiva.

Dicho lo anterior, se empieza por dar cuenta de algunas razones de la falta de acuerdo en los procedimientos de mediación que guardan relación con la labor de los mediadores. En el SIMA ha habido, en efecto, ocasiones en que el mediador se ha sentido de alguna manera “obligado” a defender los intereses de la parte que lo ha designado como mediador, por el propio hecho de haberlo designado como tal. Se trata de situaciones en que el mediador

cree que la designación responde a una confianza de la parte que él puede defraudar si luego, en el momento de la mediación, no defiende sus intereses. Ello hace que el mediador, en vez de intentar solucionar el conflicto, acercando las posturas encontradas de las partes, tome partido por la posición que mantiene la parte que lo ha designado, con lo que no “trabaja” para hallar la solución del conflicto, sino para argumentar que la posición de la parte que lo ha designado a él –“su” parte– es la correcta y, por ello, que no puede cederse ni un mínimo en la misma.

Una segunda conducta a destacar es la del mediador que es incluido en la lista de mediadores por la correspondiente organización sindical o empresarial y realiza la mediación en un procedimiento en que se intenta dar solución al conflicto habido en una empresa donde los representantes de los trabajadores o el empresario pertenecen a dicha organización (a la sindical los primeros, a la empresarial el segundo). En estos casos, es frecuente observar que el mediador se siente “obligado” a defender los intereses de la parte –ya sea la representación de los trabajadores, ya la empresa– para que, de este modo, esa parte se sienta “protegida” por “su” organización. Son situaciones en que el mediador (que pertenece, por lo común, a la organización que lo ha incluido como tal en la lista) tiene la idea de que, si se separa de la posición que mantiene la parte en conflicto que está dentro de su organización, puede verse como una especie de “traición”, en el sentido de que, en vez de defender los intereses de los que pertenecen a la organización, ampara de algún modo los intereses de los adversarios. Esta es la razón por la que estos mediadores no suelen hacer propuestas y se limitan a señalar que la postura que mantienen los que pertenecen a su organización es la correcta y, en consecuencia, no puede haber acuerdo si no es sobre la base de esa misma postura. Con ello, obviamente, no se solventa el conflicto, pero se aparece ante la parte en conflicto como aquél que está llamado a defenderla en representación de la organización a la que pertenece, quedando fortalecida, así, la propia organización.

A ello debe unirse la inexperiencia de algunos mediadores, expertos, sin duda, en el trabajo que realizan a diario, pero con falta de conocimiento sobre cuál es su cometido como mediador en un conflicto. Es indudable que la realización de la función de mediador requiere, además de cierto talante, una capacitación “profesional” que no siempre se tiene. Y es que no puede olvidarse que algunos de los mediadores que integran la lista del SIMA son profesionales con un alto nivel de cualificación, pero no han realizado antes la tarea de mediador, de manera que desconocen, porque no la han practicado nunca, cuál pueda ser la técnica a emplear para que las partes solucionen su conflicto. Hay ocasiones, así pues, que el procedimiento de mediación fracasa porque el mediador no sabe cómo hacer frente a la negativa de las partes a considerar, incluso, la posibilidad de poder intentar solucionar su conflicto a través de la mediación.

Por último, no han faltado ocasiones –si bien es cierto que han sido pocas– en que la falta de acuerdo en el procedimiento de mediación puede haberse debido a que el mediador ha preferido que la solución del conflicto se pospusiera a efectos de que las partes siguieran negociando fuera del SIMA, aunque “asistidas” por él mismo. Son las veces –escasas– en que el mediador ha “sacado”, literalmente, la solución del conflicto del SIMA, intentando que se continuara con la negociación en el ámbito de la empresa o el sector de que se trate con su propia colaboración.

Otro de los motivos a tener en cuenta, cuando se evalúan los factores de la falta de acuerdo en los procedimientos de mediación, es el trámite previo de conocimiento por parte de la comisión paritaria. No cabe duda de que nadie puede interpretar mejor una norma que quien

la negoció y, por ello, que nadie puede interpretar mejor una cláusula de un convenio, acuerdo o pacto colectivo que la comisión paritaria del mismo, siendo, como es, la representación de las partes que lo negociaron. Pero esta “cara” absolutamente positiva de la intervención previa de la comisión paritaria en los conflictos surgidos por la interpretación y/o aplicación de una norma de origen convencional, tiene una “cruz” o anverso negativo. En el trámite previo de conocimiento y discusión del conflicto por parte de la comisión paritaria se han puesto ya de manifiesto las posturas de las partes y se ha intentado ya llegar a un acuerdo. Pues bien, si tras estas negociaciones en la comisión paritaria el logro del acuerdo entre las partes no ha sido posible, es muy difícil que luego en el trámite de la mediación sí lo sea. Lo habitual es que, estando ya muy decantadas las posiciones de las partes a consecuencia de las discusiones en el seno de la comisión paritaria, el sometimiento a la mediación se convierta en un mero trámite (en el que se repiten los argumentos para la falta de acuerdo que ya se esgrimieron en el seno de la propia comisión paritaria) antes de promover la demanda por conflicto colectivo en sede judicial.

Ha de tenerse en cuenta, además, que estadísticamente, el mayor número de los conflictos que tratan de solucionarse a través de los procedimientos tramitados por el SIMA se corresponde con los motivados por la interpretación y/o aplicación de convenios, acuerdos o pactos colectivos y, por tanto, con aquéllos en que es necesaria la intervención previa de la comisión paritaria. Ello hace que el factor que se está analizando tenga un efecto multiplicador sobre el número de desacuerdos con que concluyen los procedimientos de mediación en este organismo, que guarda, en efecto, relación con el hecho de que, en muchos de estos procedimientos, el resultado viene ya “marcado” por la falta de acuerdo habida antes en la comisión paritaria.

El tercero de los factores o motivos de la falta de acuerdo en el procedimiento de mediación es la actitud o conducta de las propias partes en conflicto. Ya antes se ha hecho mención de la relativa novedad de los procedimientos de solución de la conflictividad laboral que contiene el ASEC y tramita el SIMA y, por tanto, la falta de costumbre de los agentes sociales en lo que a la utilización de estos procedimientos se refiere. Es verdad que la novedad y la falta de costumbre irán paulatinamente desapareciendo, a medida, efectivamente, de que vayan consolidándose y arraigando en el sistema de relaciones laborales los procedimientos autónomos de solución de conflictos. Pero, entre tanto, algunos de los “usuarios” del SIMA dejan entrever una actitud hacia los procedimientos de mediación que podría calificarse como evidente manifestación de su falta de costumbre. No son pocos, en efecto, los que, ante la solicitud de mediación, reaccionan negando la existencia del conflicto o señalando que “su” conflicto debe solventarse en la empresa o sector y que no es necesario “llevarlo” a ningún otro sitio. Tampoco es raro encontrarse situaciones en que las partes recelan de los mediadores, no les suministran los datos suficientes para que puedan llegar a comprender la intrahistoria del conflicto o les da “pereza” volver a contar esa intrahistoria porque las partes ya la conocen y repetírsela a los mediadores les parece tedioso; y ello cuando no se preguntan abiertamente por quién es ese/a señor/a y qué “pinta” en el conflicto (y permítase la licencia de expresarlo de esta forma plástica para reflejar mejor la situación).

Es claro que en muchas ocasiones las anteriores alegaciones forman parte de una estrategia consistente en negarse a someterse a la mediación e intentar por medio de ella solventar el conflicto de que se trate; y que, en consecuencia, lo único que ponen de manifiesto es la falta de voluntad negociadora de la parte que las realiza. Sin embargo, también hay veces en que no son un “pretexto”, sino la forma en que se expresa el hecho de no estar familiar-

zado con el procedimiento de mediación como fórmula de solución de conflictos. Así pues, como no se está familiarizado con el procedimiento, se desconfió de él, de los mediadores y del propio papel del SIMA, dificultándose, con todo ello, la posibilidad de que surja el acuerdo, pues, además de salvar el propio conflicto habido entre las partes, debe salvarse con carácter previo el recelo que suscita el método empleado para resolverlo.

También en relación con la actitud o conducta de las partes está un factor que puede denominarse “estratégico”, en el sentido de que la falta de acuerdo en el procedimiento tiene su causa en la estrategia que están siguiendo las partes en el conflicto. Así, cuando se convoca una huelga para denunciar públicamente una determinada situación, parece obvio que en el procedimiento de mediación no puede haber acuerdo, ya que el objetivo es, justamente, ir a la huelga para realizar la correspondiente denuncia. Otro tanto sucede, por seguir con los ejemplos, en supuestos en que, con la realización de la huelga por parte de los trabajadores, los directores de personal se están “cargando” de razones ante la dirección multinacional de la empresa a efectos de explicar el porqué se ha llegado a ciertos acuerdos con el personal. En estos supuestos, no se llega a un acuerdo en el procedimiento de mediación porque se “necesita” que los trabajadores vayan a la huelga para poder “escudarse” en ello frente a los superiores jerárquicos. Algo semejante sucede cuando una organización sindical está en liza con otra y “utiliza” la falta de acuerdo en la mediación al objeto de aparecer, cara a los trabajadores, como más radical o menos proclive a ceder ante el empresario. Se trata, en definitiva, de tácticas o estrategias en materia de conflicto, bien conocidas y absolutamente legítimas, que hacen que no haya acuerdo en algunos procedimientos de mediación porque lo que “beneficia” la postura de una u otra parte es, justamente, que no se dé dicho acuerdo.

Entre tales tácticas o estrategias se halla una que es digna de mención aparte por la notable repercusión que está teniendo en la falta de acuerdos en los procedimientos de mediación tramitados por el SIMA. Se ha dicho ya que la mayor parte de los conflictos que recaen en este organismo son los motivados por la interpretación y/o aplicación de normas estatales o convencionales o decisiones de empresa (incluida la impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los traslados colectivos). Pues bien, sucede que este tipo de conflictos tiene la peculiaridad de que surgen cuando ya se ha tomado la decisión por parte del empresario: es en el momento en que éste ha interpretado y/o aplicado la norma estatal o colectiva en un determinado sentido o ha tomado la correspondiente decisión cuando surge el conflicto, en caso, naturalmente, de que la representación de los trabajadores entienda que la interpretación y/o aplicación hecha por el empresario no es la correcta o no es correcta la decisión adoptada por el mismo. Si se recuerda este dato de que el conflicto aparece una vez que el empresario ha decidido y actuado y la representación de los trabajadores ha reaccionado frente a ello (dato, por lo demás, absolutamente obvio) es porque tiene una incidencia negativa en el desarrollo del procedimiento de mediación.

Habiendo las dos partes tomado partido, una decidiendo y la otra reaccionando contra esta decisión, es bien difícil que en el procedimiento de mediación den “marcha” atrás en sus posturas. La parte empresarial, que es la que ha decidido sobre la interpretación y/o aplicación de la norma o tomado la correspondiente decisión, suele tener la impresión de que, si en el procedimiento de mediación llega a algún acuerdo, ello puede ser interpretado por la representación de los trabajadores como una cesión en su postura; lo que puede repercutir negativamente en la imagen que se tenga de su autoridad y suponer, al tiempo, un antecedente “peligroso” para posteriores decisiones, que pueden intentar contestarse o contra-

restarse con el recurso a que ya se hizo una vez así por medio de un procedimiento de mediación. Algo semejante sucede en relación con la propia representación de los trabajadores. El hecho de que ya se haya puesto de manifiesto que se es contrario a la decisión adoptada por el empresario y que, por esta razón, se va a iniciar el correspondiente procedimiento a fin de invalidar su actuación puede jugar en contra de un posible acuerdo en el trámite de la mediación. Y ello porque el acuerdo en este trámite podría interpretarse por los trabajadores como una cesión de sus representantes ante el empresario, perdiéndose, de este modo, credibilidad frente a los representados y futuros electores. En definitiva, que ni la representación empresarial ni la de los trabajadores entienden conveniente cejar en la postura que les ha llevado a la situación de conflicto porque ambas temen que tal pueda tener una repercusión negativa sobre su poder.

Si, además, se tiene en cuenta que, como queda advertido, el mayor número de los conflictos cuya solución canaliza el SIMA son los que versan sobre interpretación y/o aplicación de normas o decisiones de empresa, no parece aventurada la conclusión de que el anterior factor es uno de los principales responsables del volumen de desacuerdos en los procedimientos que tramita este organismo.

A lo anterior debe unirse el elemento del excesivo “peso” que todavía tienen las soluciones judiciales en los conflictos a que se acaba de hacer mención. Excesivo peso que puede tener por motivo alguno de los siguientes. De un lado, y por enlazar con el factor recién relatado, no cabe duda de que la solución judicial de los conflictos permite que las partes se “descarguen” de responsabilidad en la solución que tenga el conflicto habido entre ellas. Suceda lo que suceda, dé el juez la razón a una u otra, siempre se puede apelar a que se tiene que dar “marcha” atrás en la decisión antes tomada porque así lo ha dicho la correspondiente sentencia. Con ello, no es uno mismo el que transige frente al otro, no se aparece, así pues, como responsable de ninguna cesión, sino que simplemente se da cumplimiento al mandato contenido en una sentencia que ha dictado un tercero. Es, por tanto, el tercero el que termina asumiendo la responsabilidad de que una de las partes deba cejar en la postura que condujo a la situación de conflicto.

Y es que debe tomarse en consideración que, en este tipo de conflictos, es difícil no aparecer como vencedor o vencido en el correspondiente procedimiento, incluido el de mediación. En efecto, una de las causas de que en los procedimientos de mediación que versan sobre interpretación y/o aplicación de normas o decisiones de empresa no haya apenas actividad mediadora y se prefiera, en último extremo, la solución judicial es que el objeto del conflicto está demasiado circunscrito: o es la decisión que ha tomado la empresa o es la reacción que frente a la misma ha adoptado la representación de los trabajadores. Siendo ello así, es, como se dice, bien difícil que pueda haber actividad de mediación, ya que no hay contraprestación que ofrecer a cambio de que una de las partes pueda ceder en su anterior postura. Ocurre, además, que las posiciones están decantadas en términos estrictamente jurídicos, ya que cada parte entiende que su decisión es la correcta desde el punto de vista del derecho. Ello hace que no entre dentro de sus “esquemas” una solución negociada en el procedimiento de mediación, ya que, si se piensa que se tiene la razón en el plano del derecho, no se entiende cómo se puede ceder en la postura y, por tanto, incurrir de ese modo en una incorrección jurídica.

Pero aún son más las “ventajas” de la solución judicial que están frenando el resultado satisfactorio del procedimiento de mediación. La seguridad en el procedimiento en sede judicial frente a la relativa incertidumbre que produce la utilización de un procedimiento

novedoso para la solución del conflicto (son todavía muchos los que creen que pueden tener problemas en vía jurisdiccional si, en lugar de la conciliación, se someten a la mediación en el SIMA); o la seguridad de tener una sentencia a favor que puede ser ejecutada de forma coactiva frente a la incertidumbre en el cumplimiento o no del acuerdo adoptado en el procedimiento de mediación. Aunque a veces, hay que reconocerlo, más que la seguridad, es la propia costumbre en la utilización del procedimiento judicial. Es habitual que los conflictos sobre la interpretación y/o aplicación de normas o decisiones de empresas se encarguen a letrados porque la controversia aparece, como queda dicho, en términos jurídicos. Ello hace que la defensa de la posición de cada parte se haga en términos jurídicos también, empezando por la alegación de excepciones procesales y entrando, después, en el fondo del asunto en relación con el derecho aplicable a él.

Pues bien, cuando la solución de estos conflictos se tramita, no ante el órgano jurisdiccional correspondiente, sino por medio del procedimiento de mediación, los letrados tienden a repetir el “esquema” del propio proceso en sede judicial. No se tiene en cuenta, así pues, que la mediación está más cerca de un procedimiento de negociación colectiva que de un juicio y, por ello, en el propio procedimiento de mediación se alegan excepciones procesales o los argumentos jurídicos que avalan la posición mantenida por cada una de las partes. Tal postura, excesivamente “procesalista” (y permítase la licencia de utilizar este término), no favorece, desde luego, la mediación, ni el acuerdo en ella, ya que lo único que hace es “parapetar” a cada parte en la posición que mantiene con el fundamento de que el derecho está a su favor y, en consecuencia, nada tiene que negociar.

Enunciado lo anterior, no me resta más que reiterar que se trata, en todo caso, de apreciaciones no exentas de cierto margen de subjetividad y, por supuesto, sin pretensión alguna de ser exhaustivas.