Guillermo Orozco Pardo
José Luis Monereo Pérez
(Directores)
Rosa M. González de Patto
Antonio M. Lozano Martín
(Coordinadores)

TRATADO DE MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

tecnos

GUILLERMO OROZCO PARDO
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
(*Dirección*)

ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO
ANTONIO M. LOZANO MARTÍN
(*Coordinación*)

TRATADO DE MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



AUTORES

JESÚS AMBEL BURGOS
ESTANISLAO ARANA
DANIELA PATRICIA ALMIRÓN
DIEGO BECERRIL RUIZ
M. JORGE BOLAÑOS CARMONA
FELIPE BURGOS FERNÁNDEZ
JOSÉ CANO ARIZA
MIGUEL ÁNGEL DE LA CRUZ MÁRQUEZ
JUAN ANTONIO CRUZ PARRA
M.ª TERESA DÍAZ AZNARTE
FRANCISCA EXPÓSITO JIMÉNEZ
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
EDUARDO GÁLVEZ DOMÍNGUEZ
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO
M.ª ISABEL GRANADOS ROMERA
FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA
M.ª JESÚS JIMÉNEZ LINARES
ANTONIO M. LOZANO MARTÍN
RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE
M.ª NIEVES MORENO VIDA
MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
ASENSIO NAVARRO ORTEGA
JAVIER NISTAL BURÓN
GUILLERMO OROZCO PARDO
MÓNICA ORTIZ COBO
F. JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
JULIA RUIZ-RICO RUIZ MORÓN
JOSÉ SUÁREZ TASCÓN
SEGISMUNDO TORRECILLAS LÓPEZ
JAVIER VALENZUELA GARACH
JOSÉ LUIS ZACCAGNINI

Índice

Presentación

Prólogo a esta edición

Prólogo a esta edición

Parte primera. Teoría del conflicto y mediación

Capítulo I. El conflicto en la mediación

A) La perspectiva psicológica

1. Introducción: conflicto psicológico y mediación
2. Psicología básica para analizar los conflictos interpersonales emocionales
3. Estructura y dinámica psicológica de los conflictos interpersonales
4. Epílogo: mediación y cultura de la paz
5. Bibliografía

B) Sociología y conflicto social

1. El conflicto social
2. G. Simmel
3. K. Marx
4. T. Parsons
5. L. A. Coser
6. R. Dahrendorf
7. La escuela de Frankfurt: J. Habermas
8. Conclusiones
9. Bibliografía

Capítulo II. Los dilemas en mediación o cómo crear relaciones beneficiosas

1. la estructura del conflicto. Las preguntas
2. Los esquemas del análisis racional de las preferencias
3. Los dilemas: peligro, sensatez y bloqueo. Las respuestas
4. Bibliografía

Capítulo III. Régimen jurídico de la mediación

1. La mediación como figura a regular por ley
2. La mediación como contrato
3. La mediación sirve a la seguridad jurídica
4. Bibliografía

Capítulo IV. La negociación

1. Introducción
2. El desarrollo teórico y empírico de la teoría de la negociación
3. El proceso de negociación
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Capítulo V. La mediación como proceso de gestión y resolución de conflictos

1. Introducción
2. Conceptos y definiciones
3. Principios y objetivos de la mediación
4. Fases de la mediación
5. Modelos teóricos de mediación
6. Bibliografía

Capítulo VI. El estatuto del mediador

1. Premisa
2. El estatuto del mediador

3. El mediador concursal. Su estatuto (remisión)
4. Otros mediadores. El mediador familiar como referente
5. Bibliografía

Capítulo VII. Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas
1. Introducción
2. La importancia del mediador en el proceso de mediación
3. Características del mediador
4. Habilidades sociales y comunicativas
5. Habilidades del mediador y la comunicación verbal
6. Habilidades sociales y la comunicación no verbal
7. Habilidades sociales y su importancia en el proceso de mediación
8. Evaluación de la eficacia del proceso de mediación
9. Bibliografía

Parte segunda. La mediación civil

Capítulo VIII. La familia del siglo XXI
1. ¿Hay nuevas familias?
2. Legislación y cambios familiares
3. Estructura e individuo en los comportamientos familiares
4. Las nuevas relaciones
5. Familias con futuro
6. Bibliografía

Capítulo IX. La mediación familiar
A) Régimen legal de la mediación familiar. Especial referencia a la legislación andaluza
1. La incorporación de la mediación en el marco de los conflictos familiares
2. La Directiva 2008/52/ce, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
3. La Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
4. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía
5. Bibliografía
B) Derecho de familia y mediación familiar
1. Introducción
2. Derecho de familia y mediación
3. Ventajas de la mediación familiar
4. Bibliografía

Capítulo X. La relevancia de la mediación en el marco de la patria potestad y la tutela
1. La mediación en la patria potestad
2. La mediación en la tutela
3. Bibliografía

Capítulo XI. La mediación en consumo
1. Introducción
2. Aspectos generales sobre la mediación en los conflictos de consumo
3. La regulación de la mediación en consumo: estado de la cuestión
4. La mediación en el marco del sistema institucional arbitral de consumo
5. La mediación electrónica. Especial referencia al ámbito de consumo
6. Bibliografía

Parte tercera. Mediación mercantil y comercial

Capítulo XII. Mediación en asuntos mercantiles
1. Del contrato de mediación mercantil a la mediación mercantil (introducción)
2. La Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM)
3. Los conflictos en Derecho Privado. Asuntos civiles y mercantiles
4. Instituciones de mediación en el ámbito de los asuntos mercantiles

5. Principios informadores de la mediación (y su interés en los asuntos mercantiles)
6. Las partes y la mediación mercantil
7. Algunos sectores de la contratación mercantil y el recurso a la mediación
8. Consideración final
9. Bibliografía

Capítulo XIII. La mediación societaria
1. Mediación societaria
2. Bibliografía

Capítulo XIV. La mediación bancaria
1. Las controversias en el ámbito bancario: instrumentos de solución extrajudicial
2. Los beneficios de la mediación bancaria: sus principios informadores
3. El supuesto especial de la mediación hipotecaria
4. Regulación legal de la mediación bancaria
5. Las fases de la mediación bancaria
6. Bibliografía

Capítulo XV. La mediación como solución a los conflictos deportivos
1. Derecho mercantil, deporte y mediación
2. Mediación en la legislación deportiva
3. Bibliografía

Capítulo XVI. Mediación y contratos de distribución comercial. La franquicia
1. Aproximación a los contratos de distribución comercial
2. Conflictividad en los contratos de distribución. La franquicia y la mediación
3. El mediador especializado
4. Consideración final
5. Bibliografía

Capítulo XVII. La mediación concursal
1. Aproximación al concepto de concurso y al de acuerdos preconcursales
2. Acuerdos extrajudiciales en la experiencia del Derecho comparado
3. Acuerdos extrajudiciales de pago y mediación concursal
4. El mediador concursal y su función
5. Consideración crítica sobre la mediación concursal
6. Bibliografía

Parte cuarta. La mediación social

Capítulo XVIII. La mediación aplicada al ámbito educativo
1. Introducción
2. La mediación como proceso para la mejora de la convivencia en los centros educativos
3. Funciones del mediador: formación, asesoramiento e intervención
4. Las aulas de convivencia con espacio para la gestión de conflictos y mejora de la convivencia
5. Conclusiones
6. Bibliografía

Capítulo XIX. Escuela e interculturalidad: construcción de la mediación intercultural escolar
1. Mediación intercultural
2. Mediación intercultural escolar
3. Conclusiones
4. Bibliografía

Capítulo XX. La mediación intercultural
1. Un punto de partida: la mediación
2. Características a considerar en una mediación intercultural
3. La importancia del mestizaje intercultural
4. Terapias para una mediación en los conflictos culturales
5. Algunas conclusiones
6. Bibliografía

Capítulo XXI. Mediación en ámbitos vecinales y comunitarios
1. Consideraciones iniciales
2. Vecino y comunidad
3. Mediación en ámbitos vecinales y comunitarios
4. Relato de casos
5. Reflexión final
6. Bibliografía

Capítulo XXII. Mediación policial
A) La mediación policial
1. Introducción
2. ¿Qué es la mediación policial?
3. Las infracciones «estrella» de la mediación policial
4. El proyecto conjunto Universidad de Granada-Cuerpo Nacional de Policía
5. Conclusiones
6. Bibliografía
B) Mediación social o comunitaria en sede policial
1. Principios de la mediación en el ambito policial
2. ¿Cómo nace la idea de mediación en sede policial?
3. ¿Qué lugar ocupa o puede ocupar el CNP?
4. ¿Casa la mediación con los objetivos específicos del CNP?
5. ¿Qué objetivos se han marcado en el Convenio?
6. Diferencia entre justicia retributiva y restitutiva
7. Otro modo de entender el conflicto
8. ¿Cómo puede ser la respuesta del CNP?
9. Casos prácticos

Capítulo XXIII. La mediación penal
1. Mediación penal con adultos
2. Mediación penal con menores
3. Bibliografía

Capítulo XXIV. La mediación en el ámbito penitenciario
A) Penas privativas de libertad y mediación penitenciaria
1. Penas privativas de libertad y mediación penitenciaria
B) El conflicto en prisión y la necesidad de su resolución pacífica
1. Introducción
2. El conflicto en prisión
3. El conflicto como fracaso de la institución penitenciaria
4. La mediación penitenciaria como mecanismo de solución pacífica del conflicto en prisión
5. Bibliografía
C) Cómo se realiza el programa de mediación en los centros penitenciarios españoles
1. Consideraciones generales
2. Protocolo previo al procedimiento de mediación penitenciaria
3. Consideraciones finales
D) La mediación en el Derecho penitenciario. Su necesaria implantación en el ámbito de la ejecución penal
1. Introducción
2. La necesaria implantación de la mediación en el Derecho Penitenciario
3. Conclusiones
4. Bibliografía

Capítulo XXV. La solución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: especial referencia al arbitraje
1. Panorama general de la «justicia administrativa» en España: la resolución judicial de conflictos como medio natural de control de las Administraciones Públicas y su necesaria flexibilización
2. Conciliación, mediación y transacción: su reducido papel en el Derecho administrativo
3. El arbitraje en el Derecho administrativo español
4. La Administración en su papel de árbitro: especial referencia al sector del transporte terrestre y al de consumidores y usuarios
5. A modo de recapitulación: el arbitraje como verdadero, aunque limitado, instrumento para la

resolución de conflictos de carácter extrajudicial en el ámbito del Derecho administrativo
6. Bibliografía

Parte quinta. Mediación laboral

Capítulo XXVI. Teoría general del conflicto laboral
1. El conflicto laboral
2. Ordenación jurídica general de los conflictos de trabajo: principios y mecanismos de solución heterónomos y autónomos
3. Bibliografía

Capítulo XXVII. La mediación en los mecanismos de expresión del conflicto laboral. Mediación y huelga
1. Transformaciones del conflicto colectivo laboral y huelga
2. El Derecho y la huelga
3. Titularidad del derecho de huelga
4. Modalidades de huelga
5. Procedimiento de realización de la huelga
6. Límites constitucionales en el ejercicio del derecho de huelga: los «servicios esenciales para la comunidad»
7. Modos de terminación de la huelga (el «arbitraje obligatorio»)
8. Efectos de la huelga
9. Bibliografía

Capítulo XXVIII. Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación?
1. Nociones previas
2. La mediación laboral en el contexto de la flexibilidad interna y externa
3. Flexibilidad interna y externa en el v acuerdo sobre solución autónoma de conflictos
4. Bibliografía

Capítulo XXIX. La negociación directa para la solución de conflictos. La negociación colectiva y mediación
1. El convenio colectivo como manifestación formal de la autonomía colectiva
2. Régimen jurídico del convenio colectivo

Capítulo XXX. LA mediación en los mecanismos de solución autónoma de conflictos de origen estatal
1. Introducción
2. La mediación como vía para solventar el conflicto laboral
3. El procedimiento administrativo de conflicto colectivo
4. Conciliación o mediación previas a la vía judicial
5. Actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en la resolución del conflicto
6. Los servicios públicos estatal y autonómicos de mediación y conciliación
7. Confirmación del carácter residual del procedimiento administrativo de conflicto colectivo
8. Reflexión final
9. Bibliografía

Capítulo XXXI. Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional
1. Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales creados por la negociación colectiva: la solución autónoma de conflictos
2. Régimen jurídico de los sistemas autónomos de solución de conflictos
3. Los procedimientos de solución de conflictos previstos en los acuerdos estatal y autonómicos: rasgos comunes
4. El procedimiento de mediación en los sistemas autónomos de solución de conflictos: régimen jurídico
5. Bibliografía
6. Anexo

Capítulo XXXII. La mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social
1. La potenciación de la mediación como medio de solución de conflictos laborales. El marco normativo europeo y español
2. La mediación y sus límites externos
3. Mediación y proceso laboral
4. La mediación intrajudicial en sentido estricto: la derivación a mediación desde los Juzgados de lo social
5. Balance de los proyectos piloto de mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social
6. Bibliografía

Capítulo XXXIII. La mediación en conflictos laborales psicosociales
1. Experiencia de mediación en una Administración Local
2. Los riesgos psicosociales o el sufrimiento como daño colateral
3. La utilidad de la mediación en la elaboración de un protocolo de actuación en materia de acoso
4. En conclusión

Créditos

PRESENTACIÓN

«La condición humana abarca más que las condiciones bajo las que se ha dado la vida al hombre. Los hombres, no importa lo que hagan, son siempre seres condicionados. El choque del mundo de la realidad sobre la existencia humana se recibe y siente como fuerza condicionadora».

HANNAH ARENDT
(*La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993)

Al lector

La obra que tienes entre tus manos es fruto del esfuerzo, los conocimientos y la experiencia de un conjunto de autores que desarrollan su actividad en el ámbito de la enseñanza y la investigación universitaria, la práctica en el *Foro*, la Administración o la empresa privada. Todos ellos provienen del campo del Derecho, la Sociología, la Psicología, la Educación, el Trabajo Social, la Antropología, entre otras, y tienen como eje común su relación con una actividad formativa: el Máster en Mediación de la Universidad de Granada, que, tras años de desarrollo, nos ha llevado a todos a ser conscientes de la necesidad de dar respuesta a la paradoja que puso de relieve J. F. Six: «*La mediación es una práctica necesitada de una sólida construcción teórica*».

Efectivamente, en nuestro país, tanto el panorama legal, como el doctrinal, muestran aún la fragmentación y falta de unidad que caracterizan a los momentos de inicio de la andadura de las instituciones. Si nos atenemos al campo doctrinal, encontramos un aumento de la bibliografía diversificada sobre la temática relacionada con la mediación, singularmente la familiar, si bien hallamos pocas obras —con algunas honrosas excepciones— en las que se haga un tratamiento sistemático y completo de la mediación, sus elementos estructurales y el análisis de los distintos contextos en los que ésta se aplica. Tales obras tienen un marcado matiz científico o divulgador. Se hacía preciso, en consecuencia, elaborar una obra que equilibrara la faceta de investigación con la docente, es decir, que en su contenido se trataran los aspectos básicos precisos para una sólida construcción teórica de la institución, así como de los distintos ámbitos en los que se aplica, aunando en su seno los diferentes puntos de vista de los especialistas en las ciencias implicadas. Junto a ello, habría de incluir las aportaciones de aquellos profesionales que trabajan en las múltiples esferas donde se desarrolla la actividad mediadora.

Asimismo, esta obra debería cubrir varias finalidades: la formativa, la informativa y la consulta. Es por ello que optamos por un *Tratado* —esto es*: la exposición objetiva, integral y ordenada de conocimientos sobre un tópico específico y que para cumplir con esta cuestión se subdivide en varios apartados*. (ABC: http://www.definicionabc.com)—, pues se pretendía cubrir no sólo un objetivo

docente —lo que haría un *Manual*—, sino también recoger el producto de la investigación de los especialistas y el análisis y la reflexión de los profesionales. Parafraseando a Pierre Villard, se trataba de realizar un estudio atento de todos los impulsos que se dan cita en la mediación, en cuanto objeto de estudio científico y actividad profesional que constituye una importante vía alternativa y complementaria de acceso de los ciudadanos a la Justicia. Es por ello preciso equilibrar los contenidos de fondo, los metodológicos y los empíricos dentro del texto de la obra, y eso ha supuesto una cuidadosa labor de selección de los temas y los autores. No están todos los que son, pero son todos los que están.

En su Índice el lector encontrará los contenidos de fondo que ha de adquirir una persona que quiera conocer la mediación y, a la vez, las técnicas y habilidades que ha de adquirir un profesional, así como el análisis de las especificidades que plantean los distintos campos en los que la mediación se aplica. Obviamente, es una obra viva que aspiramos a mantener en plena evolución y desarrollo, pero entendemos que con ella se da un paso importante en los estudios sobre el tema, a la vez que se facilita una herramienta de trabajo al profesional y un material de estudio y apoyo a la persona en formación en esta materia.

Nada de ello habría sido posible sin el entusiasmo y entrega de sus autores, a los que agradecemos su identificación con la finalidad de esta obra.

GUILLERMO OROZCO PARDO
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO
ANTONIO M. LOZANO MARTÍN

PRÓLOGO A ESTA EDICIÓN

por EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA

La prestación de un adecuado servicio público de Justicia y la garantía en su acceso por parte de la ciudadanía conforman uno de los grandes pilares de un Estado democrático y avanzado. Desde mi larga experiencia como profesor universitario, fiscal de carrera y ahora como consejero de Justicia del Gobierno de Andalucía, siempre he venido defendiendo todas aquellas iniciativas que fomenten el acceso de las personas a la Justicia en condiciones de igualdad.

La impartición de la Justicia no es un patrimonio exclusivo de los Juzgados y Tribunales e históricamente se ha puesto de relieve a través de otras formas de hacer justicia, muchas de ellas alejadas del Derecho como el uso de la fuerza. Pero también hay civilizaciones y culturas que han mantenido hasta nuestros días fórmulas de ejercer la Justicia basadas en el diálogo y el acuerdo y que, con el tiempo y con sus positivos resultados, se han convertido en instrumentos eficaces e inteligentes para la resolución de conflictos.

Se trata de otra forma de hacer justicia a través de la palabra y el entendimiento y ésa es la esencia de la mediación, un mecanismo para resolver los problemas de forma civilizada y pacífica, que permite un enriquecimiento mutuo para las partes en litigo que son las encargadas de construir y elaborar la solución a su conflicto.

Es, sin duda, una forma más satisfactoria de hacer justicia y supone avanzar en la construcción de una sociedad más madura y con más calidad en su convivencia cívica, al ser capaz de afrontar la solución de sus propios conflictos.

Es obvio que la Justicia, a la que se acude masivamente para resolver cualquier conflicto hoy día, no puede ofrecer los niveles de satisfacción que aporta la mediación ni puede tampoco aportar siempre la solución más idónea. Una sentencia difícilmente logra la satisfacción unánime y plena de las partes. Entre otras cosas, porque la Justicia trabaja para ofrecer respuestas justas y ajustadas a Derecho, a la ley que interpretan y aplican los jueces y magistrados, mientras que la mediación trabaja con otro espíritu bien diferente y mucho más enfocado a ofrecer respuestas que logren principalmente la satisfacción de los litigantes y el mayor cumplimiento de sus intereses.

La mediación supone, por tanto, una manera diferente de gestionar el conflicto frente el proceso judicial, con unos criterios y unos objetivos que van más allá del cumplimiento e interpretación de la ley, puesto que se trata de una fórmula que tiene en cuenta otros factores como el componente moral y emocional, la relación entre las partes o las expectativas generadas frente al problema. Se trata de una forma más

enriquecedora, cercana y participativa de hacer justicia, que aporta al mismo tiempo otros importantes beneficios desde el punto de vista temporal y económico, ya que la mediación es capaz de generar una solución mucho más ágil y rápida que un proceso judicial y sus costes son además mucho más reducidos.

La mediación es, también, un medio que cohabita a la perfección con la Administración de Justicia, ya que no es ni un competidor ni una alternativa; al contrario, es un mecanismo complementario que puede ser un aliado inestimable y estratégico para la mejora de nuestro sistema judicial en el futuro, especialmente por la rebaja que puede suponer en la extraordinaria carga de trabajo que soportan actualmente nuestros Juzgados y Tribunales.

Por todo ello, desde el Gobierno andaluz estamos plenamente convencidos de las mejoras y beneficios que la mediación puede aportar a la sociedad andaluza y estamos empeñados en su difusión y extensión a todos los campos posibles. En ese propósito trabajamos desde la Fundación Pública Mediara con numerosas iniciativas encaminadas a propagar la cultura de la mediación, como la reciente firma del nuevo Código de Conducta que recoge los principios rectores para un adecuado ejercicio de esta actividad y que han suscrito un total de 40 colectivos, colegios y entidades.

En Andalucía tenemos la experiencia y el conocimiento para dar a la mediación el impulso que necesita, con probados resultados ya en muchos campos como el familiar, el de consumo, el laboral o el mercantil. Pero nos queda mucho todavía por hacer y hemos de seguir ampliando nuestros horizontes de actuación y divulgación para llevar esta nueva cultura a todos los ámbitos. En ese empeño estamos trabajando con ahínco e impulsando múltiples iniciativas divulgativas, investigadoras y formativas. Pero somos conscientes también que necesitamos aunar esfuerzos, recursos y voluntades para contar con la máxima implicación de todos, Administraciones, entidades, colectivos y profesionales, si queremos realmente avanzar en la difusión social de la mediación y en su efectiva implantación.

En ese empuje colectivo se enmarca este *Tratado de Mediación*, una obra que es fruto del gran trabajo interdisciplinar realizado por reconocidos autores procedentes de la Universidad, el *Foro*, las Administraciones públicas competentes y diferentes sectores profesionales. En este trabajo se ha realizado un magnífico tratamiento, coherente y homogéneo, de los diversos aspectos básicos de la mediación aplicada a los distintos tipos y contextos de conflictos en los que se puede aplicar.

Con esta obra se da respuesta a una demanda planteada desde los sectores interesados en la mediación, así como desde el campo de la investigación y la docencia, con el objetivo de dar cobertura teórica a una práctica que necesitaba contar con el respaldo de una doctrina científica consolidada, como la que aquí se recoge.

Mi reconocimiento al esfuerzo realizado por sus autores para sacar adelante este gran trabajo, que beneficiará, sin duda, a todos los interesados y dedicados a esta actividad profesional, contribuyendo, al mismo tiempo, al avance de la mediación en la resolución de conflictos.

EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA
Consejero de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía

PRÓLOGO A ESTA EDICIÓN

por LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ

La oportunidad de escribir unas líneas a modo de prólogo de un libro es motivo de orgullo y de satisfacción. El orgullo proviene de una solicitud que supone dejar en manos de otro la presentación de una obra culminada con esfuerzo y esmero, encomendándosele la exposición de su criterio sobre lo que contiene y representa el libro. La satisfacción aparece cuando las páginas del trabajo que nos ocupa lo hacen interesante por el tema, riguroso y completo por la amplia exposición y materiales que utilizan los autores, formativo por el modo en que se presentan las diversas vertientes del objeto de estudio y, en fin, práctico por el enfoque multidisciplinar de la figura de la mediación, eje central de esta obra colectiva.

Todas estas sensaciones afloran con este *Tratado de Mediación en la Resolución de Conflictos*, dirigido por los profesores Guillermo Orozco Pardo y José Luis Monereo Pérez y coordinado por Rosa M. González de Patto y Antonio M. Lozano Martín, en el que interviene un elenco importante y cualificado de autores que tratan múltiples cuestiones y aspectos de la mediación: la perspectiva psicológica y jurídica, las técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas, la figura del mediador, así como los distintos planos aplicativos de esta institución (civil, familiar, mercantil, comercial, societaria, bancaria, deportiva, concursal, educativa, policial, penal, penitenciaria y laboral).

Los distintos apartados de la obra dan muestra de un buen hacer y dedicación, que permite conectar planos teóricos y docentes con la difícil práctica forense. Así, pues, su lectura y manejo resulta gratificante, porque consigue elaborar un muy cuidadoso y exhaustivo análisis de la problemática de la mediación en todas y cada una de las posibles facetas aplicativas. Los autores han logrado conjugar sus aportaciones doctrinales con los perfiles prácticos y presentan el difícil equilibrio exigible en una monografía jurídica, a efectos de que responda a la demanda social de aportar elementos necesarios y útiles.

Una de las tendencias que más claramente se perciben en los últimos tiempos en relación con el papel asignado al poder judicial consiste, precisamente, en favorecer el abandono de las fórmulas tradicionales de resolución de conflictos para dar paso a nuevos sistemas. El punto de partida de estas iniciativas lo constituye la situación actual de la justicia, muy alejada del rendimiento óptimo, del plazo razonable, junto a la importancia de frenar la inercia individualista imperante, la cultura de confrontación y litigio permanente.

En España no están funcionando los sistemas de mediación porque desconfiamos

todavía de ellos, y tenemos que seguir extendiendo la cultura de la mediación, ya que estamos en una sociedad muy judicializada y acostumbrada a que «otros» nos resuelvan siempre el problema. Si la justicia es un valor y un principio a preservar, al tiempo que un derecho y un servicio público, debemos educar a la sociedad en su uso racional, al tiempo que buscar otras vías alternativas que desjudicialicen ciertos conflictos.

En este contexto se inserta la creciente importancia de la mediación como instrumento complementario de la Administración de justicia, entre cuyas ventajas se destaca la capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. Así, adquiere un papel decisivo en cuanto mecanismo que busca respuestas positivas al conflicto y aporta nuevas formas a la demanda social de una justicia más útil para todos y más cercana al ciudadano.

Lo anterior implica contemplar con naturalidad una justicia con un enfoque distinto a la respuesta tradicional e institucionalizada. En definitiva, la mediación se nos presenta como una solución extrajudicial, económica y rápida, que varios estamentos (jueces, abogados, empresas, etc.) llevan años reclamando.

A esta finalidad responde, en el ámbito jurisdiccional civil, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En un plano y jurisdicción distinta, aun cuando el «conflicto jurídico no afecte a derechos subjetivos de carácter disponible», es cada vez mayor el consenso sobre la importancia y necesidad de la mediación penal, que afecta a un ámbito especialmente sensible, con un porcentaje de litigiosidad superior al 75 por 100 del total de asuntos. Además, en el ámbito internacional se nos alerta sobre el particular, siendo expresiva la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, cuyo artículo 17 exige a los Estados miembros impulsar la mediación en las causas penales y poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, «*a más tardar el 22 de marzo de 2006*».

La mediación ofrece una alternativa al método tradicional de resolución de conflictos, siendo su característica más importante el permitir que ambas partes se adjudiquen el control de las decisiones a tomar. El hecho de que se trate de un proceso voluntario redunda en un mayor éxito de esta figura. En opinión de algunos autores, incluso, los tribunales no deberían ser el lugar donde empezar la resolución de conflictos, sino donde acabarlos tras haber intentado resolverlos a través de métodos alternativos previos.

Algunos estudios realizados en el campo de la psicología han observado que la naturaleza humana se resiste a seguir una línea de comportamiento impuesta por terceros. Por ello, un juicio, que puede ser largo y costoso, impone un enfrentamiento entre las partes, haciendo poco probable una relación futura. Sin embargo, cuando se da la oportunidad de asumir una parte en el proceso de toma de decisión, hay una mayor posibilidad de conformidad con la decisión tomada. La mediación, como una

alternativa al litigio, no solamente ahorra tiempo y dinero, sino también reduce el coste emocional y, como consecuencia, se produce una situación en la que siempre se gana.

Iniciativas de otros países más avanzados en esta materia demuestran que un porcentaje elevado de los conflictos que se llevan a mediación se resuelven con éxito; incluso, si no se consiguen resolver todos los puntos en disputa, a menudo se reducen o clarifican muchos de ellos, de modo que, si posteriormente el caso se lleva a juicio, éste se convierte en un procedimiento más rápido y sencillo.

En definitiva, cabe afirmar que la mediación está obteniendo una enorme repercusión internacional en los últimos años, de forma que cada vez son más numerosos los ámbitos en los que se está introduciendo, tanto por parte de usuarios particulares como por el de las autoridades administrativas y judiciales, que están descubriendo sus ventajas. Se nos presenta una oportunidad para generalizar y potenciar el uso de la mediación como un procedimiento alternativo en la resolución de múltiples conflictos en el marco forense.

Con el precedente panorama, es evidente que nos encontramos ante una monografía de rigurosa actualidad y operatividad, una obra colectiva e interdisciplinar capaz de dar respuestas serias, claras y motivadas a las cuestiones que plantea el mundo complicado, pero cada vez más necesario, de la mediación. Esta obra sintetiza dos constantes intelectuales: de un lado, su carácter de investigación apasionada y perfeccionista; de otro lado, su referencia aplicativa del Derecho, de forma que apuesta por hacer verdad la afirmación de que no hay justicia sin inteligencia.

Me consta que esa conjunción entre investigación y aplicación práctica se basa en una larga experiencia formativa en materia de mediación a través de un Máster de la Universidad de Granada de reconocido prestigio, y en la no menos prestigiosa trayectoria profesional de los directores, coordinadores y autores.

Sin duda, esta monografía, que me honro en prologar, representa un trabajo excelente sobre un tema sugestivo, expuesto en forma inteligente, revelador de una clara muestra de rigor investigador y finura científica, por lo que su lectura es altamente gratificante para quienes enseñan y estudian el Derecho (Universidad), demandan el Derecho (Abogacía, Fiscalía), o lo aplican diariamente (Magistratura). Estamos, por tanto, ante una aportación inteligente para un mejor conocimiento y aplicación del Derecho.

LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ
Presidente Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

PARTE PRIMERA

TEORÍA DEL CONFLICTO Y MEDIACIÓN

CAPÍTULO I

EL CONFLICTO EN LA MEDIACIÓN

A) LA PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

JOSÉ LUIS ZACCAGNINI
Profesor Titular de Psicología Básica
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: CONFLICTO PSICOLÓGICO Y MEDIACIÓN. 1.1. *El conflicto como confrontación de intereses.* 1.2. *El conflicto como enfrentamiento personal grave.* 1.3. *La mediacion como negociación formal en los conflictos personales graves.* 2. PSICOLOGÍA BÁSICA PARA ANALIZAR LOS CONFLICTOS INTERPERSONALES EMOCIONALES. 2.1. *El comportamiento como adaptación al medio*. 2.2. *Los mecanismos psicológicos básicos que subyacen al comportamiento adaptativo*. 2.3. *La decisión de actuar: la función ejecutiva*. 2.4. *Las emociones*. 3. ESTRUCTURA Y DINÁMICA PSICOLÓGICA DE LOS CONFLICTOS INTERPERSONALES. 3.1. *Tipos de conflictos interpersonales*. 3.2. *El desarrollo negativo de los conflictos: enfrentamientos personales graves*. 3.3. *El desarrollo positivo de los conflictos: problemas cotidianos resolubles*. 4. EPÍLOGO: MEDIACIÓN Y CULTURA DE LA PAZ. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: CONFLICTO PSICOLÓGICO Y MEDIACIÓN

En este primer apartado introductorio presentamos una panorámica general del *marco* en el que se relacionan los *conflictos personales* y la *mediación*. Y para facilitar su comprensión se ofrece la Figura 1. En ella pueden verse los cuatro *pasos* que siguen los *conflictos personales*. Y en el paso 3 se añade la *mediación* (rodeada de una línea de puntos). Aunque a primera vista el esquema de la Figura 1 pudiera parecer complejo, resultará fácil de entender en cuanto lo describamos paso a paso.

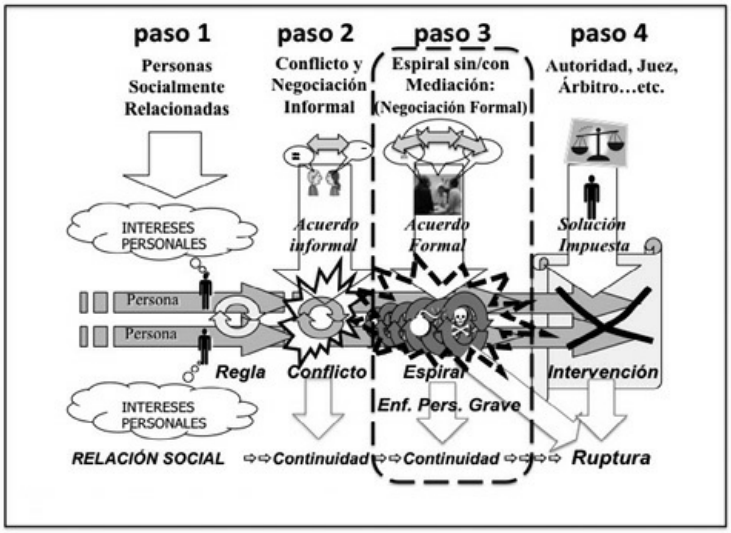
1.1. EL CONFLICTO COMO CONFRONTACIÓN DE INTERESES

Pero empecemos por el principio. Todos sabemos por experiencia lo que es un «conflicto personal». Porque todos hemos estado involucrados en conflictos en el pasado. Todos tenemos conflictos en el presente, y seguro que los tendremos en el futuro (aunque no nos guste pensar en ello). Subjetivamente, un conflicto se vive como una situación en que *nos sentimos injustamente tratados* por otra u otras personas. Personas que al parecer quieren quitarnos algo que es nuestro, o bien no nos dan lo que nos corresponde, o quizás pretenden exigirnos algo a lo que no tienen derecho, etc. Es decir, subjetivamente sentimos que su comportamiento *pone en peligro nuestros intereses personales*. Lógicamente, para que los conflictos puedan

afectarnos de esa manera, tienen que ser con personas con la que mantenemos algún tipo de *relación interpersonal relevante* (pareja, hijos, padres, jefes, subordinados, clientes, compañeros de trabajo, amigos, conocidos, profesionales que nos facilitan un producto o servicio, personas con las que compartimos una actividad o coincidimos en un espacio físico, etc.). Y ocurre que ese trato injusto que percibimos, a su vez, nos obliga a *responder*, mas o menos «agresivamente», para defender nuestros legítimos derechos. Pues bien, el conflicto *aparece* cuando «la otra parte» no sólo no nos hace caso y rectifica, sino que cree exactamente lo mismo, pero al revés. Es decir, subjetivamente la otra parte cree que tiene toda la razón y que somos nosotros los «culpables» de la situación. De manera que surge una *confrontación* entre dos puntos de vista *subjetivos* enfrentados, que tratan de reivindicar sus intereses frente al otro que parece que los quiere conculcar. Esta es la situación que típicamente vivimos como conflicto personal. Y de ahí que la mayoría de los autores den una definición psicológica de conflicto del tipo de: «El conflicto personal es una confrontación de intereses subjetivos que aparece entre personas socialmente relacionadas» (Deutsch y Coleman, 2000; Alzate, 1998, 2007; Soleto Muñoz, y Otero Parga, 2007).

FIGURA 1

La mediación en el contexto del proceso del conflicto



FUENTE: Elaboración propia.

En la Figura 1 vemos a la izquierda el paso 1, en el que aparecen las personas con su trayectoria personal (flechas grises) y sus intereses personales ocupando sus pensamientos. En la mayoría de los casos, para cubrir esos intereses necesitamos la colaboración de los demás. De manera que las personas nos relacionarnos socialmente con otras muchas personas para intercambiar todo tipo de cosas que necesitamos (bienes, servicios, amor, compañía, sexo, apoyo material, dinero, etc.). Pero, lógicamente, para que esos intercambios funcionen bien deben ser justos. Es decir, uno debe recibir algo proporcional a lo que tiene que dar, y viceversa. Por

tanto, esos intercambios tienen que regirse por algún tipo de *regla de intercambio* que se base en un *criterio equilibrado* en cuanto a lo que se da y lo que se recibe en la relación. Y normalmente eso es lo que ocurre. De manera que en la mayoría de nuestras relaciones mantenemos un *equilibrio en la cobertura de intereses mutuos*. En la Figura 1 esa regla de intercambio se representa por dos flechas curvadas formando un círculo que conecta las flechas grises que representan la trayectoria de ambas personas.

Pero ocurre que a veces alguien empieza a sentir que la regla no es justa, en algún sentido, y ya no quiere seguir respetándola. Esto hace que la relación se desequilibre, y que una o ambas partes ya no reciban de la otra parte lo que esperan y necesitan. Entonces los intereses que eran la base y razón de la *cooperación* ahora se convierten en motivo de una *confrontación*. Aparece el conflicto, que, como hemos dicho, es una confrontación de intereses subjetivos que surge entre personas socialmente relacionadas. En la Figura 1 el conflicto se representa en el paso 2, metiendo el círculo de flechas que representa la regla de intercambio dentro de una estrella irregular que representa la tensión y el malestar que nos produce la confrontación.

Cuando aparece un conflicto de este tipo, normalmente las partes involucradas tratamos de resolverlo. Es decir, tratamos de *reajustar la regla de intercambio* para recuperar el equilibrio de la relación y con él nuestro bienestar. Y para ello utilizamos diversas *estrategias*, tales como ceder o pedir a la otra parte que ceda, ofrecer o pedir una compensación, reprochar, amenazar o agredir a la otra parte para obligarla a que haga lo que deseamos, cuestionar la relación, etc. En la práctica todas estas estrategias constituyen un intento de *negociación informal* entre las partes (Dana, 2001). Negociación que la mayoría de las veces funciona. Entonces, de una u otra forma, se logra *reconstruir* la regla de intercambio entre las partes, de manera que se ajuste a las nuevas circunstancias. Y la relación *continúa*, ofreciendo ventajas a ambas partes. En la Figura 1 representamos la negociación informal, en la parte de arriba del paso 2, como una conversación (flecha de doble punta) entre las partes que da lugar a la resolución del conflicto (parte inferior del paso 2) y, con ello, a la continuidad de la relación social.

1.2. El conflicto como enfrentamiento personal grave

Pero a veces esa negociación informal no funciona. Entonces, o bien el conflicto no se resuelve y continúa aumentando, o bien se le da una solución en falso que, al no satisfacer a una o ambas partes, lleva a la aparición de un nuevo conflicto en poco tiempo. Esto es lo que se denomina una *espiral de conflictos*, que van aumentando en frecuencia e intensidad. Si esa espiral se mantiene, termina por dar lugar a un *enfrentamiento personal grave*. En la Figura 1 la espiral de conflictos se representa en el paso 3 como una serie sucesiva de círculos de flechas que van en aumento, rodeadas de la estrella que significa conflicto, y acompañados de una bomba y una calavera de peligro que indican la gravedad de la situación.

Pues bien, aunque el conflicto se inicia normalmente respecto de un aspecto

concreto en la relación, si la espiral se mantiene en el tiempo, el conflicto termina afectando inexorablemente a *la relación en su totalidad*. Tal como acabamos de señalar, en ese momento el conflicto ha dado un *salto cualitativo* psicológico y material, convirtiéndose en un *enfrentamiento personal grave*. Situación que, normalmente, escapa al control de las partes (se hace irreversible) e involucra a terceras personas (se hace trascendente). El conflicto se ha vuelto *irreversible* en el sentido de que las partes están tan enfrentadas, se sienten tan dolidas y se perciben tan amenazadas por el comportamiento de la otra parte, que ya son *incapaces* de negociar nada ni de resolver nada. Sólo les queda *atacar* para tratar de «acabar» con la otra parte, que perciben como fuente de todo mal (Kahane, 2010). Lógicamente, cuando el conflicto alcanza esa intensidad, trasciende a la relación entre los protagonistas y empieza a *afectar* a las personas de alrededor (familiares, amigos, compañeros, jefes, etc.), a los que normalmente se les pide que «cierren filas» en el ataque a la otra parte o se les acusa de colaboración con «el enemigo». Tal como hemos indicado, en la Figura 1 se representa este enfrentamiento personal grave en el paso 3 mediante la estrella irregular de trazo discontinuo grueso que rodea a la espiral de conflictos.

Dada su intensidad y trascendencia, los enfrentamientos personales graves suelen dar lugar a dos opciones no deseables. La primera es la *ruptura* de la relación. En la Figura 1 se ve una flecha que va de la espiral del enfrentamiento personal del paso 3 directamente a la ruptura de la relación al final del paso 4. En este caso, y dado que las partes ya no pueden arreglar su relación, sencillamente la rompen. Evidentemente, la trascendencia de esa ruptura es directamente proporcional al tipo de relación de que se trate. No es lo mismo cortar la relación con una compañía de móviles que nos ha estafado que con tu pareja con la que llevas conviviendo diez años. De hecho, en los casos en que la relación es muy estrecha (pareja, hijos/padres, relaciones laborales, socios, etc.) la ruptura resulta muy problemática, por lo que normalmente termina siendo necesaria la *intervención de terceras personas*. Se trata entonces de alguna autoridad, árbitro, juez, etc., que intenta imponer una solución a las partes, sobre todo para tratar de paliar los efectos sociales del conflicto sobre terceros inocentes (Alzate, 2007). En la Figura 1 es el paso 4. Pero en la práctica esa intervención, aunque reduzca los efectos negativos para terceras personas, no suele evitar que, antes o después, se produzca la ruptura de la relación entre los protagonistas del conflicto (Figura 1 parte inferior del paso 4).

1.3. La mediación como negociación formal en los conflictos personales graves

Tal como acabamos de señalar cuando se trata de un enfrentamiento personal grave, las partes ya no son capaces de resolverlo mediante algún tipo de negociación informal. De hecho, se puede afirmar que los «enfrentamientos personales graves», cuando se plantean en esos términos personales, se convierten en conflictos «bélicos», es decir *innegociables*, en la medida en que lo único que desea cada parte es «destruir al enemigo». Sin embargo, queda una posibilidad, que es entrar en una

negociación formal con la ayuda adicional de un profesional. Esto es lo que llamamos *mediación*. Desde una perspectiva psicológica, la mediación se define como un «proceso de *comunicación*, que pueden desarrollar *voluntariamente* dos o más personas en conflicto grave, *ayudadas* por una tercera persona neutral, para *intentar* construir, mediante la *negociación*, *un acuerdo* cuyo cumplimiento recomponga *el equilibrio en la relación entre ambas partes, evitando así otras alternativas menos deseables*» (González Capitel, 2001; Soleto Muñoz y Otero Parga, 2007).

La mediación funciona porque, si bien es cierto que cuando estamos en un enfrentamiento personal grave la comunicación directa entre las partes está *totalmente cortada* (y ha sido sustituida por la confrontación «bélica»), es posible *reconstruirla* con la intervención de un profesional de la comunicación (el/la mediador/a) que hace de «catalizador» de la relación. Es decir, ayuda a que las partes «reencuentren» el camino del diálogo entre ellas. Para ello, como veremos al final de este capítulo, el/la mediador/a utilizará técnicas que permitirán primero *enfriar el conflicto*, para luego llevar a cabo un *proceso de negociación* que deseablemente culminará en un *acuerdo formal*. Acuerdo que supondrá la fijación de una nueva *regla equilibrada de relación* entre las partes. Lo cual resultará *beneficioso* para todas las partes involucradas en el conflicto. En la Figura 1 esto se representa en la parte superior del paso 3, mediante un diálogo a tres (flechas de doble punta) en el que las partes se comunican entre sí a través de el/la mediador/a, para llegar al acuerdo formal que beneficia a todos. En la parte inferior del paso 3 se representa el acuerdo mediante la flecha que, al igual que en paso 2, permite algún tipo de *continuidad constructiva* de la relación. Y con esto tenemos ya el *panorama completo* en el que se produce el encuentro entre la trayectoria de los procesos psicológicos del conflicto y la *intervención psicológica* que caracteriza la mediación.

2. PSICOLOGÍA BÁSICA PARA ANALIZAR LOS CONFLICTOS INTERPERSONALES EMOCIONALES

Tal como ya hemos señalado, el conflicto no empieza simultáneamente en dos personas a la vez, sino que *primero* aparece en el comportamiento de una de ellas y *luego* se incorpora la segunda. Pues bien, desde la perspectiva psicológica el conflicto aparece cuando en la mente de una persona surge una *emoción conflictiva* que esa persona *vincula a su relación con otra u otras personas*. De modo que para comprender el mecanismo psicológico del conflicto hay que empezar por comprender los *mecanismos psicológicos* individuales que nos llevan a sentir esas «emociones conflictivas» y a *comportarnos* en consecuencia.

2.1. El comportamiento como adaptación al medio

El comportamiento de las personas es, psicológicamente hablando, la forma que tenemos de relacionarnos con nuestro entorno (Richardson, 1988; Myers, 2004). Y

surge como resultado del funcionamiento de una serie de procesos que ocurren en nuestra mente. Pues bien, el punto de partida para comprender psicológicamente el comportamiento humano es entender que (la mente de) cada persona interpreta el mundo a su manera. Aunque la realidad en que vivimos sea materialmente una sola, cada uno de nosotros la «ve» a través del color del cristal (psicológico) con que la mira. Para comprobarlo basta con fijarnos a nuestro alrededor. Estamos rodeados de personas a las que les gustan cosas que a nosotros nos desagradan, y viceversa (en la comida, en la música, en los deportes, etc.). Oímos a muchas personas hacer afirmaciones y apreciaciones que no compartimos en absoluto (basta hablar de política, de fútbol o de la vida de los famosos, para verificarlo). Asimismo, vemos en los medios de comunicación a personas capaces de cometer acciones inaceptables y/o incomprensibles de todo tipo (los ejemplos de esto podrían ser muy desagradables).

La pregunta entonces es: ¿por qué somos tan diferentes? Y la respuesta más sencilla en psicología se suele dar mediante la llamada «metáfora del ordenador» (Zaccagnini, 2004, 2008). La idea es la siguiente. La relación entre la mente humana y el cerebro es equivalente a la relación entre la parte física de un ordenador (el *hardware*) y los programas (el *software*). De manera que, al igual que todos los ordenadores de un mismo modelo, son *materialmente iguales*, todos los seres humanos (sin patologías cerebrales) *tenemos un cerebro muy parecido* anatómica y fisiológicamente. Pero, aunque el *hardware* de todos los ordenadores de un modelo sean iguales, su funcionamiento *termina siendo diferente* cuando llevamos ya un tiempo utilizándolo. Porque entonces tiene programas y datos que le hemos ido metiendo nosotros (*software*), que hacen que tengan contenidos muy distintos de los ordenadores de otras personas. Pues lo mismo ocurre con la mente (el *software*) de las personas, que varía mucho de unas a otras, pese a que nuestros cerebros (el *hardware*) sean similares. Pues bien, de la misma forma, cada persona se ha desarrollado en un contexto *distinto*, se ha educado en una familia distinta, ha tenido experiencias escolares y sociales distintas, ha estudiado cosas distintas, ha tenido una suerte distinta y unas experiencias vitales distintas, etc. Y, por tanto, *se comporta* de forma distinta de los demás. Es decir, la «mente» de cada persona *diseña* su comportamiento utilizando *los esquemas* («programas») que se ha ido construyendo a partir de sus experiencias personales.

La siguiente pregunta psicológica es: ¿y cómo *diseña* la mente el comportamiento de una persona? Para responder a esta pregunta, el primer elemento a tener en cuenta es el «objetivo» de la mente. Es decir, ¿qué es lo que psicológicamente hablando pretende nuestra mente? Pues el objetivo de toda mente humana no es otro que lograr *adaptarse a su medio* (Figura 2). Desde que nos levantamos hasta que nos acostamos nuestra mente está tratando de cubrir nuestros «*intereses*». Y para ello está diseñando un comportamiento que nos permita 1) sobrevivir, 2) conseguir un cierto grado de bienestar, y 3) si es posible, desarrollarnos como personas. Y eso es lo que en psicología denominamos *el comportamiento adaptativo* (Myers, 2004).

2.2. Los mecanismos psicológicos básicos que subyacen al comportamiento

Para poder diseñar un comportamiento adaptativo, lo primero que tiene que tener en cuenta nuestra mente es *qué necesitamos* y qué creemos que nos *conviene* en cada momento. Evidentemente, tan absurdo es comer cuando no se tiene hambre como dejar de comer cuando necesitamos la comida. Y tan absurdo sería ponerse a comer cuando el barco en que viajamos se está hundiendo, por mucha hambre que tengamos, como dejar de comer hasta morir mientras nos dedicamos a cualquier otra actividad. En definitiva, la primera dimensión que ha de tener en cuenta la mente para diseñar el comportamiento es la lista de *necesidades personales ordenada por su urgencia o importancia*. Es lo que en psicología denominamos la «motivación» (Figura 2). En efecto, para entender psicológicamente el comportamiento, lo primero que hay que tener en cuenta es que *todo comportamiento se basa en una motivación específica*. Y, viceversa, sin una motivación adecuada no hay comportamiento. Esto quiere decir que cuando alguien hace algo, o deja de hacerlo, por muy mal que nos parezca, siempre tiene «sus motivos». Y si no los comprendemos, no comprenderemos ese comportamiento. En el siguiente apartado (epígrafe 3) aplicaremos este principio en el ámbito de los conflictos.

FIGURA 2

Esquema simplificado de los mecanismos psicológicos básicos



FUENTE: Elaboración propia.

Pero para que la mente pueda decidir qué hacer no basta con que tenga una motivación. Por ejemplo, yo puedo necesitar urgentemente un trabajo, pero si no sé cómo se consigue no sabré qué hacer. Además de la motivación, la mente necesita conocer *cómo funciona* el entorno en el que vive y con el que se relaciona. Es lo que

en psicología denominamos la «cognición». Es decir, el conjunto de procesos mentales mediante los que percibimos, recordamos, analizamos, y compartimos información sobre el medio, para dotarnos de un «modelo» (representación mental) del funcionamiento del entorno que nos rodea. Para luego utilizar ese «modelo» como guía a la hora de *orientar nuestro comportamiento* para lograr lo que necesitamos. Ese «modelo» es fruto de nuestra experiencia personal y de nuestra educación (formal e informal), de manera que sólo incluye *una parte* de cómo es el mundo real que nos rodea. La parte que conocemos. Y esto, de nuevo, explica por qué dos personas pueden comportarse de manera muy distinta, basta con que «vean» el mundo desde experiencias vitales muy distintas.

Pero aún falta algo para que la mente pueda decidir qué hacer. Aunque ya sepa lo que necesita (motivación) y cómo se consigue eso en su entorno (cognición), le falta una dimensión más. En concreto, le falta saber si tiene los medios necesarios para lograr lo que necesita. Por ejemplo, yo puedo saber que necesito una casa. Y sé perfectamente cómo se consigue una casa; hay que tener dinero o lograr que un banco te conceda una hipoteca. Pero si yo sé que no tengo dinero y creo que no voy a conseguir que un banco me dé una hipoteca, por mucho que necesita una casa, no miraré ofertas de casas. Para que la mente de una persona decida hacer algo, además de creer que lo necesita y de creer que sabe cómo se consigue, *tiene que creer* (acertadamente o no) que tiene *las habilidades o los medios* (competencias/recursos) necesarios para lograr su objetivo.

En resumen, tal como se describe en la Figura 2, para que la mente pueda elaborar un comportamiento adaptativo necesita tener en cuenta simultáneamente *tres dimensiones*: lo que cree que necesita (motivación), lo que cree que son las reglas del medio en que vive (cognición) y lo que cree que puede hacer («competencias» y «recursos») (Fernández-Abascal, 2001). Tener en cuenta las tres cosas es psicológicamente imprescindible para que *la mente* pueda diseñar un *comportamiento adaptativo*.

2.3. La decisión de actuar: la función ejecutiva

Pero la cuestión a la que se enfrenta la mente es más complicada de lo que parece. Porque muchas veces las tres dimensiones no llevan automáticamente a una *posición viable* que permita tomar una *decisión* y *emitir un comportamiento*. Como hemos visto, a veces sé lo que quiero (un trabajo), pero no sé cómo se consigue: ¿qué hago? Otras veces puede ocurrir que sepa lo que quiero (un piso), sé como se consigue (con dinero), pero no tengo competencias o recursos para lograrlo: ¿qué hago? Y otras veces incluso ni siquiera sé muy bien qué es lo que quiero. Por ejemplo, tengo hambre, sé que en la cocina hay embutido y pan, sé que estoy en el salón de mi casa y sé cómo se va a la cocina… pero no quiero engordar más, así que no sé si quiero comer o no: ¿qué hago? Pues bien, para abordar estas situaciones la mente tiene un mecanismo específico de análisis que se denomina la *función ejecutiva*.

La *función ejecutiva* (Damasio, 1969) es un proceso que se realiza en la región

prefrontal del cerebro (bajo la frente y justo detrás y arriba de los ojos), y su papel consiste en *evaluar conjuntamente* las tres dimensiones y tratar de encontrar una combinación viable. Volviendo a nuestros ejemplos, si quiero un trabajo y no sé cómo conseguirlo, la *función ejecutiva* (FE a partir de ahora) me llevará a cambiar mi motivación. Ahora, en lugar de buscar un trabajo, mi motivación será encontrar información sobre cómo se consigue un trabajo. Si no tengo dinero para comprarme una casa, que es lo que realmente quiero, la FE podría llevarme a buscar una alternativa como, por ejemplo, alquilarla. Si tengo hambre, pero no quiero engordar, y el embutido de la cocina es una tentación muy fuerte, la FE podría priorizar la «línea» llevándome a buscar algo que me distraiga y me aleje del embutido, como, por ejemplo, salir a dar un paseo. O bien podría priorizar el placer de comer, quitándole importancia a lo de estar delgado, o haciendo un pacto conmigo mismo, de forma que mañana haré ejercicio para quemar el embutido, etc. Estas situaciones son comunes y las conocemos todos.

Pues bien, con esto tenemos ya un modelo completo del esquema de los mecanismos psicológicos básicos que subyacen al comportamiento adaptativo (Figura 2). Y la primera *consecuencia importante*, de cara a comprender el comportamiento de las personas, es que no conviene confundir *comportamiento* con *conducta*. Conducta es lo que *vemos* que hace una persona. O sea, lo que la mente ha decidido hacer. Y comportamiento en *la relación* entre esa conducta y *la intención* con que la mente la ha diseñado. Como hemos visto, esa «intención» en la combinación de lo que la persona cree que necesita (motivación), lo que la persona cree que es el funcionamiento de su entorno (cognición) y de los medios de los que cree disponer (recursos/competencias). La *consecuencia importante* es que para *comprender el comportamiento* no basta con «observar» el comportamiento, sino que hay que interpretarlo correctamente *vinculándolo* con la intención que lo ha generado. Por ejemplo, si alguien me da un fuerte empujón, la conducta es evidente, pero ¿a qué comportamiento corresponde? Si la intención de esa persona es hacerme daño, el comportamiento es una agresión. Si la intención de esa persona es apartarme de un objeto que está cayendo sobre mí, el comportamiento es una ayuda. Luego lo que me hace comprender el comportamiento no es sólo la conducta que observo, sino la *combinación* de esa conducta y la intención que tiene asociada. Aplicado a los conflictos, como veremos en el siguiente apartado, cuando alguien hace algo que no me gusta, para entenderlo tengo que identificar correctamente su intención, porque de no hacerlo puedo iniciar un proceso de ruptura de la comunicación y una espiral de conflictos.

Y la cuestión se complica aún más por el hecho de que *no somos conscientes* de la mayoría de esos procesos mentales que acabamos de describir. A nuestra conciencia llega el *producto final*, por ejemplo, la percepción de una situación o la emoción que nos produce, pero no el *proceso mental* mediante el que hemos analizado, interpretado y valorado esa situación. De manera que si ha habido algún error, por ejemplo de percepción del comportamiento de otra persona, no seremos conscientes de ello, y pensaremos que tenemos la razón, pese a que no es así. Ésta es otra de las

claves de la *incomunicación* que aparecen en el desarrollo de los conflictos, del que hablaremos en el epígrafe 3.

2.4. LAS EMOCIONES

Pero antes de pasar a analizar la dinámica de los conflictos en el epígrafe 3 es importante profundizar un poco en las «emociones conflictivas» que, como señalábamos, están en la *base* de todo conflicto interpersonal. Tal como ya hemos visto, para realizar su trabajo la FE tiene que empezar por *evaluar conjuntamente* las tres dimensiones básicas (motivación, cognición y competencias/recursos), para comprobar si constituyen en conjunto una combinación viable o no. Pues bien, el resultado de esa evaluación conjunta es la «emoción». En efecto, la emoción es *la evaluación* que hace nuestra mente, en cada momento, de la *situación vital en que nos encontramos*, de cara a *decidir* qué hacer en cada momento. Y esta evaluación puede llevarnos a tres situaciones distintas.

a) Si nuestra mente (FE) considera que *las cosas nos van bien*, la evaluación conjunta es positiva y entonces sentimos *emociones positivas* (calma, bienestar, ilusión, alegría, felicidad, etc.). En ese caso, las emociones positivas nos llevan a *seguir haciendo* lo que estamos haciendo, ya que parece que funciona.

b) Si la mente (FE) considera que *algo se interpone* en la consecución de nuestros objetivos adaptativos, la evaluación es negativa y sentimos *emociones negativas* (alerta, enfado, odio, etc.). En este caso las emociones negativas nos llevan a *intentar remover* eso que se interpone entre nosotros y nuestros intereses.

c) Pero a veces en la evaluación conjunta que hace nuestra mente (FE) se enfrentan aspectos positivos y aspectos negativos *simultáneamente*, con lo que sentimos una *emoción conflictiva* (desconcierto, preocupación, frustración, tristeza, etc.) que *nos bloquea* y *no nos indica* cómo actuar.

Un ejemplo de este tercer tipo de emociones conflictivas es el caso de que simultáneamente queremos comer embutido con pan y, a la vez, mantener la línea. Estas emociones nos hacen sentir muy mal, nos bloquean y, con mucha frecuencia, terminamos haciendo «cualquier cosa» para intentar quitárnoslas de encima. Como veremos en el siguiente punto, una estrategia habitual consiste en «culpar» a otros de nuestro malestar, lo que nos permite *proyectar el problema* y creernos que, si el otro cambiara su comportamiento, dejaríamos de sentirnos así.

3. ESTRUCTURA Y DINÁMICA PSICOLÓGICA DE LOS CONFLICTOS INTERPERSONALES

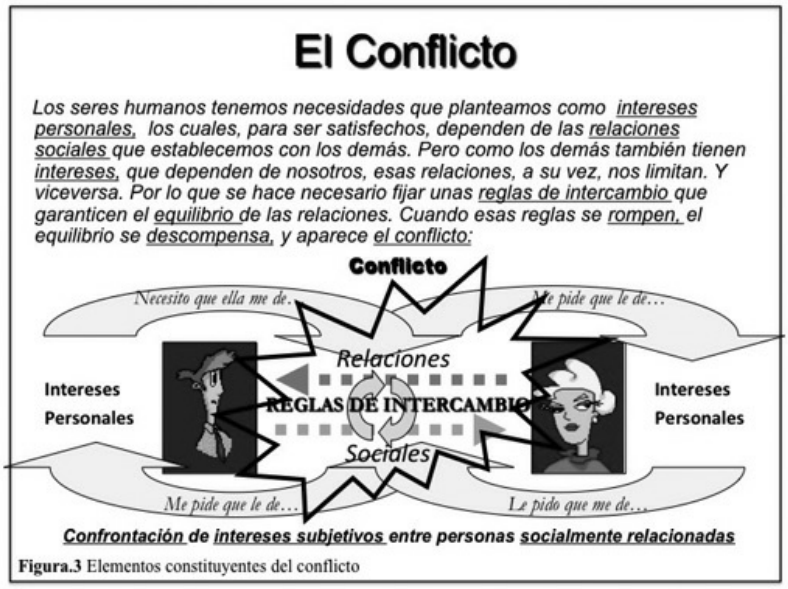
Llegados aquí sabemos que un conflicto interpersonal es una *confrontación de intereses subjetivos que se produce entre personas socialmente relacionadas*. Vamos

a profundizar en su estructura y tipología, para luego entender cómo funciona la mediación que, como hemos dicho, es una negociación formal que se hace en conflictos personales graves.

Tal como ya hemos señalado varias veces, lo que caracteriza a la psicología humana es que los humanos tenemos necesidades que planteamos como *intereses personales*, que en cada persona son distintos. En la Figura 3 aparecen dos personas con sus intereses personales diferentes.

FIGURA 3

Elementos constituyentes del conflicto



FUENTE: Elaboración propia.

Pero ocurre que, en la vida cotidiana, una gran cantidad de esos intereses dependen de las relaciones que mantenemos con otras personas (Aronson, 1999). Por ejemplo, de los demás obtenemos compañía, conversación, placer físico y psicológico, información, conocimientos, ayuda material, apoyo psico-social y afectivo, etc. De manera que la cobertura de todas esas necesidades *depende de las relaciones sociales* que mantenemos con otras personas. Ahora bien, lógicamente los demás también nos necesitan a nosotros para cubrir sus propias necesidades. Por ejemplo, vuélvase a leer la lista anterior, pero ahora empezando cada punto con «personas que nos piden a nosotros… compañía… conversación…, etc.». De manera que pedimos y damos cosas *simultáneamente*. Es decir, intercambiamos la cobertura de nuestras necesidades a cambio de cubrirle sus necesidades a otros. A veces lo que intercambiamos es de la misma naturaleza, por ejemplo amor por amor. Pero otras veces es de naturaleza distinta, por ejemplo dinero a cambio de realizar un trabajo o servicio. En cualquier caso, como se ve en la Figura 3, todos estamos inmersos en un *bucle de intercambio* de cosas que necesitamos.

Pues bien, para que ese intercambio funcione tiene que resultar beneficioso para ambas partes. De manera que debe ajustarse a algún tipo de «regla de intercambio»

previamente pactada (explícita o implícitamente) que garantice ese *equilibrio*. Veamos algunas de ellas a título de ejemplo:

— *Regla del trueque, o regla comercial*. El valor material para mí de lo que recibo debe ser igual al valor material para el otro de lo que le doy. Por ejemplo, si voy a comprar un reloj, el precio me tiene que parecer «justo», es decir, que espero que lo que me aporte el reloj sea equivalente a lo que me cuesta ganar el dinero que tengo que pagar.

— *Regla del respeto social*. En la relación cada parte respeta el *status quo* del otro socialmente establecido. Por ejemplo, yo respeto a la policía, y obedezco sus indicaciones, a cambio de que la policía me defienda cuando yo sea atacado.

— *Regla del paternalismo*. Una parte da recursos materiales y protección, y la otra afecto y obediencia. Típica de la relación entre padres e hijos pequeños. El padre quiere, protege y alimenta al niño, y éste debe quererle y obedecerle.

— *Regla de la amistad*. Una parte ayuda a la otra necesitada, a cambio de que en el futuro/pasado sea/fue recíproca la ayuda.

— *Regla del amor*. Ambas partes colocan la felicidad del otro por encima de cualquier otro objetivo.

Este tipo de reglas pretende garantizar que el intercambio social sea *justo y equilibrado*. De manera que ambas partes sientan que *sus necesidades están cubiertas* a cambio de dar algo *razonablemente equivalente* a la otra parte.

Ahora bien, si por la razón que sea, una de las partes *siente* que la regla ya no le satisface y la rompe o descompensa, el *equilibrio* de la interacción se *romperá* y aparecerá el «conflicto» *confrontación de intereses subjetivos, que se produce entre personas socialmente relacionadas* (Figura 3).

3.1. Tipos de conflictos interpersonales

Una vez que aparece un conflicto en una relación interpersonal, la situación puede variar entre dos extremos. Por un lado, el conflicto puede plantearse como un *problema resoluble* que hay que gestionar. Como, por ejemplo, cuando a una pareja le toca un poco de dinero en la lotería, y una parte quiere gastarlo en un viaje y la otra en un televisor grande. O puede plantearse como un *enfrentamiento personal*. Como, por ejemplo, cuando en una pareja una parte descubre que la otra tiene un amante y cuando se lo reprocha, la otra parte dice que la culpa la tiene el otro porque lleva mucho tiempo tratándola mal. En la Tabla 1 se sintetizan las características de ambos tipos extremos de conflictos psicológicos.

Tabla 1
Tipos psicológicos de conflictos

Hay dos tipos básicos de conflictos psicológicos

Problemas resolubles (Que son conflictos normales a gestionar)	Enfrentamientos personales (Que son conflictos emocionales)
Hay intereses «objetivos» diferentes.	Hay emociones conflictivas encontradas.
Se apela a «reglas consensuadas» para negociar.	Se entra en una «guerra personal».
Se busca una «solución equilibrada».	Se busca «aniquilar» al enemigo.
Son constructivos y mejoran y afianzan la relación.	Son destructivos y debilitan o destruyen la relación

FUENTE: Elaboración propia.

Como vemos, cada uno de los tipos supone un *planteamiento* muy diferente y, lógicamente, producen *resultados* muy diferentes. En el caso de los problemas resolubles, y siguiendo con el ejemplo del dinero de la lotería, la pareja empezará por *entender* que es normal que a cada uno le gusten cosas distintas y buscará una *regla para negociar una solución equilibrada*. Por ejemplo, lo echamos a suertes: o gastamos la mitad en viajes y la otra mitad en un televisor, o compramos el televisor y luego nos comprometemos a ahorrar para el viaje, etc. Y finalmente llegará a un *acuerdo* que ambas partes podrán aceptar de buen grado. Con esto la relación saldrá *reforzada*. En cambio, en el caso de la infidelidad por «abandono», ninguna de las partes «entenderá» ni aceptará el planteamiento de la otra parte, sino que *se sentirán agredidos emocionalmente*. Y a continuación lo más probable es que no busquen un acuerdo equilibrado, algo como «tú dejas a tu amante y yo te cuido más», sino que entrarán en una *espiral de culparse y agredirse* mutuamente, con la intención de hacer daño a quien nos ha hecho daño. De manera que *el resultado será muy negativo*, probablemente llegando a la separación, o por lo menos a un enfriamiento grande de la relación que, con el tiempo, lo más probable es que finalmente termine en separación. En la práctica los conflictos de la vida cotidiana no suelen ser de un extremo u otro, sino que suelen estar a medio camino de ambos extremos, *combinando* elementos de uno y otro tipo. Pero aquí presentamos los extremos para hacer más clara la descripción.

Ahora bien, en cuanto a su *desarrollo*, todos los conflictos, ya se planteen como problemas razonables o como enfrentamientos personales, *pasan por las mismas fases*. En concreto:

— Fase 1: *Aparición* del conflicto en una persona, dando lugar a una *reacción* de la otra parte de la relación.

— Fase 2: Aplicación de *tácticas* de afrontamiento del conflicto, por ambas partes, dando lugar al *desarrollo* del conflicto.

— Fase 3: *Finalización* del conflicto, dando lugar a *consecuencias* para las personas involucradas y la relación.

Efectivamente, antes de que aparezca un conflicto tenemos una *relación* en la que ambas partes sienten que sus intereses están siendo razonablemente cubiertos

mediante una o más *reglas de intercambio*. Si no, no habría relación en la que instalarse el conflicto. A continuación, y tal como ya hemos comentado, todos los conflictos aparecen cuando una de las partes deja de sentirse cómoda con la regla de intercambio, que comparte con otra persona, porque *siente que ya no cubre sus intereses*. En consecuencia, deja de cumplirla. Y entonces la otra persona siente que sus intereses están siendo afectados *y reacciona en consecuencia*. Ésta es la Fase 1 de todo conflicto (aparición-reacción).

A partir de ahí, cuando las personas se dan cuenta de que están en un conflicto, sacan a relucir sus armas, es decir sus *tácticas* para afrontar conflictos. Así unas personas se enfadan, otras tratan de razonar, otras hacen como que no pasa nada, etc. El caso es que una parte hará algo, la otra le contestará, la primera responderá, y así entraremos en la *dinámica de intercambios* que caracteriza el *desarrollo* de todo conflicto. Fase 2 del conflicto (tácticas-desarrollo).

Finalmente, tarde o temprano el conflicto *finaliza*, porque se llega a un acuerdo, o porque una de las partes cede, o porque ambas partes están cansadas, o porque intervienen terceras personas. El caso es que el conflicto finaliza y, a partir de ese momento, tanto las personas involucradas como la relación resultarán *afectadas*, para bien o para mal, según como se haya resuelto el conflicto. Fase 3, y última del proceso (finalización-consecuencias).

3.2. El desarrollo negativo de los conflictos: enfrentamientos personales graves

Como hemos dicho, todos los conflictos pasan por esas tres fases. Pero cuando en la fase 1 se planean como un «enfrentamiento personal», su evolución suele ser muy negativa y terminan afectando gravemente a las personas involucradas y a la relación. Veámoslo por fases.

Fase 1: Aparición-reacción (ruptura de la comunicación). El conflicto empieza cuando una de las partes de una relación social *siente una «emoción conflictiva»* relacionada con *intereses* importantes en su vida y *cree* que la culpa es de la otra parte. Volviendo al caso de la infidelidad en una pareja, una parte puede sentirse poco querida o valorada por la otra parte, lo que le hace sentirse muy mal y sin saber qué hacer (*emoción conflictiva*). Entonces es posible que se lo reproche a la otra parte. Por desgracia, muchas veces a la otra parte no le parece que tenga razón o, simplemente, no le hace caso, dando lugar a *la clave* del desarrollo negativo de los conflictos, que es la *incomunicación*. Entonces es cuando la parte que se siente abandonada puede buscar el reconocimiento que necesita en otras personas. Hasta que un día su pareja se entera de la «infidelidad» y siente sus intereses gravemente afectados, por lo que *reacciona* enfadándose con su pareja, y pasa directamente a pensar en hacer algo para «castigarla», sin pararse a preguntar o tratar de entender porqué lo ha hecho (incomunicación). Con esto se cierra la primera fase del conflicto con el binomio aparición-reacción, y si no hay comunicación el *conflicto personal*

está servido.

Fase 2: Tácticas-desarrollo (la espiral de peleas). Una vez que el conflicto está establecido, y ambas partes son conscientes de que están en un enfrentamiento personal, pasan a utilizar sus «armas» para defenderse y/o atacar. Estas armas son las *tácticas de abordaje de un conflicto* que cada una de las partes ha aprendido a lo largo de su vida. Por ejemplo, algunas tácticas típicas (que no funcionan) son abordar cualquier dificultad «rompiendo la baraja» (rol de duro). Intentar resolverlo «cediendo y reprochando» (rol de mártir), *amenazar* con «romper la baraja» (ir de farol). Hacer como que «no pasa nada» (negar el conflicto). *Maltratar* al otro para que haga lo que nosotros queremos (castigar). «Repetir argumentos racionales» (rol paternalista). El ciclo «pelea-reconciliación» que no resuelve el problema (rol de novios). Estas, y otras muchas variantes, son las que se suelen utilizar. Normalmente las personas tendemos a utilizar siempre el mismo tipo de táctica para todos los conflictos que nos surgen.

Pues bien, todas las *tácticas negativas* que se pueden utilizar se ajustan a uno de los siguientes tres tipos.

1) *Tácticas gana-pierde* (G-P). Es el tipo de táctica (equivocada) que más *frecuentemente* usamos. Se trata de que ante la sensación de que otra persona se ha portado mal con nosotros, nuestra primera reacción es pensar que *tenemos toda la razón* y que la otra persona está *totalmente equivocada*. Por tanto, tenemos todo el *derecho a exigir* (yo gano) a la otra parte que ceda (tú pierdes). Por ejemplo cuando un padre se entera de que su hijo menor ha hecho algo malo. El padre cree tener toda la razón, así que actuará en consecuencia. En concreto, lo que hacemos en estos casos es utilizar la fuerza de que dispongamos para *obligar* a la otra parte a ceder. Y si no lo hace a la primera, presionamos aún más.

2) *Tácticas pierde-gana* (P-G). Es el tipo de táctica (equivocada) que utilizamos cuando, pese a creer que tenemos la razón, sabemos que *la otra parte es más fuerte*, y que no podemos con ella. Así que aceptamos que no vamos a ganar (yo pierdo) y que la otra parte se impondrá (tú ganas). Pero como seguimos pensando que nosotros tenemos la razón, trataremos de hacerle «chantaje emocional» a la otra parte para recuperar parte de lo perdido. Por ejemplo, un hijo menor, que sabe que su padre no le va a dejar hacer algo que quiere (p. ej., ponerse un *piercing*), se lo quita, pero se queja de que «nunca le dejan hacer lo que quiere, etc.» con la esperanza de que el padre *le compense* de alguna manera (p. ej., comprándole unas zapatillas de marca).

3) *Tácticas pierde-pierde* (P-P). Es un tipo de táctica (desastrosa) que *casi nunca se utiliza al inicio* de un conflicto personal, pero que *si el conflicto se prolonga* suele ser la que lamentablemente *se acaba* por adoptar. Lo normal es haber empezado con un pierde-gana, tratando de obligar al otro a ceder. Pero como resulta que ambas partes lo aplican, lo que ocurre es que se entra en un enfrentamiento personal. Y, con mucha frecuencia, hemos *calculado mal* la fuerza del otro y, por mucho que aumentemos nuestra presión, nos encontramos con un *aumento equivalente* por la otra parte. En definitiva, que pensábamos que íbamos a ganar y descubrimos que

estamos en un «empate» del que va ser muy difícil salir victorioso. Entonces, para salvar el honor, pensamos «Vale, yo no voy a ganar (yo pierdo), pero tú tampoco (tú pierdes)». Por ejemplo, esto ocurre en un conflicto de un padre con un hijo adolescente, cuando el joven se rebela y no se pliega a los castigos del padre. Entonces el padre descubre que su fuerza no es suficiente, y lo mismo le pasa al hijo. Ninguno puede ganar, pero los dos pueden hacerse mucho daño mutuamente, y lo hacen para vengar su autoridad, orgullo o identidad heridos. La táctica es desastrosa e inútil, pero se mantiene porque ambas partes están *atrapadas* en una «emoción conflictiva» que, como se recordará, es el tipo de emoción que nos bloquea.

La aplicación de estas tácticas inadecuadas da lugar al *desarrollo del conflicto*. Como acabamos de comentar, lo habitual es que al inicio del conflicto la parte A aplique un G-P «castigando» a la parte B para que ésta ceda y la parte B le responda con otro G-P «devolviéndole» el golpe. Entonces A, doblemente ofendido, aumentará la dosis de «castigo» insistiendo en su G-P, y lógicamente la parte B hará lo propio. Con ello entrarán en una *espiral de agresiones* que se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales. El primero es que será *el conflicto* y no las partes el que *controle* el proceso. En efecto, una parte hace algo y se queda parada esperando que la otra ceda, pero en lugar de eso la otra parte ataca, lo que le *obliga* a la primera a redoblar su ataque y esperar que la otra ceda… no lo hace..., etc. Es decir, cada parte *se ve obligada* a actuar al ritmo y de la forma *que le marca la dinámica del propio conflicto*. La segunda característica es que la acumulación de «agresiones» produce cada vez más y mayor sufrimiento en las partes, y cada vez afecta a más facetas de la relación, trascendiendo el motivo inicial y convirtiéndose en un *conflicto generalizado*. Ahora es ya un conflicto que afecta a *toda la relación* en su conjunto. En tercer lugar, el conflicto alcanza tal intensidad, que las partes ya son incapaces de negociar nada ni de resolver nada. Sólo les queda atacar para tratar de «acabar» con la otra parte. De manera que las partes *ya no son capaces de salir del círculo vicioso del conflicto por sí mismas*. Y en cuarto lugar, empieza a *afectar a terceras personas inocentes*, que, sin embargo, acaban directa o indirectamente involucradas en el conflicto.

Fase 3: Finalización-consecuencias (ruptura dolorosa). Casi todos los conflictos personales emocionales llegan a algún tipo de *finalización*, entre otras cosas porque esa espiral de agresiones mutuas los lleva a alcanzar un *coste* y una *trascendencia* insostenibles. Llega un momento en que ya no se puede soportar más. Hay que señalar que *esto no ocurre* en los conflictos en los que ambas partes sacan (o esperan sacar) más beneficios manteniendo el conflicto que si se termina. Esto es lo que ocurre con mucha frecuencia en los conflictos entre *grupos* (Kahane, 2010), pero no es lo habitual cuando se trata de *personas individuales*. En estos casos individuales, como acabamos de señalar, *el conflicto acaba siendo demasiado penoso*. De manera que se termina porque una parte echa el resto y, efectivamente, *logra vencer* a la otra parte, o bien una parte *cede* porque ya no quiere seguir en la espiral de agresiones, o bien las circunstancias, o terceras personas, *les obligan a llegar a algún tipo de*

acuerdo, o bien finalmente la relación *se rompe definitivamente*.

Pues bien, una vez finalizado el conflicto, tanto las *personas involucradas* como su *relación* social y material queda *modificada*, en función de cómo se ha finalizado:

— La parte que *vence* pierde el aprecio y la colaboración futura de la vencida. La *vencida* pierde materialmente y pierde confianza en el vencedor. En el futuro es más probable que se repitan los conflictos.

— La parte que *cede* pierde materialmente y se debilita de cara al futuro. La parte que *gana* queda con una deuda moral que, si no paga, terminará por reabrir el conflicto. La relación queda más desequilibrada de cara al futuro.

— Cuando se *rompe o minimiza* la relación, ambos se sienten fracasados, pierden lo que la relación podría aportar de positivo y pierden confianza en sus propias capacidades para resolver los problemas. El futuro de ambos se complica, tanto porque deberán buscar lo perdido en otro lugar, como por la pérdida de confianza.

— Ambas partes *se ven obligadas a ceder llegando a un acuerdo*, ambas partes ganarán o perderán en función de lo equilibrado que sea el acuerdo y de que efectivamente lo cumplan, y si no, será un caso asimilable a alguno de los anteriores.

3.3. El desarrollo positivo de los conflictos: problemas cotidianos resolubles

Pero, como ya hemos señalado, los conflictos se pueden plantear de forma alternativa como «problemas resolubles», y entonces su evolución resulta muy positiva. Ahora bien, para que esto ocurra debemos *estar preparados* y adoptar una *actitud constructiva* para su abordaje. Esa actitud supone, en primer lugar, asumir que los conflictos son algo *normal y natural* que ocurren cotidianamente en las relaciones humanas. En segundo lugar, que son algo *positivo*, en la medida en que nos avisan de un obstáculo dentro de una relación positiva e importante para nosotros y, sobre todo, porque nos *ayudan a mejorarla*. Y, en tercer lugar, hay que contar con que los conflictos casi siempre son *resolubles positivamente*, llegando a un *acuerdo mutuamente satisfactorio*, con lo que *mejoran las habilidades de relación* y la *autoestima* de las personas implicadas, *reforzando la relación*. Evidentemente, como veremos al final del capítulo, ésta debe ser la actitud de un/a mediador/a ante los conflictos.

Pero para que se obtengan esos resultados es imprescindible, en primer lugar, estar *preparados para identificarlos* cuando aparezcan y *abordarlos a tiempo*. Y en segundo lugar, afrontarlos mediante *la comunicación* entre las partes implicadas. Veamos cómo se concreta esto en las tres fases del desarrollo de todo conflicto.

Fase 1: Aparición-reacción (comunicarse). La actitud «constructiva» frente a los conflictos empieza por tener en cuenta dos cosas fundamentales. Una es que cuando detectamos que una persona, con la que tenemos alguna relación, se comporta de manera agresiva hacia nosotros, es evidente que estamos en la *fase 1* de un conflicto

personal. Pero lo que ya *no está tan claro* es si estamos ante la «aparición» del mismo, porque la otra parte ha cambiado, o ante una «reacción» por parte de la otra persona ante algo que hemos hecho nosotros. Porque con mucha frecuencia hacemos, sin querer, cosas que molestan a otros. Pero como *no somos conscientes* de que los hemos molestado, su «reacción» la interpretamos como una «aparición» *no justificada* de una conducta agresiva de los otros hacia nosotros. Y la segunda cosa es que, sea como sea, esa «agresión» que detectamos proviene de alguien con el que tenemos una *relación buena e importante* para nosotros (punto 3). De manera que no es probable que la otra persona desee realmente hacernos daño, sino más bien que tiene algún tipo de «problema» que se refleja en su comportamiento.

Por tanto, en esta fase de «aparición» del conflicto lo fundamental es no «enfadarse», planteándolo como un «enfrentamiento personal», sino «preocuparse» y *abrir un espacio de comunicación* con la otra parte para intentar aclarar la situación. Y aquí es importante subrayar que *la clave de la comunicación* no es «hablar», es decir «explicarle al otro cuánta razón tenemos nosotros», sino *escuchar*, es decir, tratar de entender el comportamiento del otro (Mercer, 2000). Comportamiento que, como vimos en el punto 2, no es sólo la conducta que observamos (y que nos parece una agresión), sino que para entenderlo necesitamos acertar también con la «intención» que lo acompaña (motivación, cognición y competencias/recursos). De manera que hasta que ambas partes no tienen una *representación común* de lo que realmente significa el comportamiento de ambos no se puede empezar a tratar de resolver el conflicto en términos de un *problema resoluble*.

Fase 2: Tácticas-desarrollo (ganar-ganar). Cuando ambas partes tienen una idea común sobre el problema resoluble que ha aparecido en la relación, se está en condiciones de abordar el conflicto de manera constructiva. Tal como se presenta en la Figura 4, de lo que se trata es de no ver a la otra parte *a través* del conflicto (con lo que la vemos como el enemigo), sino *frente* al conflicto (como un aliado).

FIGURA 4

El abordaje conflictivo de los conflictos

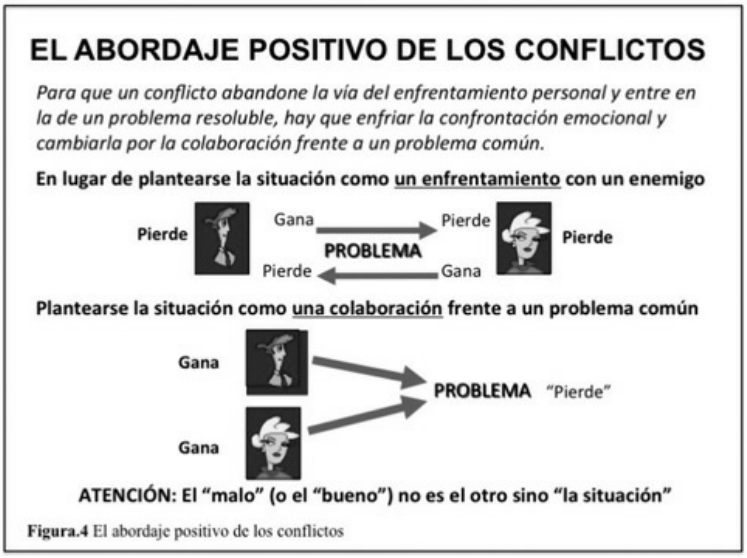


Figura.4 El abordaje positivo de los conflictos

FUENTE: Elaboración propia.

Una vez que se ve la situación como un problema resoluble a abordar conjuntamente, el siguiente paso es *motivar* a ambas partes para que se inicie una táctica de colaboración positiva de cara a negociar una solución. En el apartado anterior repasamos las tácticas que no funcionan (gana-pierde, pierde-gana y pierde-pierde). Pues bien, la única táctica que permite resolver los conflictos positivamente es la táctica gana-gana (Fisher *et al*., 1981; Brams, 2000; Cornelius, 2003). Esta táctica consiste en intentar cubrir las propias necesidades (ganar), pero no a cambio de que la otra parte deje de cubrir las suyas (parte superior de la Figura 4), sino ayudando a la otra parte a hacer lo propio (ganar) (parte inferior de la Figura 4). Esto permite que cada parte sienta que puede dar cobertura a sus necesidades *básicas* irrenunciables (motivación), que cada parte perciba que hay una oportunidad para manifestarse libremente y sin riesgos (cognición/comunicación), y que cada parte asuma que su papel es el de colaborar con la otra parte frente a un problema común (competencias/recursos).

Una vez adoptada esta táctica, lo importante es no dejar que el conflicto nos lleve, como ocurría con la espiral negativa, sino que cada parte debe tomar un papel activo (proactivo) en el desarrollo del conflicto. Es decir, ambas partes deben asumir la *responsabilidad* de abordar el problema que comparten y tratar de encontrar una solución *gana-gana*, pensando no sólo en las necesidades propias, sino también en las del otro.

Fase 3: Finalización-consecuencias (acuerdo negociado). Para alcanzar un resultado gana-gana hay que entrar en una *negociación*. Negociación que se debe plantear: 1) en términos de intereses y no de posiciones, 2) separando las personas de los problemas, y 3) generando opciones y criterios objetivos de evaluación para generar un nuevo «pacto» (nueva regla de intercambio) que guíe la relación en el futuro (Fisher *et al.*, 1981). Pero para que ese pacto produzca un resultado positivo tiene que ser efectivamente *aceptado* y *cumplido* por ambas partes. Y por tanto ha de ser psicológicamente asumible. Por tanto, el pacto final ha de ser:

— *Justo-equilibrado*: Que dé cobertura a las *necesidades básicas* irrenunciables de cada parte (*motivación*).

— *Pactado-voluntario*: Que cada parte lo *perciba* como una realidad propia y equitativa (*cognición*).

— *Viable-duradero*: Que cada parte pueda *cumplirlo* razonablemente con los medios (materiales y psicológicos) de que dispone (competencias/recursos).

Por último, ya sabemos que una vez finalizado el conflicto tanto las *personas involucradas* como *su relación social y material* queda *modificada*, en función de cómo se ha finalizado el propio conflicto. Cuando se alcanza un pacto del tipo que acabamos de describir, el conflicto se resuelve positivamente y las consecuencias son que:

— Ambas partes *se sienten bien* psicológicamente al terminar el conflicto. Nadie ha *perdido una pelea* (motivación).

— Ambas partes tienen una *mejor imagen de la relación* (cognición), con lo que están más dispuestas a mantener la relación en el futuro, favoreciéndola y aportando cosas positivas.

— Ambas partes se sienten más *seguras de sí mismas* y más capaces de abordar futuros problemas (competencias/recursos), ya que el equilibrio de la (regla de intercambio) de la relación ha mejorado.

4. EPÍLOGO: MEDIACIÓN Y CULTURA DE LA PAZ

En la introducción ya se señaló que, desde una perspectiva psicológica, la mediación es un proceso de recuperación de la *comunicación* entre las partes, guiado por un/una mediador/a, al objeto de que las partes alcancen una *solución negociada* a su problema. Pues bien, llegados a este punto, estamos en condiciones de explicar cómo funciona psicológicamente ese proceso de mediación. Opera básicamente en *dos fases*.

Primera fase: Enfriamiento: Tal como ya comentamos, la mediación interviene cuando el conflicto ha devenido en una espiral de agresiones personales que lo han convertido en un problema interpersonal emocional *irresoluble*, porque las partes ya no quieren resolver nada, sino «acabar con el enemigo». La cuestión entonces es: ¿cómo lo aborda la mediación? Pues precisamente partiendo de ahí. Es decir, asumiendo que el conflicto es irresoluble tal y como está planteado. Para que un conflicto sea resoluble positivamente debe dejar de plantearse como un «enfrentamiento personal» y pasar a plantearse como «un problema resoluble» (tabla 1). Insistimos porque es muy importante: para que un conflicto «emocional» se pueda resolver hay que convertirlo en un conflicto «racional».

De modo que la primera fase de la mediación se orienta precisamente a enfriar el conflicto, reconstruyendo la comunicación entre las partes. Para ello el/la mediador/a fija ciertas reglas del juego (contrato de mediación) que evite la confrontación directa entre las partes. Y a continuación utiliza técnicas de «escucha activa» y de «empatía»

para que cada una de las partes se sienta comprendida y puedan sustituir sus intentos de agredir a la otra parte por la manifestación de sus «necesidades». Con ello el contenido de la comunicación pasa de los «reproches» (posiciones) a las necesidades (intereses).

Segunda fase: Negociación: En esta fase el/la mediador llevará a las partes a darse cuenta de que para cubrir esas necesidades tiene que abandonar el enfrentamiento y abordar la situación como una colaboración frente a un problema común. Para ello el/la mediador/a utilizará técnicas de *persuasión* (Cialdini, 1988) para animar a las partes a colaborar y técnicas de *negociación* (Fisher *et al*., 1981) para garantizar que se llega a un acuerdo final justo, equilibrado y viable (véase punto 3.3, «Resolución positiva de conflictos»). Y es importante subrayar que en esta fase el/la mediador/a no «negociará», sino que operará como un «catalizador», es decir como un andamio, para que las partes se apoyen y puedan retomar la comunicación que les llevará a la construcción del acuerdo. Pero una vez llegados al acuerdo, el «andamio» se quita y ya no forma parte del mismo.

4.1. Mediación y cultura de la paz

Llegados a este punto es importante señalar que la mediación forma parte de toda una forma de entender las relaciones humanas que se ha dado en llamar *la cultura de la paz* (Vázquez Ramírez, 2006). Los animales, y nosotros en cuanto animales, tenemos un esquema innato de abordaje de los conflictos que se concreta en la diada «lucha o escapa» (*Fight or Fly*, en inglés). Es decir, ante un conflicto con otro ser vivo, si crees que eres mas fuerte, ataca, y si crees que eres más débil, huye. Sin embargo, la cultura humana ha añadido una tercera opción: «negocia para llegar a un pacto» (Marina y Valgoma, 2000; Tomasello, 2010). Opción que nos hace pasar de un «juego» en el que para que uno gane el otro tiene que perder, a un juego en que *ambas partes ganan* (Wright, 2000; Kahane, 2010).

Y la mediación es uno de los instrumentos clave de esa opción «civilizada» de abordaje de los conflictos. Por tanto el/la mediador/a ha de ser un *agente activo* de la cultura de la paz. De manera que para ejercer la mediación de forma eficaz no basta con aplicarles a otros las técnicas a las que hemos hecho referencia más arriba, sino que debe ser alguien que «se lo crea». Es decir, que lo aplique cotidianamente en todas sus relaciones con los demás. Y es importante subrayar que, psicológicamente hablando, ese «convencimiento» desempeñará un papel fundamental en *la eficacia* de una persona como mediadora.

Nota pedagógica: Para la adecuada comprensión de los conceptos presentados en este capítulo, se recomienda hacer una segunda lectura del mismo, lo que permitirá al lector relacionarlos entre sí, comprendiendo mejor el proceso del conflicto y sus abordajes.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALZATE, R.: *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998 (Serie de Educación y Psicología).

— «La Dinámica del Conflicto», en Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (coords.), *Mediación y Solución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

DAMASIO, A. R.: *El error de Descartes*, traducción Ed. Crítica (Grijalbo-Mondadori), Barcelona, 1996.

DANA, D.: *Adiós a los conflictos*, traducción McGraw-Hill, Madrid (2001), 2002.

DEUTSCH, M. y COLEMAN, P. T. (eds.): *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, Jossey-Bass Publishers (A Wyley Company), San Francisco, California, 2000.

FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. G.: *Procesos Psicológicos*, Pirámide, Madrid, 2001.

FISHER, R., URY, W. y PATTON, B.: *Obtenga el SÍ. El arte de negociar sin ceder*, traducción Gestión 2000, Barcelona (1981), 2002.

KAHANE, A.: *Power and Love: A Theory and Practice of Social Change*, Berrett-Koehler, San Francisco CA, 2010.

MARINA, J. A. y VALGOMA, M. DE LA: *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Barcelona, 2000.

— *Aprender a convivir*, Ariel, Madrid, 2006.

MYERS, D. G.: *Psicología*, 7.ª ed., traducción Editorial Médica Panamericana, Madrid (2004), 2005.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (coords.): *Mediación y Solución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

TOMASELLO, M.: *¿Por qué cooperamos?*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010.

VÁSQUEZ RAMÍREZ, W. A.: *Manual de medios alternativos de resolución de conflictos*, 2006. Publicado por Monografias.com http://www.monografias.com/trabajos36/resolucion-conflictos/resolucion-conflictos.shtml. Interesante monografía sobre el tema con perspectiva latinoamericana.

ZACCAGNINI, J. L.: *Qué es la Inteligencia Emocional. La relación entre pensamientos y sentimientos en la vida cotidiana*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

— *La comprensión de la emoción: Una perspectiva psicológica*, Fundación Universidades de Castilla y León, 2008.

B) SOCIOLOGÍA Y CONFLICTO SOCIAL

DIEGO BECERRIL RUIZ
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. EL CONFLICTO SOCIAL. 2. G. SIMMEL. 3. K. MARX. 4. T. PARSONS. 5. L. A. COSER. 6. R. DAHRENDORF. 7. LA ESCUELA DE FRANKFURT: J. HABERMAS. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

El conflicto es una dimensión sociológica fundamental. De hecho, se podría decir, si ánimo de equivocarse, que es el conflicto y su presencia social lo que determina el propio nacimiento de la Sociología. La reflexión sobre las condiciones sociales y las posibilidades de estructuración surge, generalmente, cuando aparece algún tipo de situación conflictiva, y es esta misma situación la que provoca, en mayor o menor medida, la transformación de las sociedades.

La Sociología tiene una amplia tradición de análisis del conflicto desde sus orígenes clásicos. El presente capítulo ofrece una aproximación, sintética por fuerza, a las principales corrientes y autores que han abordado de manera más significativa el conflicto social. Se han elegido los más representativos, que representan el arranque de auténticas tradiciones en el análisis del conflicto.

1. EL CONFLICTO SOCIAL

Es paradójico que, a pesar de todo el espacio dedicado al conflicto social en la literatura sociológica, son casi inexistentes los intentos de definición explícita del conflicto social. Si se acude a los principales diccionarios de Ciencias Sociales o Sociología, la entrada de conflicto social no existe. Ni la *International Encyclopedia of the Social Sciences*, editada por W. A. Darity en 2008, ni Ritzer lo contempla en la *Encyclopedia of Social Theory* o en *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*. Smelser y Baltes, en su *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* no incluyen tal concepto, y, por reflejar el caso español más reciente, el *Diccionario de Sociología* de Giner, Lamo de Espinosa y Torres, actualizado a 2013, tampoco lo aborda.

La única referencia encontrada se sitúa en la primera edición de la *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, donde L. W. Coser aborda los aspectos sociales del conflicto y entiende que un conflicto social es «una lucha en torno a valores o pretensiones, a estatus, poder y recursos escasos, en la cual los objetivos de los participantes no son sólo obtener los valores deseados, sino también neutralizar, dañar o eliminar a sus rivales; puede desarrollarse entre individuos, entre

colectividades o entre individuos y colectividades» (1974: 17).

Otra opción, marginando los diccionarios específicos, es construir la definición a partir de la lectura de los propios autores y sus teorías. En este sentido, siendo conscientes de la abstracción necesaria de la definición global, puede entenderse por conflicto social un enfrentamiento de intereses y valores entre individuos o grupos sociales. A ello, según el grado, puede añadirse el matiz de la contingente organización formal que los pueda movilizar y el nivel: una respuesta global al sistema, una reforma para mejorar o una defensa de ciertos intereses.

Esta última parte se aproxima más al análisis de las causas del conflicto que a la propia definición en sí. Adentrarse en las causas sería una cuestión compleja e inabarcable, pues los conflictos tienen un origen muy diverso, no sólo desde la perspectiva de defensa o ataque, sino del motivo mismo, que puede referirse a necesidades humanas básicas, derechos, identidad, seguridad, normas o valores.

El análisis sociológico del conflicto se referiría a todas aquellas teorías o paradigmas que analizan el conflicto en la sociedad. Desarrollan, generalmente, las formas que creen adecuadas para solventar o al menos atenuar tales enfrentamientos. Esta Sociología tiene como objeto de estudio típico las desigualdades sociales, la estratificación, los conflictos de clase, la pobreza o la exclusión social.

El conflicto social, con independencia de su intensidad, no debe confundirse con la violencia. La violencia es un medio por el que se manifiesta el conflicto, pero pequeños conflictos pueden ser muy violentos y, sin embargo, conflictos muy significativos pueden ser absolutamente pacíficos. De la misma forma, el comportamiento conflictivo debe distinguirse de actitudes como la hostilidad, el odio o la agresividad, que son sentimientos hostiles muy cercanos al conflicto, pero conceptualmente diferentes.

Cuestión distinta es la denominada teoría del conflicto social, que, dicho sea de paso, sí es objeto de definición habitual en todos los diccionarios. Esta teoría se refiere a unas corrientes concretas de pensamiento sociológico que arrancan en los años sesenta y se alzan en contra del funcionalismo imperante. Su base es el pensamiento marxista, pero pronto se amplía a otros autores como Weber y llega a representantes contemporáneos como R. Collins. Tienen en común el énfasis en el conflicto y su análisis como elemento social, no ignoran otros elementos como el consenso o la integración pero acentúan el conflicto. En todo caso, este trabajo no se centra en estas teorías, sino en los autores y perspectivas que han afrontado el análisis del conflicto desde la teoría sociológica en general.

2. G. SIMMEL

El primer autor que presento es Simmel (1858-1918), quien para algunos teóricos es el «fundador de los estudios del conflicto social» (Rex, 1985: 30). Lo cierto y verdad es que es un pensador prolífico y variado que hará del conflicto objeto de sus análisis. Entiende que el conflicto es una parte integrante de la sociedad, y destaca su

idea sobre que, en demasiadas ocasiones, se presentan los aspectos positivos y negativos de lo social, pero pocas veces se observan como dos monedas de una misma realidad. Vivir en sociedad, coexistir con otras personas, tiene lo bueno y lo malo que toda existencia humana puede generar, y en este caso el conflicto es una de esas dos caras.

En Simmel existe toda una Sociología de los antagonismos, donde el amor y el odio se dan la mano, y donde la guerra y la paz se unen. No en vano, la publicación de su obra *El conflicto* es subtitulada como una *Sociología del antagonismo*. Simmel es, sin duda, de los sociólogos fundadores que ya descubre el relevante papel que el conflicto cumple en la sociedad. De hecho, considera que el conflicto, como forma de interacción, es una forma de socialización, de introducir a la persona en la sociedad, sus normas, valores y cultura. Es una vía para liquidar la posible disociación del grupo, una fuerza integradora.

Su concepción positiva le conduce a pensar que el propio conflicto ya es una resolución de la tensión que acumulan las partes, y que llevará a una solución y armonización, incluso llegando al extremo, si ha lugar, de la propia eliminación de la parte contraria. La paz se consigue por medio de la confrontación de opiniones, ideas o argumentos en conflicto. No falta en sus escritos la comparación organicista donde la enfermedad, y sus síntomas más feroces, son la representación del conflicto del cuerpo y de su interés por superarlo y volver a ajustarse en armonía.

Las tendencias unitarias y desintegradoras son constitutivas de la sociedad y, por ello, son positivas. De hecho, en su obra ofrece como ejemplo la Reconquista española, que formó la conciencia de un país, y, en general, todo peligro o amenaza externa tiende a unir al grupo. La indiferencia sería lo contrario, un cierto aspecto negativo que desemboca en frialdad, apatía, como por ejemplo ocurre en lo que denomina familias vacías. Hay ausencia de conflicto por la simple indiferencia, poco interés e incomunicación entre sus miembros. Cree que cierto grado de conflicto forma parte ineludiblemente de la caracterización del matrimonio.

Por otra parte, Simmel entiende que el rechazo y la exclusión de otros grupos forman la unidad e identidad del grupo. Es preciso y positivo para la unidad. Así, en las sociedades históricas la guerra es la forma de relación si no hay tratados de paz previos.

Apartado específico dedica al conflicto jurídico, que define como «el conflicto por antonomasia en la medida que sólo cabe lo que interesa al conflicto como tal» (2010: 34). Este tipo de pleitos, aun con un enfrentamiento, se encuentran sometidos a una unidad, al sometimiento a la ley, como en los juegos de mesa o en el mundo de los negocios. Son conflictos con unas reglas que los hacen peculiares junto a su concreto objeto de disputa. En lo jurídico existe un respeto a las formas, dentro de un marco de poder y orden social que le da sentido y avalan. Hay una base de unidad y consenso. En los conflictos jurídicos, muchos de los que son traspasables a mediación, se excluye lo exclusivamente personal. Al apartar el elemento subjetivo y personal se instaura el respeto que permite el diálogo y el reconocimiento de la causa del adversario, lo que no merma la intensidad y determinación del conflicto, al contrario.

Los elementos que agudizan el conflicto se encuentran, precisamente, al compartir unas mismas cualidades y la pertenencia a un mismo contexto social. Ambos factores se unirían en los conflictos en el matrimonio, lo que los convierte en encarnizados.

Para Simmel es también muy significativo el papel que la competencia añade a los conflictos. Su presencia, o no, caracteriza a los conflictos, los impulsa y los condiciona, siempre que sea posible la competencia. En determinados ámbitos, por su carácter centrípeto, no está presente y, aunque existan las disputas, tienden a asumirse y resistirse mejor. Es el ejemplo de la familia, donde la competencia tiene poco lugar, es una unidad orgánica repleta de lazos íntimos externos e internos. De hecho, el conflicto familiar es un conflicto *sui generis* donde la conflictividad nace de los familiares pero no de la familia en sí.

Es posible atisbar, en estos breves trazos, la riqueza del pensamiento de Simmel, que otorga una base amplia al conflicto y lo analiza desde diversas perspectivas, siendo inspiración a autores posteriores.

3. K. MARX

La dimensión del conflicto social en Marx (1818-1883) es esencial y le concede una gran dedicación a su análisis. Su perspectiva es teórica, al igual que empírica, pues tiene obras específicas dedicadas al estudio de determinados conflictos sociales históricos, como es el caso de *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*.

En estos procesos históricos se desvelaría la interacción que las personas tienen con su entorno y circunstancias; el conflicto es una circunstancia histórica que aparece en todas las épocas. Las relaciones de producción y las relaciones sociales son los ejes que vertebran la historia social y se revelan conflictivas. Para Marx, la historia no es lineal, de continuo progreso y bienestar, es una historia plagada de conflictos y enfrentamientos, donde en toda etapa cronológica aparecen grupos y clases sociales enfrentadas. En sus propias palabras, la historia de las sociedades ha sido la historia de la lucha de clases.

La sociedad que Marx vive no es la excepción. Para él, el dominio de la burguesía y el capitalismo no es más que una nueva forma de dominación que continúa la lucha histórica y que determina dos grandes frentes: de un lado la burguesía y de otro el proletariado. Esta división dicotómica da identidad a cada parte, lo que compone una dimensión estructurante del conflicto.

El conflicto que Marx contempla está determinado por las contradicciones entre las fuerzas materiales de producción y las propias relaciones de producción, que tienen una presencia histórica. Es una dialéctica social. El conflicto pertenece a la propia estructura social, al menos mientras impere la división por clases sociales.

Desde luego, la dimensión económica es básica en la teoría de Marx, pero, en cuanto clase social, ésta debe convertirse en agente social por medio de la acción política. Toda dominación y todo enfrentamiento tienen una necesaria dimensión política. Marx demanda para el proletariado un interés y una conciencia de clase. Los

intereses de clase, especialmente, son los que van a cohesionar el grupo, facilitando la eliminación de competencia y la lucha conjunta. La conciencia de clase emana de unas condiciones objetivas de vida, pero necesita, para hacerse efectiva, de una conciencia subjetiva. Es preciso un sentimiento de pertenencia vehiculado por medio de acción política que, al fin y al cabo, es la expresión de los intereses de clase.

Marx, como es bien sabido, inspiró una serie de revoluciones, si bien no se desencadenaron en Europa occidental, como esperaba, ni tampoco se consiguió expandir la revolución soviética hacia el occidente. En parte como respuesta y explicación, otros pensadores desarrollan el pensamiento de Marx. Es el caso de Gramsci, quien se distancia de la significación clave y vertebral de la estructura económica para pasar a considerar básico el eje de la cultura y la política institucional. De Italia a Inglaterra, donde Thompson y Hobsbawm resaltaron las experiencias sociales vividas por el proletariado como la clave de su movilización y abrían el camino a la teoría de la identidad colectiva. Y, en general, Marx se convertirá en una fructífera fuente donde beberán la mayoría de las siguientes corrientes sociológicas.

4. T. PARSONS

Para Parsons (1902-1979), el problema central de la teoría sociológica es «el problema del orden», ya que el conflicto es un proceso que puede conducir a la desmembración y segregación del sistema social, lo que genera desintegración. Esto es, hay que leer el conflicto en Parsons más de un forma implícita que explícita, pues su idealización de la sociedad impide un desarrollo teórico relevante de este aspecto.

Parsons se preocupa por definir las funciones que el sistema social debe cumplir, que básicamente son: adaptarse al entorno, lograr sus metas, conservar las pautas de operación interna y mantenerse integrado. En la simple enunciación de las funciones esenciales ya queda patente la vertebración que la integración y el consenso tienen para Parsons en el sistema social.

En el funcionamiento del sistema social existen tres grandes principios teóricos. En primer lugar, la unidad funcional, donde la armonía y el consenso deben ser la regla y el conflicto debe estar ausente en la medida que sea insoluble. En segundo lugar, el principio de la indispensabilidad: todo elemento social tiene un sentido para el sistema y una funcionalidad. Por último, existe un sistema normativo, esencial, pues permite la supervivencia del sistema, garantizando que se comparten orientaciones cognitivas y un sistema de metas y valores.

No obstante, en cierta intensidad, el conflicto sirve para reajustarse en una sociedad integrada y adaptarse mejor a las transformaciones. Pero en global, la teoría de Parsons ha minusvalorado el conflicto y, hasta cierto punto, lo observa como algo desviado y criminalizado. La aparición de conflictos eran malentendidos y fruto del egoísmo, que no tenía como referencia el sistema colectivo.

Con posterioridad, Merton (1910-2003) será quien haga encajar, de una manera

más adecuada, el conflicto en la teoría funcionalista. De entrada, elaborando el concepto de función latente, que permitía explicar ciertos comportamientos como funcionales, aunque a nivel latente. No obstante, sigue pensando en términos disfuncionales cuando aborda el conflicto, o al menos no funcionales.

Otro concepto acuñado por Merton es el de privación relativa. Se refiere a los conflictos provocados por la discrepancia entre las expectativas y las posibilidades. Cada persona o grupo puede disfrutar de un nivel social muy bueno pero, si sus expectativas se fijan sobre un grupo con mayor bienestar, siempre se sentirán privados relativamente, pobres y con derecho a demandar mejoras. Su conceptualización es relevante para comprender el origen de muchos conflictos que se inician en estas discrepancias, por la frustración de no alcanzar las metas propuestas.

Y otro paso más dará Coser, al llegar incluso a hablar abiertamente de las funciones sociales del conflicto, como veremos a continuación, y que origina una nueva perspectiva. En realidad, aunque el conflicto como tal ha tenido una relevancia significativa en los inicios de la Sociología y los autores clásicos, será en la década de los cincuenta cuando se desarrolle toda una teoría específica del conflicto social, defendida por Lewis A. Coser y Ralph Dahrendorf, y que se formará en contra del funcionalismo imperante.

5. L. A. COSER

El sociólogo norteamericano L. A. Coser (1913-2003) avanza en la concepción positiva del conflicto, cuya inspiración estuvo en Simmel, y detalla la funcionalidad que posee para la sociedad. La virtud del conflicto es contribuir a que el grupo o sociedad se mantengan integrados y perduren, favoreciendo, en ocasiones, cambios sociales y adaptaciones que son funcionales. De esta forma el conflicto es parte funcional de la sociedad.

Cuando existe un conflicto deben activarse los mecanismos de negociación y consenso, que dentro de un marco de normas preexistentes, y/o creando nuevas, desarrollan un reformismo e impiden la revolución o la transformación radical del sistema.

Es preciso considerar que grupos y actores sociales, al vivir conflictos transversales, donde en un campo son conflictivos pero en otro deben defender el orden, generan un fortalecimiento de los lazos sociales sistemáticos. La presencia transversal determina que los conflictos se autoanulen al estar extendidos socialmente.

Los conflictos son positivos, en tercer lugar, porque suponen una cierta válvula de escape psicológica para el individuo, que, en todo caso, sigue englobado dentro del sistema.

Esta positividad inicial del conflicto no exime a Coser de entender que otros conflictos son negativos. En concreto, aquellos conflictos referidos a los presupuestos

básicos y los valores fundamentales de la sociedad, las bases de la legitimidad, no son funcionales. El conflicto para Coser sólo será temible cuando se desarrolle en una sociedad débilmente integrada. Desde esta visión funcional, los enfrentamientos provocan un cambio dentro del sistema pero no un cambio del sistema. El conflicto y el consenso son las dos caras de una misma moneda que fortalecen las estructuras integradas de una sociedad.

Un último apunte sobre Coser se refiere a la división que realiza de los conflictos sociales entre realistas y no realistas. Los realistas son aquellos que surgen porque se enfrentan aspiraciones y expectativas. El conflicto, en este caso, es un medio para alcanzar los objetivos concretos, que podrían abandonarse si hay otros medios más eficaces. Por el contrario, el conflicto no realista es aquel que se origina por impulsos agresivos y donde no es posible alternativa funcional, pues el propio conflicto es la meta como expresión de estos impulsos. Un ejemplo sería las víctimas expiatorias, donde el objeto es liberar la agresividad, con independencia de la víctima en sí. En todo caso, el propio Coser reconoce que en la realidad es muy probable que ambos tipos de conflictos se presenten entremezclados.

6. R. DAHRENDORF

Ralf Dahrendorf (1929-2009), en su análisis sociológico, se aparta de la visión del conflicto entendido como desviación de un sistema equilibrado de consenso. Para él, los conflictos y el cambio son componentes normales y generales de la sociedad en sí, no son elementos extraños o desviados. El dominio, ligado a las estructuras de autoridad, es el determinante básico de los conflictos, lo provoca y conduce al cambio social, por lo que el origen de la conflictividad social no es un componente económico o social en sentido amplio, es el marco político como contexto de dominio. De esta forma, siguiendo el razonamiento de Dahrendorf, la ausencia de conflicto social no es resultado del consenso o la integración normal, sino de los procesos de dominación donde la esfera política coacciona y presiona sobre las posiciones de sometimiento. Su planteamiento se distancia de Marx en la medida que el conflicto no viene originado por las relaciones materiales de propiedad, producción y distribución, sino por el ámbito político de autoridad, poder y dominación. Es más, hay tres aspectos concretos que separan a Dahrendorf de Marx. En primer lugar, no cree que, en las sociedades industriales, quienes poseen los medios de producción sean además quienes ostentan el dominio sobre el Estado y los instrumentos de gobierno. En segundo lugar, no entiende que las clases sociales deban ser concebidas bajo el eje de la propiedad, o no, de los medios de producción. Por último, no comparte que exista un proceso determinado de progresiva radicalización y agudización del conflicto, de tal forma que finalice en una revolución.

El conflicto social, según Dahrendorf, es posible entre distintas entidades:

a) Entre roles sociales. Un profesor que debe evaluar a su hijo.
b) Entre grupos sociales: Los intereses de los alumnos frente al de los profesores.

c) Entre sectores de la sociedad: Los empresarios frente a las autoridades legislativas.

d) Entre asociaciones o unidades que afectan a la sociedad en general: Los conflictos entre partidos políticos.

e) Entre organizaciones supranacionales: La ONU frente al Banco Central Europeo.

El conflicto está tan presente en la sociedad, que Dahrendorf lo define como la energía creadora e impulsora de todo cambio. Un conflicto cuyo eje vertebrador son las cuestiones relacionadas con el poder y el dominio.

En su obra sobre las *Oportunidades vitales* (1983) ofrece la visión del sentido del conflicto y los cambios que plantea: mantener o conseguir mayores oportunidades. El concepto de oportunidad vital se hace central para entender cómo el elemento social tiene dos polos extremos, determinados por el tipo de ligaduras y las opciones: la petrificación y la anomia. La petrificación supone la falta de opciones, por ligaduras muy fuertes y pocas opciones. La anomia sería lo contrario, muchas opciones y ligaduras muy débiles. Entre un extremo y otro, Dahrendorf traza un eje de coordenadas donde es posible representar cualquier sociedad, grupo o individuo en función de ambos factores.

7. LA ESCUELA DE FRANKFURT: J. HABERMAS

La escuela de Frankfurt, en especial autores como Adorno, Marcuse y Horkheimer, va a situar el conflicto social en su punto de mira central. Estos autores, que parten de una concepción marxista, consideran el conflicto desde una perspectiva estructural y objetiva, que enfatiza la dominación tecnológica y cultural-simbólica que se produce en las sociedades desarrolladas, separándose de la determinación económica marxiana. En las sociedades avanzadas muchos conflictos están latentes, insertos en la vida cotidiana donde se filtra la ideología totalizadora que impide el conocimiento real. La crítica y el despertar intelectual y racional representan una nueva liberación del individuo en la sociedad.

Habermas (1929-) es el principal representante actual de la segunda generación de esta escuela, para quien el conflicto es una dimensión esencial. El conflicto sigue siendo una dimensión total y estructural, donde ahora el problema fundamental se refiere a su ocultación, en el sentido de la necesidad de legitimación de la dominación. Hay que legitimar un sistema y motivar a unos individuos, a los que mientras se les propone conceptos de libertad, igualdad, racionalidad, etc., se encuentran con sociedades y estructuras opresoras, desiguales e irracionales. Estas y muchas otras son las contradicciones del sistema, donde Pino (1988) destaca las referidas a:

a) Los ámbitos de las estructuras jurídicas-democráticas. Los principios políticos y morales pierden credibilidad por la no correspondencia entre el proceso de decisión

política y las necesidades, experiencias y posibilidades de la acción individual. Por ejemplo, se exige y se pide la participación de los individuos en la política, pero, por otra parte, se impide. Además, se ha perdido la credibilidad en unas normas incapaces de afrontar con éxito los problemas sociales de justicia y dominación, ni las consecuencias negativas de desarrollo postindustrial. Normas que manipulan ideológicamente, justificando la dominación exterior de unas sociedades sobre otras, al pertenecer a bloques primeros, segundos o terceros.

b) Las contradicciones de la ética burguesa del rendimiento. Hace tiempo se podía exigir profesionalmente, ya que las recompensas eran acordes. Hoy día no hay correlación entre la cualificación y el éxito profesional, ni entre el sometimiento a un rendimiento y la obtención de una vida plena.

c) Las del estilo de vida burgués, orientado a la privatización de la vida privada. Las relaciones sociales se rigen por el principio de intercambio, habiendo desaparecido otros principios vertebradores, como las creencias religiosas o la cultura, que se privatizan. La orientación privatizante que se concentraba en la familia y carrera profesional ha perdido vigencia. Hay que afrontar problemas de emancipación, roles e identidad que la estructura social contradictoria no resuelve.

8. CONCLUSIONES

A lo largo del texto se han ido desarrollando algunos de los autores que han tenido un protagonismo relevante en el análisis del conflicto social. Esto ha obligado a prescindir de otros tantos. Pensemos que el conflicto es eje de muchos pensadores clásicos no abordados, desde Hegel al darwinismo social de Spencer, o desde las teorías de Pareto y Michels a Tönnies o Weber. En un desarrollo más moderno, la teoría de juegos y la teoría de la elección racional serían representantes de paradigmas que se acercan al conflicto social contemporáneo, pero que tampoco hemos podido desarrollar aquí.

En todo caso, hay dos perspectivas que sí han quedado bien definidas. La que entiende, por ejemplo, que la exclusión social o la pobreza, como realidades sociales, son cuestiones de ajustes o, mejor dicho, reajustes del sistema. En este caso no existe la intencionalidad (perspectiva funcionalista o del consenso). La sociedad se conceptualiza como integrada y estable, donde todos los elementos internos contribuyen al funcionamiento de la misma. El consenso sobre determinados valores comunes es el aglutinante social.

Por otra parte, quienes creen que problemas como los anteriores se deben a procesos conscientes y demandan una transformación del sistema (perspectiva marxista o del conflicto-dominación). La conceptualización de la sociedad y sus componentes responden a un sometimiento al cambio, puesto que se configura como un sistema de elementos contradictorios entre sí y explosivos. Cada unidad social contribuye a esta transformación y, si se mantiene cierta constancia, es debido a la coacción y la dominación de unos determinados grupos sociales sobre el resto.

Dahrendorf (1966), por citar un caso, firmaría este resumen de posiciones. Sin embargo, si realizamos un atento análisis histórico, en realidad responden a posturas ya presentes en autores como Rousseau y Hobbes. Mientras el primero considera que la sociedad está integrada y es buena para la persona, el segundo la entiende como una estructura vertebrada por la coacción y en continuo proceso de cambio.

Pero por encima de divisiones y antagonismos bipolares, la Sociología tiene la virtud de poder utilizar ambas perspectivas, que no son excluyentes, pues habiendo aspectos que se explican con una teoría, hay otros que sólo son comprensibles con la otra. El intento de dividir entre Sociología del consenso y el conflicto son intentos artificiales. El conflicto y el orden con correlativos, al igual que la paz y la pugna. No se trata de realidades distintas, sino de perspectivas diferentes de una misma realidad, e incluso, dentro de cada una, su evolución ha generado múltiples corrientes y posiciones no siempre fáciles de englobar.

Con independencia de las posiciones teóricas, se ha evidenciado que el conflicto tiene un claro carácter sociológico. A la Sociología le interesan las bases objetivas del conflicto, pues las subjetivas nos aproximarían a la perspectiva psicológica. Estas bases responderían a los motivos que antes hemos mencionado como posibles causas, siempre teniendo en cuenta el prisma social y estructural.

Para finalizar, quiero resaltar el matiz positivo que el conflicto tiene en la mayoría de paradigmas sociológicos. A diferencia de lo que en muchos casos se opina, la Sociología ha sabido mostrar la funcionalidad y valor del conflicto que, entre otras cuestiones, hace posible la estabilidad de la estructura, cohesiona a sus miembros y otorga identidad.

9. BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, T.: *Dialéctica negativa*, Taurus, Madrid, 1975.
COLLINS, R.: *Conflict Sociology*, Academic Press, Nueva York, 1975.
— *Conflict sociology: a sociological classic updated*, Paradigm Publishers, Boulder, 2009.
COSER, L.: *Las funciones del conflicto social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1961.
— *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.
DAHRENDORF, R.: *Clase y conflicto de clases en la sociedad industrial*, Rialp, Madrid, 1962.
— *El conflicto social moderno*, Mondadori, Madrid, 1990.
— *Oportunidades vitales*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
HABERMAS, J.: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975.
HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.: *La sociedad: Lecciones de Sociología*, Proteo, Buenos Aires, 1969.
MARX, K.: *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Ariel, Barcelona, 1968.
MARCUSE, H.: *El hombre unidimensional*, Seix Barral, Barcelona, 1968.
— *Razón y revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 1971.
MERTON, R. K.: *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
PARSONS, T.: *El sistema social*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
PINO ARTACHO, J. DEL (ed.): *El conflicto social*, UNED-Universidad de Málaga, Málaga, 1988.
— «El conflicto en la teoría sociológica», en Del Pino, J. (dir.), *El conflicto social*, Universidad de Málaga, Málaga, 1988, pp. 161-200.
REX, J.: *El conflicto social*, Siglo XXI, Madrid, 1985.
SILLS, D. L. (dir.): *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar Ediciones, Madrid, 1974.
SIMMEL, G.: *Sociología*, Revista de Occidente, Madrid, 1977.
— *El conflicto: Sociología del antagonismo*, Sequitur, Madrid, 2010.

CAPÍTULO II

LOS DILEMAS EN MEDIACIÓN O CÓMO CREAR RELACIONES BENEFICIOSAS

M. JORGE BOLAÑOS CARMONA
Profesor Titular del Departamento de Estadística e Investigación Operativa
Universidad de Granada
Investigador del Instituto de la Paz y los Conflictos IPAZ-UGR

No sé qué pueden aprender de nosotros, pero sí sé que los problemas humanos son los mismos en todas partes, como iguales son las maneras y las palabras para resolverlos.

ÁNGEL AMAYA, *palabrero (mediador comunitario) de la etnia wayúu, Colombia-Venezuela*

SUMARIO: 1. LA ESTRUCTURA DEL CONFLICTO. LAS PREGUNTAS. 1.1. *Estructura y dinámica*. 1.2. *Teoría de Juegos*. 1.3. *Las cuestiones estratégicas generales*. 1.3.1. La suma no nula. 1.3.2. Prejuicios y preguntas. 2. LOS ESQUEMAS DEL ANÁLISIS RACIONAL DE LAS PREFERENCIAS. 2.1. *Posiciones y preferencias.* 2.2. *Los tres esquemas iniciales*. 3. LOS DILEMAS: PELIGRO, SENSATEZ Y BLOQUEO. LAS RESPUESTAS. 3.1. *Ponerse en riesgo.* 3.2. *Universal y razonable*. 3.3. *Chocar con la pared*. 3.4. *Consecuencias.* 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA ESTRUCTURA DEL CONFLICTO. LAS PREGUNTAS

1.1. ESTRUCTURA Y DINÁMICA

Si bien la existencia de conflictos en la vida humana puede y debe ser entendido como algo frecuente y definido muy ampliamente como «todo contacto de dos o más proyectos que produce la modificación de, al menos, uno de ellos, entendidos los proyectos como dinámicas o trayectorias de los elementos implicados y no como estrategias planificadas» [Bolaños Carmona, J. y Acosta Mesas, A., 2009: 55-72, en Muñoz, F. A. y Molina, B. (eds.), 2009], en la mayor parte las ocasiones esos «contactos» o colisiones no nos causan problemas porque son poco importantes, porque son accidentes que no involucran a otras personas o porque estamos habituados a manejarlos con instrumentos personales y/o culturales. Pero cuando aparecen inconvenientes suficientemente serios a nuestros «proyectos» o trayectorias, los vivimos como un conflicto que requiere una gestión, ya sea directa, familiar, comunitaria, social e incluso jurídica, y nos convertimos en actores o partes del conflicto. Como tales implicados o como analistas externos, pero sobre todo desde una posición de tercera parte, facilitadora, mediadora o arbitral de un conflicto, es fundamental disponer de herramientas de análisis de cada momento del desarrollo del conflicto y de su evolución.

Un conflicto es un proceso, es como una narración, como una película compuesta de fotogramas, en la que es tan importante comprender la escena concreta de cada instante como la evolución temporal de la acción; así, un conflicto tiene estructura y dinámica. Para analizar y comprender qué ocurre en cada instante y también para tratar de predecir qué va a ocurrir en el futuro es de gran utilidad el análisis de las posibilidades de cada una de las partes en conflicto, de sus preferencias y sus objetivos en cada fase del conflicto; por ello, el análisis estratégico es uno de los elementos fundamentales de la Conflictología o Teoría de Conflictos.

Desde el Análisis de Conflictos actual, la estrategia tiene un sentido mucho más amplio que el tradicional bélico o comercial, e incluye no sólo el estudio de cómo ganar un conflicto, sino también cómo evitar que el conflicto llegue a una fase violenta o cómo buscar un incremento de la cooperación en lugar de la confrontación entre las partes en el desarrollo temporal del conflicto.

El objetivo de este capítulo es la exploración de las estructuras básicas de los conflictos desde las posiciones, preferencias y estrategias de las partes, para mejor comprender el papel de la mediación como forma de gestionar la dinámica del conflicto a partir del conocimiento de su estructura, para ayudar a profundizar o a reconducir las dinámicas del mismo. En cierto sentido, tal exploración es complementaria del enfoque psicológico de los sentimientos y emociones del conflicto, ya que se realiza desde la racionalidad de los intereses de las partes; complementaria y no opuesta, ya que la definición de los intereses incluye los sentimientos o emociones individuales o colectivos de cada momento.

1.2. Teoría de Juegos

Para analizar de forma general las estructuras del conflicto y las estrategias de los actores contamos con un instrumento muy útil, la llamada Teoría de Juegos, que forma parte de la Teoría de la Decisión.

La Teoría de Juegos busca encontrar la mejor elección entre alternativas posibles frente a una situación real; en la práctica suele hablarse de «decisión» cuando interviene un solo «actor» o «decisor», y se usa la expresión «juego» cuando interactúan dos o más actores o «jugadores» con sus decisiones.

Se suele definir como «juego» al proceso en que un individuo o institución se enfrenta a otro u otros individuos bajo ciertas reglas y en el que se deben tomar decisiones. Como consecuencia de su comportamiento y en ciertos casos del azar, hay un resultado de recompensa o castigo.

Es interesante observar la potencia de esta idea de juego como modelo de conflicto: intervienen dos o más partes que tienen sus discrepancias y deben tomar decisiones frente al conflicto de acuerdo con sus intereses: en realidad un juego es una simplificación estructural de un conflicto. Como cualquier modelo matemático, simplifica la realidad, pero puede ayudar a comprenderla. Y no olvidemos que un modelo no se valora por sí mismo, sino que es bueno si se adapta a la realidad y malo si no la refleja.

El método básico de la Teoría de Juegos consiste en que cada jugador intenta predecir qué harán los otros jugadores en réplica a sus propias acciones, y optimizar el resultado de dichas acciones en su beneficio sabiendo que los demás están pensando de la misma forma.

Una de las ventajas de la Teoría de Juegos para el análisis de conflictos es que permite un doble enfoque: se puede analizar la situación como implicado en el conflicto (jugador, sujeto, actor…) o como observador o tercera parte (árbitro, mediador, etc.) que no está directamente inmersa en él, lo que nos permite entrar y salir del problema según convenga. Otra gran ventaja es que incluso esquemas matemáticamente muy simples permiten grandes ganancias en la comprensión de la estructura de los conflictos. Y una tercera es que los modelos sirven para micro y macro conflictos, tanto para una disputa sin importancia entre dos personas como para graves enfrentamientos entre coaliciones internacionales.

La Teoría de Juegos se aplica a muy diversos modelos en muchas disciplinas, aunque sus más frecuentes aplicaciones son las económicas. Se pueden mencionar tres figuras notables en el desarrollo de esta teoría:

— John von Neumann: Científico húngaro-estadounidense nacido en Budapest en 1903 y que trabajó en EEUU desde los años treinta. Publicó el teorema Minimax en 1928 y el libro considerado iniciador de la teoría en 1944 (*Theory of games and economic behaviour*, con el economista Oscar Morgenstern). El libro titulado *El dilema del prisionero*, de W. Poundstone, relata en parte su biografía y es muy recomendable para entender los elementos básicos de la teoría.

— John. F. Nash: Nacido en 1928, es el matemático norteamericano conocido por la película *Una mente maravillosa*; se le debe el concepto de equilibrio de un juego ya en los años cincuenta, entre otras relevantes aportaciones, y obtuvo el Premio Nobel de Economía.

— Robert Axelrod: Nacido en 1943, este matemático y politólogo estadounidense ha desarrollado un nuevo enfoque cooperativo de la teoría que ha enriquecido desde el análisis de la cooperación las aplicaciones de la Teoría de Juegos a las ciencias sociales, biológicas y económicas. *La evolución de la cooperación* es su libro más conocido, de lectura muy recomendable.

En general, la Teoría de Juegos ha ido ganando espacio científico y evolucionando desde la competitividad y el belicismo hacia las estructuras de fomento de la cooperación.

Veamos con un sencillo ejemplo cómo esta teoría nos ayuda a entender la estructura de los conflictos y a predecir su evolución. En realidad, el que sigue es el modelo matemáticamente más simple de toda la teoría, pero asombrosamente inspirador.

Consideremos dos actores, o jugadores, X e Y enfrentados en un conflicto; por ejemplo, una discusión por los límites de dos fincas (microconflicto) o una disputa entre dos países por un territorio fronterizo (macroconflicto). Lo más simple es considerar que cada uno de ellos tiene dos posibles estrategias: una más dialogante o

blanda (que llamaremos cooperación) y otra más rigída o beligerante (que llamaremos defraudación). Ello produce cuatro posibles resultados, que llamaremos «acuerdo» (*A*), «derrota» de X (*D*), «victoria» de X (*V*) y continuación del «conflicto» (*C*), dando lugar al siguiente esquema, conocido como 2x2 (léase dos por dos):

	Y coopera	Y defrauda
X coopera	Acuerdo (A)	Derrota de X (D) y victoria de Y
X defrauda	Victoria de X (V) y derrota de Y	Continúa conflicto (C)

De modo que el resultado puede ser A, D, V o C según sea la estrategia de cada uno.

Cada jugador decide su estrategia, pero no controla la del otro, y por tanto no controla el resultado; X decide entre las dos filas horizontales e Y entre las dos filas verticales, y suponemos que no se comunican.

Pero ¿de qué dependerá la estrategia de cada uno?: de sus preferencias por los resultados; esto es así porque X puede preferir la victoria, o el acuerdo, o continuar el conflicto si no es posible la victoria, etc., y lo mismo para Y.

¿Podremos predecir el resultado, es decir, «adivinar qué va a pasar»? Bajo ciertas condiciones muy poco restrictivas, los esquemas posibles que se enumerarán más adelante nos acercarán a la respuesta.

1.3. Las cuestiones estratégicas generales

1.3.1. La suma no nula

Una cuestión previa a nuestro análisis es la distinción entre juegos de suma cero, o competitivos, y juegos parcialmente cooperativos. El esquema 2x2 anterior, con dos estrategias por cada actor y con posibilidad de cuatro resultados, incluyendo el acuerdo e incluyendo también el mantenimiento del conflicto, corresponde a juego de los denominados «de suma no nula» o «de suma no cero». Por el contrario, a menudo se oye o se lee la expresión: «esto es una situación de suma cero», como uno de los conceptos que han pasado de la Teoría de Juegos al lenguaje corriente. Entenderemos la distinción con dos ejemplos, recondando que en Teoría de Juegos se supone que todo jugador actúa siempre a favor de sus intereses, sin importarle los de los demás actores:

— Consideremos un cobrador, jugador X, y un pagador, jugador Y, que está *obligado* a realizar un pago a X, pero cuya cantidad no está legalmente definida; el juego o conflicto se centrará en aumentar (ganará X), disminuir (ganará Y) o mantener fija la cantidad a pagar, lo que impide cualquier cooperación entre las partes: cada euro que gane un jugador (+1) lo pierde el otro (–1), por lo que la suma

de ganancias y pérdidas se hace nula en cualquier caso, no hay nada que acordar o negociar y estamos ante una situación de SUMA CERO. La clave es que sólo se puede ganar, perder o empatar, como en una partida de ajedrez, y que los intereses de los jugadores son exactamente contradictorios. Podría recurrirse a un arbitraje o a un litigio, pero no a una mediación o conciliación de intereses: nadie tiene nada que ceder para el acuerdo. Se trata de una completa oposición, una «guerra» entre las partes.

— Consideremos ahora un comerciante X interesado en vender una mercancía y un cliente Y interesado en comprarla, y pueden acordar el precio, es decir, regatear. También aquí cada euro de aumento o disminución del precio supone una pérdida o una ganancia, por lo que parecería similar al ejemplo anterior, pero la clave es que ahora suponemos de forma muy realista que *no están obligados* a la realización de la venta; son posibles ahora cuatro resultados: un precio alto (ganancia de X), un precio bajo (ganancia de Y), un acuerdo considerado aceptable por los dos, o la ruptura de la negociación, por lo que no se realiza la compraventa. Estamos ante una situación de SUMA NO NULA, por lo que las partes pueden recurrir no sólo a un arbitraje de valor justo (o, por ejemplo, al precio fijado de antemano en un comercio), sino también a una intervención de tercera parte, como la mediación.

Por tanto, todo lo que sigue en este capítulo se refiere a esta segunda clase de conflictos, que afortunadamente son mucho más frecuentes que los de suma cero en nuestra vida cotidiana, e incluso mucho más de lo que podría parecer en el ámbito de la economía o la política. Los juegos de suma no cero se suelen llamar también juegos cooperativos, aunque tienen obviamente elementos competitivos y elementos cooperativos, porque los intereses de los jugadores son en parte opuestos y en parte comunes. Son más reales y más complejos que los de suma cero y son adecuados a la inmensa mayor parte de los conflictos de la vida real. Como ejemplos de diferentes tipos de conflictos se pueden mencionar los casos de dos países vecinos que desean reducir su gasto armamentístico, pero a los que, además, les interesa mantener superioridad militar sobre el otro; dos empresas del mismo sector que compiten por el mercado, pero a las que les interesa aumentar la demanda de su producto; padre y madre que colaboran en la atención a los hijos, pero también compiten en su autoridad sobre ellos, etc.). Intuitivamente, se puede pensar que son aquellos en que se disputa una cantidad no fija, de modo que el pastel a repartir puede aumentar o disminuir de tamaño según las estrategias de los jugadores, de modo que aumentar la parte de uno no requiere disminuir exactamente la del otro, y podrían ganar todos o perder todos.

Es evidente la importancia que en la mediación tiene distinguir entre ambos tipos de conflictos y buscar de forma creativa los elementos cooperativos en momentos del conflicto aparentemente sólo competitivos. Además, frecuentemente encontramos conflictos complejos, compuestos de subconflictos menores, algunos de los cuales son de suma nula (como fijar una pensión de manutención, por ejemplo) y otros no (como establecer regímenes de visitas), por lo que vale la pena buscar acuerdos

globales. En conjunto, serán obviamente de suma no nula y por tanto susceptibles de acuerdo.

1.3.2. Prejuicios y preguntas

La distinción anterior contribuye a aclarar algunas cuestiones iniciales relativas a la posibilidad o no de negociar o buscar acuerdos en un conflicto, o a la conveniencia de comunicar a las partes. Sin embargo, quedan aún muchas preguntas por hacer referidas a los conflictos cooperativos.

Volviendo a la tabla del apartado anterior, y a pesar de que siempre se supone que atenderá exclusivamente a sus intereses, cada jugador tiene en cada momento del conflicto la posibilidad de cooperar (con resultados posibles de acuerdo o derrota) o no cooperar (con resultados posibles de victoria o mantenimiento del conflicto). La cooperación y la no cooperación o defraudación son las estrategias, muy simplificadas, de cada parte del conflicto.

Por «cooperar» se entiende adoptar una posición de carácter positivo en cuanto a una solución consensuada del conflicto, con predisposición a alcanzar acuerdos, como ofrecer intercambios factibles, plantear concesiones admisibles para la parte opuesta, mantener una política conciliadora sin realizar actos agresivos, realizar concesiones razonables, no ser el primero en romper la negociación, mostrar empatía, etc.

Se entiende por «defraudar» una posición de carácter negativo en cuanto a una solución consensuada del conflicto, con predisposición a no llegar a acuerdos, como imponer condiciones inaceptables, valorar sobre todo no ser derrotado o engañado, llevar a cabo acciones de fuerza, pretender modificar las condiciones previamente acordadas, etc.

En este punto resulta fácil recordar algunas afirmaciones populares ingenuas que pretenden facilitar la resolución de cualquier conflicto, sin atender a su estructura, o la segura consecución de un acuerdo, u otras menos bienintencionadas, pero también demasiado simples, que desean asegurar el éxito de una de las partes, como por ejemplo las siguientes: «*todo* se arregla dialogando», «se debe *siempre* ceder para alcanzar el acuerdo», «hay que ponerse *siempre* duro de entrada», «no hay que ceder *nunca*», o «al adversario, ni agua» (quizá esta última tenga algún sentido referida al «enemigo», que sería el adversario en un conflicto de suma cero). Estas ideas se pueden considerar prejuicios porque se refieren a la totalidad de los conflictos y en cualquier situación, sin matices; se pueden plantear como preguntas, de forma más académica:

— ¿Es recomendable cooperar siempre, haga lo que haga la otra parte?
— ¿Es recomendable defraudar siempre, haga lo que haga la otra parte?
— ¿Es conveniente posicionarse al principio en forma cooperativa?
— ¿Es conveniente posicionarse al principio en forma no cooperativa?
— ¿Es acertado mantenerse siempre en la misma posición, pase lo que pase?

Aunque estas preguntas se refieren no sólo a la estructura, sino también a la dinámica del conflicto, los esquemas de juegos que vamos a examinar en lo que sigue nos ayudarán a imaginar la evolución de los conflictos y a responder a tales cuestiones.

2. LOS ESQUEMAS DEL ANÁLISIS RACIONAL DE LAS PREFERENCIAS

2.1. Posiciones y preferencias

Si recordamos el esquema 2x2 de los cuatro resultados posibles A, D, V o C, cual de ellos se haga realidad depende de la estrategia (cooperar o defraudar) elegida por cada jugador; si conocemos la posición estratégica de ambos, podemos predecir el resultado (obviamente sin entrar en detalles de la negociación posterior de los términos del acuerdo, o del alcance de la victoria o derrota).

	Y coopera	Y defrauda
X coopera	Acuerdo (A)	Derrota de X (D) y victoria de Y
X defrauda	Victoria de X (V) y derrota de Y	Continúa conflicto (C)

Pero la pretensión de conocer la posición elegida por los jugadores es excesivamente simple: un paso más en el análisis nos obliga a preguntarnos por qué cada uno de los actores X e Y va a cooperar o a defraudar; como un actor no controla lo que decidirá el otro, sólo puede basar su decisión en sus propias preferencias sobre los cuatro resultados y en la suposición de cuáles son las del adversario.

Para el análisis pondremos un 4 al resultado más preferido por X, un 3 al segundo más preferido, un 2 al tercero más preferido y un 1 al menos preferido, y lo mismo haremos con Y, cuyas preferencias evidentemente no tienen que ser iguales a las de X. Por ejemplo, si tomamos el orden (A, D, V, C) como referencia, y X decide la secuencia 4–1–3–2, ello significa que estaría prefiriendo el acuerdo (poniendo un 4 para A), en segundo lugar la victoria (con un 3 para V), después continuar el conflicto (con un 2 en la casilla C) y lo que menos preferiría es su derrota (con un 1 en D); si, del otro lado, imaginamos que Y es un poco más rígido, éste segundo jugador podría tener la secuencia de preferencias 3–1–4–2, por ejemplo, lo que significa preferir V, después A, luego C y finalmente D. En nuestro esquema se supone que ambos deciden simultáneamente, de modo que es irrelevante a quien consideremos primer o segundo jugador. En estos supuestos para las preferencias de X e Y tendríamos la tabla de análisis siguiente:

	Y coopera	Y defrauda

X coopera	(*A*) (*4,3*)	(*D*) (*1,4*)
X defrauda	(*V*) (*3,1*)	(*C*) (*2,2*)

Donde la primera cifra se refiere al primer jugador X y la segunda al segundo Y. La tabla refleja las secuencias 4–1–3–2 de X y 3–1–4–2 de Y. Nótese que, como la victoria de X es la derrota de Y y viceversa, la secuencia de Y se pone por columnas, es decir, sigue el orden (A, V, D, C), pero V para él es la derrota y D la victoria.

A partir de una tabla de preferencias, se trata de analizar si es posible predecir las estrategias que en la práctica elegirán los jugadores y estudiar si tiene sentido, a partir de sus posiciones y estrategias actuales, una posterior negociación que favorezca el acuerdo o simplemente mejore las perspectivas para las dos partes. Técnicamente, el análisis se fundamenta en los dos conceptos siguientes:

a) Punto de Equilibrio de Nash: es toda casilla de la que no se pueda salir sin el acuerdo de los dos jugadores, esto es, cualquier casilla de la que no se puede pasar a otra por cambio de estrategia de uno solo de los jugadores porque el otro se negaría, ya que saldría perdiendo.

Puede existir uno o más puntos de equilibrio o no existir ninguno. Son los puntos «inamovibles» del juego, es decir, donde la situación queda «enganchada» (una vez que se cae en ellos).

Para calcularlos se anotan las casillas que contienen la respuesta de un jugador a cada estrategia del otro, y viceversa, y los puntos de equilibrio son las casillas que estén en ambas listas. Como ejemplo, en la tabla anterior las respuestas de Y a las estrategias de X son las casillas (1,4) y (2,2), y las respuestas de X a las estrategias de Y son las casillas (4,3) y (2,2), por lo que el único punto de equilibrio es el (2,2) o C, lo que significa que en principio lo previsible que ocurrirá es el mantenimiento del conflicto.

b) Punto Óptimo de Pareto es toda casilla tal que no existe otra casilla que proporcione mejor pago (o preferencia) para los dos jugadores a la vez.

Pueden existir uno o más puntos óptimos, que pueden o no coincidir con los puntos de equilibrio.

Se determinan simplemente comparando cada casilla con cada una de las demás, y una casilla será un óptimo si no se encuentra otra que sea mejor simultáneamente para los dos jugadores. En la tabla anterior, los óptimos son las casillas (4,3) y (1,4), ya que las otras dos son mejoradas por la (4,3).

Los puntos de Pareto son los resultados «razonables» de un juego, en el sentido de que no son mejorables por acuerdo de los jugadores; si un punto de equilibrio no es óptimo de Pareto, puede cambiarse mediante una «fácil» negociación de las dos partes hacia otra que mejore el resultado de los dos jugadores. En nuestro ejemplo, claramente conviene a los dos jugadores pasar del punto de equilibrio (2,2) al óptimo (4,3).

El análisis de cada juego depende entonces de los puntos de equilibrio y de los óptimos, pero cabe preguntarse si pueden sistematizarse todas las posibles alternativas. Sabemos que cada jugador tiene hasta 24 formas de poner los números 1, 2, 3 y 4 a las cuatro casillas, ya que 24 es el número de permutaciones de cuatro elementos (no se admiten «empates»), y ello nos daría cientos de tablas distintas para analizar. Para simplificar, sin embargo, podemos considerar sólo aquellas secuencias consideradas racionales, en las que la victoria es preferida a la derrota (V > D) y también es preferida al mantenimiento del conflicto (V > C). Así resultan sólo OCHO secuencias de preferencias posibles para un jugador racional, que son las siguientes, siempre con las cifras el orden (A, D, V, C):

— *Armonía*, con la secuencia (4–2–3–1), indica que el jugador desea el acuerdo (le pone un 4) y huye del conflicto (le adjudica un 1).

— *Caza del Ciervo*, con la (4–1–3–2), donde el jugador desea el acuerdo (4) y no quiere ser derrotado (1).

— *Líder*, con la (2–3–4–1), donde el jugador desea defender sus intereses (4 para la victoria) pero acabar con el conflicto pronto, prefiriendo perder (3) a mantener el conflicto (1) o a llegar a un acuerdo (2).

— *Héroe*, con la (1–3–4–2), similar a la anterior, con un cambio de orden entre (1) y (2) que será irrelevante en el análisis, por lo que se puede en general considerar como la «líder» a efectos prácticos.

— *Dilema del Gallina*, con la secuencia (3–2–4–1), en la que el jugador desea defender sus intereses (4 para la victoria) incluso de forma arriesgada, forzando el final del conflicto al preferir perder (2) a mantener el conflicto (1).

— *Dilema del Preso*, con la (3–1–4–2), en la que el jugador desea defender sus intereses (4 para la victoria) y no quiere ser derrotado (1 para la derrota).

— *Callejón Sin Salida*, con la (2–1–4–3), en la que el jugador desea defender sus intereses (4 para la victoria) o mantener el conflicto (3 para el mantenimiento del conflicto).

— *Tipo Callejón Sin Salida o Punto Muerto*, con la (1–2–4–3), similar a la anterior, con un cambio de orden entre (1) y (2) que será irrelevante en el análisis, por lo que se puede en general considerar como la «callejón sin salida» a efectos prácticos.

En el ejemplo de nuestra tabla, el primer jugador «juega» Caza del Ciervo y el segundo Dilema del Preso.

En realidad, como se aprecia, existen en realidad seis esquemas de preferencias en la práctica, de los que los tres primeros, correspondientes a las secuencias Armonía, Caza del Ciervo y Líder-Héroe, son menos relevantes desde el punto de vista del análisis de conflictos y la mediación. Se analizan a continuación, reservando los tres más trascendentales, Dilema del Gallina, Dilema del Preso y Callejón Sin Salida-Punto Muerto para el apartado siguiente.

2.2. Los tres esquemas iniciales

Si se considera que cada jugador puede optar por los seis esquemas citados (eligiendo sólo uno entre líder y héroe y otro entre callejón sin salida y punto muerto), tendríamos un total de 36 tablas posibles, que agrupando las que cambian filas por columnas, ya que no importa cual sea el primer y segundo jugador, quedarían en 21; de ellas, en quince los jugadores juegan esquemas distintos y las otras seis son tablas simétricas, en las que ambos jugadores siguen el mismo esquema de preferencias. Por razones de espacio y de mejor comprensión, presentamos aquí el análisis de estas últimas, dejando al lector como ejercicio la determinación de los puntos de equilibrio y óptimos en alguna de las otras quince. Recordemos que la búsqueda de soluciones estables proviene de los puntos de equilibrio de Nash, mientras que garantizar que la solución no puede mejorarse se basa en el cálculo de los puntos óptimos de Pareto.

Las tres primeras tablas simétricas son:

a) Armonía. Llamada así porque refleja una situación no conflictiva, en la que los jugadores optan claramente por cooperar, y en consecuencia por el acuerdo; como se deduce de la tabla:

Armonía	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*4,4*)	(*D*) (*2,3*)
X defrauda	(*V*) (*3,2*)	(*C*) (*1,1*)

El único punto de equilibrio es (4,4), que es también el único óptimo. Por tanto, la situación es ESTABLE y los jugadores optan por el acuerdo A. No hay conflicto, sino, todo lo contrario, afecto entre los jugadores: cada jugador prefiere incluso perder antes que tener un conflicto, y prefieren el acuerdo a la victoria propia. En esta situación idílica entre los jugadores, nada que mediar (en todo caso, favorecer que dure en el tiempo este esquema armónico).

Es importante señalar que Armonía resulta un esquema perdedor cuando se enfrenta a otro más agresivo (en realidad «pierde» con todos excepto con Caza del Ciervo).

b) Caza del Ciervo. El esquema se llama así porque refleja una situación en la que los jugadores deben cooperar por conveniencia, como cuando los cazadores actúan coordinadamente para obtener caza mayor (el acuerdo) en lugar de competir por caza menor (el conflicto); la victoria sería obtener una pieza menor y la derrota significaría no cazar nada; cooperar es esperar al ciervo y defraudar es disparar a una liebre, lo que ahuyenta al ciervo. Como se deduce de la tabla:

Caza del Ciervo	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*4,4*)	(*D*) (*1,3*)
X defrauda	(*V*) (*3,1*)	(*C*) (*2,2*)

Los puntos de equilibrio son (4,4) y (2,2), pero el único óptimo es el (4,4). Por tanto, la situación es ESTABLE y los jugadores optan por el acuerdo A. No hay conflicto, pero se corre el riesgo de que alguno de los jugadores «traicione» al otro y opte por defraudar para obtener la victoria: se requiere una confianza mutua o acuerdo previo. A diferencia de Armonía, los jugadores buscan el acuerdo por interés, no por afecto. La mediación o facilitación posible buscaría la consolidación de la fidelidad a través de la comunicación y la confianza.

Frente a los demás, resulta un esquema más sólido que Armonía, pero también vulnerable por el más agresivo (Callejón Sin Salida y similar).

c) Líder o Héroe. Estos esquemas, tan similares en su análisis que los consideramos conjuntamente, se llaman así porque reflejan una situación en la que los jugadores deben enfrentarse, ya que, aunque quieren la victoria, prefieren la derrota al acuerdo y no les sirve tampoco mantener el conflicto: la confrontación es inevitable y debe hacerse inmediatamente. Afortunadamente, esta situación es poco frecuente (la heroicidad es excepcional) y se daría para evitar «males mayores», como en la lucha personal de un líder o héroe por un colectivo en una situación de riesgo o como cuando dos empresas compiten por un mercado escaso y, si no pueden coparlo, prefieren retirarse (derrota) antes que mantenerse en pérdidas compitiendo con la otra menor (el conflicto); cooperar es ceder y defraudar es competir, así que pierde el primero que «se retira». Como se deduce de la tabla, referida en particular al esquema líder:

Líder	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*2,2*)	(*D*) (*3,4*)
X defrauda	(*V*) (*4,3*)	(*C*) (*1,1*)

Los puntos de equilibrio son (3,4) y (4,3), que además son óptimos. Por tanto, la situación es muy INESTABLE y los jugadores optan por jugárselo a «todo o nada», victoria o derrota, si bien nadie les garantiza que, si no se ponen de acuerdo en asegurar un resultado victorioso para alguno de ellos, aparezca un resultado indeseado, como acuerdo o conflicto. Otro ejemplo sería un enfrentamiento deportivo en el que no se admita el empate: las reglas garantizan que hay un vencedor. Por tanto, estaríamos más bien ante un «pleito» y la mediación no tiene espacio (en todo

caso cabe una instancia de garantía de reglas como un árbitro deportivo).

Frente a los demás, resulta un esquema indeseable por su inestabilidad, gana a los anteriores pero pierde contra el más agresivo (Callejón Sin Salida y similar). Lo mismo puede decirse del Héroe.

En resumen, las estructuras de preferencias llamadas Armonía, Caza del Ciervo, Líder o Héroe no favorecen un amplio papel de la mediación o la facilitación, unas veces porque no hay realmente conflicto y otras por la urgencia y competitividad de su resolución, aunque siempre puede ser útil la intervención de terceras partes que garanticen o mejoren la comunicación, la confianza o la lealtad. En los esquemas que siguen, sin embargo, el papel de la mediación es muy importante.

3. LOS DILEMAS: PELIGRO, SENSATEZ Y BLOQUEO. LAS RESPUESTAS

Entre las acepciones del diccionario de la RAE de la palabra dilema está la de «duda o disyuntiva», pero en otra se hace referencia a una bifurcación conceptual artificiosa que acaba conduciendo por cualquier camino a una afirmación prefijada. Cabe interpretar así que, en un dilema, las alternativas son ambas conflictivas e inconvenientes, de modo que se estaría en una especie de trampa, esto es, en un conflicto que requiere una gestión; como sus nombres indican, algo así son el Dilema del Gallina y el Dilema del Preso, que se analizan a continuación. Los esquemas de Callejón Sin Salida y Punto Muerto, que se tratarán conjuntamente por su similaridad práctica, no son propiamente dilemas, pero se incluyen en este apartado por su gravedad y relación con los dilemas.

3.1. Ponerse en riesgo

El esquema denominado Dilema del Gallina (entiéndase como dilema del cobarde) es un claro ejemplo de posición arriesgada en un conflicto, con consecuencias muy peligrosas cuando lo juegan ambos jugadores. Imaginemos la novelesca o cinematográfica situación en que dos personas (frecuentemente adolescentes o jóvenes varones) realizan una apuesta para demostrar que cada uno es más valiente, o temerario, que el otro, como en la carrera de coches hacia el precipicio en el que será declarado gallina, cobarde, el que primero frene. En esta situación, cooperar es no aceptar la apuesta o frenar «pronto» y defraudar será frenar tarde... si se puede; así el acuerdo significa que ninguno de los jugadores toma riesgos excesivos, el jugador victorioso es el que ha sido más valiente o temerario, y el conflicto es la catástrofe para los dos; y lo mejor para cada jugador es la victoria, seguida del acuerdo, lo siguiente la derrota salvando el pellejo, y lo peor es la catástrofe. No es de extrañar que este esquema se usara para representar la mutua amenaza nuclear bélica de dos potencias o coaliciones, como en la Guerra Fría.

En la tabla siguiente:

Gallina	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*3,3*)	(*D*) (*2,4*)
X defrauda	(*V*) (*4,2*)	(*C*) (*1,1*)

Se puede calcular que los equilibrios son (2,4) y (4,2) y que ambos puntos son también óptimos junto al (3,3); por tanto, sólo puede salirse del (1,1) por negociación (necesariamente previa), pero ésta puede conducir hipotéticamente hacia cualquier sitio, A, D o V, por lo que la situación es muy INESTABLE y PELIGROSA. Cada parte sólo puede evitar la catástrofe cediendo y arriesgándose a perder, pero siente la presión del adversario. Lo único razonable es no jugar, es decir, asegurar el acuerdo A.

El papel de la mediación es aquí fundamental, cuando es posible: debe comunicar a las partes entre sí, asegurar la confianza mutua y simplemente hacerles salir de la situación comprometiéndolas hacia el acuerdo, un acuerdo literalmente de «no agresión». La tercera parte también puede, como se profundizará más adelante, tratar de cambiar el orden de las preferencias de los jugadores, o al menos de uno de ellos, hacia otro esquema.

3.2. UNIVERSAL Y RAZONABLE

El más estimulante académicamente, el de mayor aplicación práctica y el más conocido de los esquemas de preferencias es el llamado Dilema del Preso o Dilema del Prisionero (*Prisoner Dilemma*, en inglés).

Se dice que surgió como difícil y paradójico acertijo conceptual de un científico apellidado Tucker (véase Poundstone, 1995), y suele relatarse de esta forma:

Consideremos dos delincuentes que son detenidos e incomunicados por la policía, que no tiene muchas pruebas pero los acusa de un grave delito; a cada uno se le ofrece la libertad si acusa al otro, que recibiría una gran pena, pero si ambos se acusan mutuamente también es considerable, aunque menor, el período de cárcel, en todo caso mayor que si se «protegen» con el silencio. Situación claramente simétrica, en la tabla del juego cooperar será proteger al otro, no acusarlo, y acusarlo será defraudar. Así, las preferencias para cada jugador están claras: lo mejor (V) es defraudar al otro y que éste te proteja, lo siguiente (A) es cooperar los dos, lo siguiente defraudarse los dos (C) y lo peor, proteger al otro y que él te acuse (D). De modo que tenemos:

Preso	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*3,3*)	(*D*) (*1,4*)

X defrauda	(*V*) (*4,1*)	(*C*) (*2,2*)

Y resulta que es la única de las estructuras (simétricas) en que el único punto de equilibrio (2,2) ¡no es un óptimo!, ya que lo son ¡justamente los otros tres puntos, (3,3), (1,4) y (4,1)! Ello significa que hay que pasar urgentemente del (2,2) al (3,3) mediante la comunicación y, si es necesaria, la negociación.

Se parte de una situación ESTABLE pero paradójica desde el mantenimiento del conflicto (C): lo que conviene a cada uno según sus intereses individuales (defraudar), que está marcado por el punto de equilibrio en C, con preferencias (2,2), *no es lo mejor colectivamente*, porque lo sería el acuerdo (3,3) en A.

La clave es la incomunicación. Si se permite hablar a los detenidos, no tardarían en ponerse de acuerdo para cerrar la boca y protegerse, sobre todo si confían lo suficiente el uno en el otro. A partir de aquí, es claro el papel de la mediación, muy propio de los modelos alternativos de gestión de conflictos, porque se debería consolidar la comunicación y fomentar la confianza, lo que, por cierto, es una clara base para el fomento de la cultura de paz ante cualquier conflictividad.

La importancia de este esquema se comprueba también en el hecho de que las preferencias que asume son muy razonables como posición inicial ante lo desconocido (por ejemplo, si nos presentan a una persona o conocemos por primera vez una institución): desear la victoria es natural, pero estar abiertos al acuerdo, y en todo caso defender nuestras posiciones antes que ceder una derrota. Esta posición inicial es muy general en la práctica y suele evolucionar hacia la cooperación con el aumento del conocimiento mutuo.

Esta paradoja aparente (si cada uno pensamos en nuestro interés, el colectivo se perjudica) es nada menos que una expresión lógico-matemática de la necesidad de cooperación social, y naturalmente ha dado lugar a una amplia literatura política, sociológica y filosófica, y contribuido a la explicación de muy diversas realidades y procesos, entre otros los siguientes:

a) Los basados en la extensión de la idea del Dilema del Preso a un colectivo de más de dos jugadores, como:

— El problema de «los comunes», es decir, de las propiedades compartidas, en las que cada miembro de una comunidad puede aprovecharlas pero también, paradójicamente, protegerlas: si todos se aprovechan y nadie las protege, todos acaban perdiendo la propiedad o su valor. Lo que evidentemente ilumina problemas ecológicos o de ciudadanía social; lo que es de todos, ¿no es de nadie?

— El problema de los «impuestos». Un sistema va bien si todos los ciudadanos pagan sus impuestos, el sistema «aguanta» una cierta proporción de fraude, pero se colapsa si pocos o nadie cumplen sus obligaciones.

— El «silencio» de las sectas o de las mafias: si no se puede garantizar la lealtad mutua de los miembros, ésta se asegura con el compromiso con el colectivo, con graves consecuencias para quien infrinja las reglas; se asegura la colaboración o

protección mutua mediante la amenaza previa, para evitar «tentaciones» de acusación mutua.

b) Los basados en la reiteración del juego en términos del Dilema del Preso, en términos del fomento de la cooperación:

— La generación de confianza por la lealtad llevada a cabo muchas veces, como en el caso de los negocios (limpios o sucios) reiterados entre dos personas u organizaciones.

— La importancia de la diplomacia, el protocolo y las relaciones públicas, como garantes del mantenimiento de la comunicación entre personas e instituciones y de la pronta rectificación de malentendidos e incluso deslealtades en un proceso de repetidos contactos e intereses.

3.3. CHOCAR CON LA PARED

Si el Dilema del Gallina es peligroso, y el Dilema del Preso paradójico pero razonable, y expresan bien todo lo que puede hacerse en la gestión de un conflicto, los esquemas Callejón Sin Salida y Punto Muerto ejemplifican la situación más dura y, en términos de resolución del conflicto, la menos deseable.

Corresponden estos esquemas, que, como se ha dicho, vamos a estudiar como uno solo, a la situación en la que un jugador desea la victoria y está dispuesto a mantener el conflicto indefinidamente hasta conseguirla. La preferencia máxima es la victoria, lo que ocurre también en la mayoría de los esquemas racionales, pero la novedad es que la siguiente preferencia es el conflicto, despreciando el acuerdo (el Callejón Sin Salida pone un 2 al acuerdo y un 1 a la derrota, y el Punto Muerto al contrario, pero es irrelevante); se trata del único esquema en que es importante esa preferencia del conflicto ante el acuerdo (en el esquema de héroe no juega ningún papel) y ello resulta decisivo en el análisis. De la tabla:

Callejón Sin Salida	Y coopera	Y defrauda
X coopera	(*A*) (*2,2*)	(*D*) (*1,4*)
X defrauda	(*V*) (*4,1*)	(*C*) (*3,3*)

Se deduce un único punto de equilibrio (3,3) en el mantenimiento del conflicto, que es óptimo junto a (1,4) y a (4,1). El hecho de que el equilibrio sea óptimo nos da una situación de ESTABILIDAD en el conflicto C que nos impide salir de él: si los dos jugadores juegan Callejón Sin Salida o Punto Muerto, se produce un bloqueo y el conflicto se mantiene, conduciendo a la confrontación. Cuando otros esquemas se enfrentan con éstos, es como chocar contra un muro, no hay posibilidad de

cooperación ni de negociación, sólo de lucha.

En la práctica, se trata de las posiciones irreductibles que no aceptan la derrota pero que también desprecian el acuerdo, que conciben al adversario como enemigo con el que nada hay que pactar. Lo interesante es que sólo se diferencia del Dilema del Preso en las preferencias 2 y 3, por lo que la mediación tiene como único objetivo romper en ambos bandos la dinámica irreductible y hacerlos pasar al Dilema del Preso, que ya sí es negociable.

Es interesante remarcar que, si sólo una de las partes se vuelve razonable, y aunque un Dilema del Preso es capaz de resistir sin caer en la derrota al Callejón Sin Salida o al Punto Muerto, no se consigue salir del mantenimiento del conflicto hasta que *los dos* jugadores cambian de actitud. Ello explica el fracaso en la práctica de gestiones mediadoras que parecen estar cerca del acuerdo, pero cuyas esperanzas son rotas sólo con que ocurra un incidente, a menudo provocado, que radicalice a una de las partes.

3.4. CONSECUENCIAS

Es cierto que los modelos basados en la racionalidad no cubren en absoluto la gran complejidad que pueden tener los conflictos y las múltiples actuaciones que la intervención de terceras partes, y en particular de los equipos mediadores, pueden realizar en su gestión, pero el conocimiento de las posibles estructuras instantáneas (y por ello a menudo cambiantes) y la determinación de las que se encuentran en cada caso concreto es de gran utilidad.

Se ha pretendido aquí reflejar los elementos teóricos que acreditan la aplicación de la Teoría de Juegos al análisis de conflictos y se han obviado por motivos de espacio muchos elementos de profundización y reflexión que espero estimulen al lector. Muy sucintamente, algunas consecuencias de los análisis anteriores para la mediación pueden resumirse en lo siguiente, siguiendo una cierta clasificación de los conflictos y del papel de la mediación.

Siempre teniendo en cuenta que un conflicto es un proceso que puede pasar por distintas etapas que corresponden a varios de estos tipos, podemos distinguir:

a) Conflictos *no conflictivos*, que son puramente cooperativos y que requieren sólo apoyo, no mediación.

b) Conflictos objetivamente *negociables*, que requieren una metodología de mediación basada en técnicas de comunicación y negociación.

c) Conflictos en que la clave es la *comunicación*, que requieren la creación de instancias mediadoras y respeto a las decisiones libres de las partes.

d) Conflictos cuya propia expresión es peligrosa, que requieren una actuación *preventiva*, basada en la supervisión y la formación educativa de conciencia.

e) Conflictos *innegociables*, que requieren una intervención en el sentido de buscar cambios de posición de las partes, con metodología narrativa o transformativa.

Como se apreciará, las metodologías diversas que, desde el punto de vista de la conflictología, se requieren de la mediación se corresponden bien con las diversas escuelas o metodologías de ésta y, desde otro enfoque, con las acciones de prevención e intervención orientadas en general al fomento de la cultura de paz.

4. BIBLIOGRAFÍA

AXELROD, R.: *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Alianza Universidad, Madrid, 1996.

BOLAÑOS CARMONA, J. y ACOSTA MESAS, A.: «Una teoría de los conflictos basada en la complejidad», en Muñoz, F. A. y Molina, B. (eds.), *Pax Orbis: complejidad y conflictividad de la paz*, Editorial UGR, Granada, 2009.

COLOMER, J. M.: *El arte de la manipulación política*, Anagrama, Barcelona, 1990.

DAVIS, M. D.: *Introducción a la teoría de juegos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

ENTELMAN, R. F.: *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002.

HOFSTADTER, D. R.: «Torneos computerizados del dilema del preso…», en *Investigación y Ciencia*, n.º 82, pp. 108-115, y n.º 83, pp. 102-107.

POUNDSTONE, W.: *El dilema del prisionero: John von Neumann, la teoría de juegos y la bomba*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

ROBINSON, D. y GOFORTH, D.: *The topology of the 2x2 games: a new periodic table*, Routledge, 2005.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN

GUILLERMO OROZCO PARDO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LA MEDIACIÓN COMO FIGURA A REGULAR POR LEY. 2. LA MEDIACIÓN COMO CONTRATO. 3. LA MEDIACIÓN SIRVE A LA SEGURIDAD JURÍDICA. 3.1. *Régimen jurídico de la mediación en España*. 3.2. *Precedentes*. 3.3. *Normativa española vigente. La Ley 5/2012 y sus antecedentes*. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA *MEDIACIÓN* COMO FIGURA A REGULAR POR LEY

Según el diccionario de la Real Academia Española, *mediar* es *la acción y efecto de mediar*. Una de las acepciones o significados de *mediar* entendida como actividad es *interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando conciliarlos y unirlos en amistad*. Tal y como afirma Martín Serrano, *los individuos y la misma sociedad desarrollan y utilizan sistemas de regulación institucionalizados para reducir la disonancia* (*Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales*, tomo III, p. 1359).

En consecuencia, podemos entender que el concepto de mediación está referido a su carácter de instrumento para lograr la resolución de una contienda o conflicto entre personas, merced a la intervención de un tercero que realiza esa actividad de *mediar* sobre la base de establecer un *orden* basado en unos criterios asumidos, o aceptados, por los contendientes. Así concebida, la mediación se convierte en una herramienta al servicio de la Justicia —medio complementario o alternativo, según caso— por vía de su aplicación como instrumento de la seguridad jurídica. Asimismo, la mediación se presenta con perfiles comunes a otras figuras muy cercanas a ella, tales como la conciliación y el arbitraje, si bien existen ciertos rasgos distintivos que la distinguen, que luego comentaremos.

En este punto, hemos de tener presente que en nuestro Derecho, el término mediación posee también una acepción muy específica en sede del Derecho de Obligaciones y Contratos: el llamado *contrato de mediación*, que presenta notas comunes con la acepción antes comentada, pero también se diferencia en otros aspectos. Así, por ejemplo, la Ley de Cataluña de 2009 entiende por *mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral*. La Directiva 208/52/CE la define *como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el*

que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Finalmente, la Ley 5/2012 parte de considerar que la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, y la define de una forma más concisa: *Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*. Pese a la evidente dificultad de establecer un concepto «unánime», como afirma Redorta («Hacia una definición operativa de la mediación», en la obra, *Materiales del Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, Barcelona, 2009, pp. 227 ss.), podemos reseñar una definición tal vez más concreta: *procedimiento en el que interviene un tercero profesional, llamado mediador o conciliador, que asiste, informa y orienta a las partes de un conflicto para que negocien un acuerdo que lo resuelva de forma justa, viable y mutuamente asumida*. Por tanto, estamos ante un procedimiento, con sus fases y garantías, dirigido u orientado por un profesional, que pretende lograr la solución del conflicto desde el análisis de sus causas, no sólo de sus efectos, mediante un acuerdo procedente de las partes que ha de ser viable, mutuamente asumido y «justo» en términos jurídicos.

2. LA MEDIACIÓN COMO CONTRATO

El contrato de mediación o *corretaje*, como prefería llamarlo Garrigues, pues «*[...] frente a la terminología de origen italiano, que habla de contrato de mediación, optamos por la denominación de contrato de corretaje, de remoto abolengo histórico en nuestro Derecho. Ésta es también la terminología de nuestro Código de Comercio cuando habla de los corredores de comercio* (vid. *Curso de Derecho Mercantil*, revisado con la colaboración de F. Sánchez Calero, tomo II) no está regulado en el Código Civil, tal vez porque su sede tradicional y lógica ha sido hasta la fecha el Derecho mercantil, cuyo Código habla de los *agentes mediadores del comercio y sus respectivas obligaciones*, refiriéndose a los Agentes de Cambio y Bolsa y a los Corredores de Comercio, figuras que hoy han sufrido una honda transformación, que en el caso de los segundos ha tenido como consecuencia su integración en el Notariado, merced a la Ley de Acompañamiento de 1999.

Este contrato se integra dentro del grupo de contratos de *gestión de intereses ajenos*, junto con el arrendamiento de servicios, el mandato y el de agencia, y tiene una fuerte tradición mercantil como contrato de empresa. Hasta fechas recientes, estos contratos compartían varias notas comunes, entre las que destacaba la parquedad, cuando no ausencia total, de normas que los regulasen, lo cual ha cambiado en algún caso. Por tanto, este contrato de mediación o corretaje se ha venido rigiendo por la autonomía de la voluntad, los usos y por aquellas disposiciones

genéricas del Código Civil aplicables al caso (Títulos I y II del Libro IV) y en su *configuración y naturaleza jurídica ha desempeñado una labor importante la jurisprudencia*. Es decir, no tenía una normativa básica y concreta que lo regulara.

Es un contrato consensual —se perfecciona por el consentimiento sin requisito de forma— y bilateral —hay dos partes: mediador profesional y arrendatario de sus servicios— que Garrigues define como aquel *por cuya virtud una de las partes, que puede ser una persona o varias interesadas en la celebración de un contrato, sea entre sí, sea con tercera persona, se obliga a abonar a la otra parte, llamada corredor o mediador, una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración.* En conclusión, el *corredor* se compromete a indicar a la otra parte la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, o bien a servirle de intermediario para ello, a cambio de una retribución o sus honorarios.

Las obligaciones *contractuales* del corredor se basan en los mismos criterios de ética jurídica de los contratos antes reseñados. Cabe sintetizarlas de la siguiente forma:

— Deber de *secreto y confidencialidad*, que le impone una conducta silente con respecto a las instrucciones que recibe del *comitente* y cualquier otra información reservada que conozca con ocasión de su actividad.

— Deber de *informar* al comitente: ha de desplegar una conducta diligente de consejo, asesoramiento e información al comitente sobre su gestión.

— Deber de *imparcialidad*: según la doctrina, este deber sólo rige cuando su gestión le ha sido encomendada por dos personas que quieren realizar el mismo contrato (por ej., compraventa); ello se conecta con la exigencia de que el *corredor* no ha de tener ningún interés personal en el negocio que gestiona.

De todo ello se deduce que en este contrato los conceptos de *buena fe, confianza* y *diligencia debida* son la base sobre la cual se construye toda la estructura de derechos y deberes de las partes, lo que sucede en los otros contratos análogos antes citados. En consecuencia, la *confianza* entre las partes, la lealtad mutua y las condiciones personales del mediador se convierten en el eje sobre el cual gira esta actividad *profesional* de la mediación, razón por la cual se tiende a la *profesionalización* de esta figura exigiendo una capacitación previa avalada, generalmente, por un título *habilitante* y convirtiéndola en una profesión *titulada, sujeta* y *reglamentada.* Ésta fue una cuestión clave en el debate del *Anteproyecto de Ley* de 2010 en cuanto a la exigencia de una titulación *ad hoc* o específica (vid. García Villaluenga, L., «La mediación y la formación del mediador», en la obra *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo* XXI, Madrid, 2010, pp. 66 ss.).

Finalmente, destacaremos que la *esencia* de este contrato reside en el hecho de que al *corredor o mediador* no se le confiere mandato alguno y que su actividad se dirige a *poner en contacto* a las personas para que éstas puedan celebrar el contrato objeto de mediación. Se nos antoja fundamental tener en cuenta esta nota en la medida en que es este papel de acercar voluntades, pero sin mandato que permita representar y

concluir un contrato por cuenta del comitente, el que permite distinguir al mediador de otras figuras análogas, nota que se pone de manifiesto también en los otros ámbitos donde se aplica el concepto de mediación.

3. LA MEDIACIÓN SIRVE A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Es útil a nuestro propósito hacer una breve referencia a la seguridad jurídica y su conexión con la mediación, entendida como un instrumento al servicio de aquélla, ya como técnica de resolución de conflictos, ya como instrumento para evitarlos. La seguridad jurídica aparece consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, como un principio/mandato fundamental del Estado de Derecho. En lo que interesa a estas líneas, merece la pena destacar la idea de Puy Muñoz según la cual la seguridad jurídica consiste en *el logro de una situación que realice por cauces legales la promoción y defensa de los intereses particulares* (vid. *Enciclopedia RIALP*, tomo XXI, pp. 121 ss.). No obstante, podemos perfilar aún más el concepto desglosando su contenido literal: *seguridad* indica estabilidad, certeza, porque una situación es segura cuando está amparada de cualquier mutación *ilegítima*, es decir, de aquella que no procede de una causa establecida por la ley. Con el término *jurídica* se hace referencia a aquellas situaciones o relaciones que son objeto o interesan al Derecho. Además, hemos de puntualizar que la seguridad jurídica también afecta a la promoción de los intereses generales, no sólo los de los particulares.

Pérez Luño (vid. *Seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 20 ss.) ha estudiado con acierto esta institución, poniendo de relieve algunas consideraciones dignas de ser destacadas. En primer lugar, que éste es un concepto complejo, con una diversidad de significados y distintas proyecciones en los demás valores, figuras y categorías jurídicas. Establece este autor dos acepciones diferentes:

1. Seguridad jurídica *strictu sensu* como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional de todo ordenamiento jurídico, como sistema coherente, que se vertebra a través de sus normas e instituciones.
2. La faceta *subjetiva*, como sinónimo de la necesaria certeza del Derecho, la estabilidad de las situaciones nacidas a su amparo y la ausencia de conflictos o lesiones injustificadas. Ello implica que el Derecho debe ser conocido para que los sujetos puedan adecuar previamente sus conductas a la norma, en base a unas pautas y unos valores previos coherentes, ciertas y razonables.

El Tribunal Constitucional afirma que la seguridad jurídica es *la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad*, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente (STC 27/1981, de 20 de julio). En otra sentencia, el Alto Tribunal destaca asimismo que la seguridad jurídica ampara *la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y en el respeto a las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes*

(STC 147/1986, de 25 de noviembre). Por tanto, la seguridad jurídica comporta exigencias de *corrección formal y material* del ordenamiento que funcionan como auténticas *garantías*: irretroactividad de las leyes penales, unidad y continuidad en la jurisprudencia, respeto a los derechos adquiridos, cauces adecuados para su ejercicio, acceso a la justicia en sus diversas modalidades, serían algunas de ellas.

Esta certeza y estabilidad que impone la seguridad jurídica ha de ser conciliada con la demanda de *dinamismo y mutación* que comporta la justicia en cuanto valor superior al que aquélla queda supeditada, por lo que la seguridad jurídica no comporta en absoluto ausencia de cambio o evolución en el ordenamiento, sino que éste se producirá por unos cauces y a un ritmo adecuado para evitar *rupturas* que puedan ser inadmisibles en un Estado de Derecho.

Asimismo, hemos de recordar que nuestra Constitución no hace distinciones entre relaciones de Derecho público y privado a la hora de aplicar las garantías que la seguridad jurídica comporta. Y es en el campo negocial donde queremos aplicar lo que antecede, por la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, de suerte que cuando un pacto o un uso comercial son contrarios a la seguridad jurídica, son nulos (STS de 13 de noviembre de 1992). Este efecto *derogatorio* con respecto al *ordenamiento convencional* comporta una *eficacia negativa* de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica *pone en valor* con plena eficacia principios como el de igualdad, buena fe o abuso del derecho. Es por ello que el artículo 1.258 CC cobra pleno sentido en este contexto, en cuanto criterio integrador en sentido positivo y negativo en el campo negocial: los contratos obligan a lo que expresamente se pacta y a todas aquellas *consecuencias* que, atendiendo a su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la ley. Esto implica una integración *positiva*, relativa a consecuencias no previstas y que comportan la aplicación de nuevas *cláusulas* o la realización de conductas; en el sentido *negativo* implica la derogación de cláusulas recogidas en el contrato y la observancia de deberes de abstención de conductas contrarias a aquellos criterios antes apuntados.

Esta proyección de la seguridad jurídica posee un claro valor *antiprocesal* por cuanto tiende a evitar la proliferación de causas de conflicto y sus perniciosas consecuencias. Así debemos entender la *vuelta* al formalismo negocial, la *tipificación* de multitud de contratos en los que se impone un contenido mínimo para garantizar un equilibrio en las prestaciones y la tutela de los derechos del consumidor, la proliferación de normas que han elevado el nivel de protección de la parte débil por diversos mecanismos: consagración de unos derechos básicos, acciones individuales o colectivas de defensa, promoción de la responsabilidad objetiva, e intervención de terceros para autorizar determinados contratos que han de supervisar su *calidad* en términos de licitud, forma y equidad.

Todo ello sirve para tratar de evitar las posibles causas de conflicto en la medida en que se impiden abusos, se corrigen desigualdades, se veda la arbitrariedad a la hora de interpretar o ejecutar el contrato, o se garantiza la cobertura de responsabilidad imponiendo un seguro para el caso.

Pero la seguridad jurídica *antiprocesal* no se agota con ello, sino que es también

digno de destacar el hecho de que han aumentado las vías de solución de conflictos en las relaciones intersubjetivas que hacen innecesario acudir a la vía procesal, con los efectos positivos de todo orden que ello conlleva.

En nuestros días se ha producido un aumento considerable de conflictos en los más diversos ámbitos y materias, entre las cuales cabe citar las relaciones laborales, profesionales, contractual, de responsabilidad por productos o servicios, o las del ámbito de la familia. Ello ha provocado el lógico incremento de la actividad jurisdiccional sin que el *sistema* estuviera adecuadamente preparado para resolver el elevado número de asuntos que demandan una solución judicial. Este hecho queda perfectamente reflejado en la frase de Derek Bok [citado por Barona Vilar, S., *Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia*, R.C.E. de Arbitraje, 1998] referida al sistema judicial norteamericano, pero aplicable al nuestro, al considerarlo como *un sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico.* Esta percepción de la insuficiencia del sistema llevó a la búsqueda de nuevos instrumentos de solución para los conflictos que fueran unas adecuadas alternativas extrajudiciales. No obstante, se trata de una materia en la que el *Common law* pone de manifiesto su mayor capacidad de adaptación evolutiva a las nuevas demandas sociales.

3.1. Régimen jurídico de la mediación en España

Al referirnos al régimen jurídico de una institución hacemos alusión al conjunto de normas que regulan su función, estructura, funcionamiento y demás aspectos esenciales que han de regirla. Con la mediación en nuestro país hemos invertido el proceso normal de la «creación de leyes»: hemos ido de la práctica a la ley que la disciplina. Efectivamente, la mediación es una actividad progresivamente profesionalizada que nuestro legislador obviaba, salvo algunos preceptos del Código Civil y otros textos fragmentarios que aludían a ella. No es ajena a nuestro Derecho la existencia de los «amigables componedores» y la existencia de contratos como el corretaje, de agencia y el de transacción, o la negociación colectiva laboral, figuras íntimamente ligadas con esta actividad. Es en la época de los noventa cuando la práctica de la mediación en el ámbito de los conflictos laborales llevará a que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, comiencen a dictar leyes sobre la materia, creando así un marco legal fragmentario, diverso y, en algunos casos, contradictorio integrado por más de una decena de leyes sobre la materia, frente a la inactividad del Estado, quien debería ser el garante de que esta figura contase con una «ley uniforme» que garantizara un tratamiento legal coherente a nivel de todo el territorio nacional. Porque si las CCAA tienen competencias en materia de «familia», es muy dudoso admitir que las posean para disciplinar una profesión reglada, su estatuto integrado por cuestiones tan relevantes como los requisitos de acceso, colegiación o registro, obligaciones y deberes como el secreto y

la responsabilidad profesional, materias reservadas a nuestro juicio a la competencia exclusiva del Estado. Con ello repetíamos el error cometido antes en otros países. Así Scott Hugues denunciaba lo sucedido en EEUU: *Desafortunadamente, muchas leyes de mediación están pobremente redactadas, son ambiguas, incompletas e internamente inconsistentes. Incluso, existen discrepancias sustanciales entre actas dentro del mismo estado que pretenden acometer propósitos similares. Con todo esto, no es difícil imaginar que existan amplias diferencias en los programas de mediación respecto de Estado a Estado* («La protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos: una breve mirada a través de la óptica del Acta Uniforme de Mediación», *Revista de la Facultad de Derecho*, Granada, 2000).

Como ponían de relieve los autores, «el interés de los profesionales y la instauración del marco jurídico adecuado, marcaron el inicio de un largo camino cuajado de avances y dificultades que se han ido superando hasta llegar al momento actual en el que existen diez leyes de mediación familiar de ámbito autonómico, varias disposiciones referidas a la mediación en diversas leyes e importantes iniciativas prácticas en el ámbito judicial. Todo ello determina un reconocimiento jurídico y una progresiva consolidación de la mediación en todo el Estado, fruto de una evolución importante respecto a sus inicios. Pero falta todavía que el mensaje y la cultura de la mediación dé un paso más allá de su reconocimiento por parte de la ley y de los profesionales y llegue finalmente de forma plena y satisfactoria a toda la ciudadanía» (Valls Rius, A., «La mediación: realidad y retos de futuro», *Diario La Ley*, n.º 6.954, Sección Tribuna, 27 de mayo de 2008, año XXIX).

3.2. Precedentes

Entre los diversos textos de la Unión Europea, cabe citar, en primer lugar, como «pionero» que sirvió de fundamento a la normativa que se fue desarrollando en nuestro país, la *Recomendación* NR (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación familiar, aprobada el día 21 de enero de 1998 en Consejo de Ministros, a partir de la 616 y, aunque carezca de eficacia vinculante para los estados, sirvió de fundamento para el desarrollo legislativo posterior. También cabe destacar el *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil del año 2002 y, sobre todo, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien existen otras normas que se aplican a sectores concretos como la *Recomendación* del Comité de Ministros del Consejo de Europa NR (99), de 15 de septiembre de 1999, relativa a la mediación en materia penal, o la *Decisión marco* de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, cuyo artículo 10 alude directamente a la mediación en el proceso penal, y otros documentos de cierta relevancia que sirvieron de precedente a la normativa española.

3.3. Normativa española vigente. La Ley 5/2012 y sus antecedentes

Como venimos diciendo, había un panorama legislativo diverso y fragmentario en nuestro país, pues la mediación ya se venía aplicando en algunos sectores de nuestro ordenamiento, como en el ámbito de los conflictos de consumo, donde es incorporado por la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y desarrollada después por los Reales Decretos 636/1993 y 231/2008 que le sustituye, como procedimiento previo al arbitraje; en campo laboral, donde se configura el intento de mediación o conciliación extrajudicial como «requisito previo necesario para la tramitación del proceso» (art. 63 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, en su redacción dada por la Ley 20/2007, de 11 de julio) o en materia de propiedad intelectual (Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). También en el ámbito del Derecho de familia, el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «en las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777 [separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro], las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas: [...] 7.ª Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación» (redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio). Dentro del proceso civil general, también se ha fomentado que las partes puedan alcanzar una solución extrajudicial, tal y como evidencia la finalidad que prescribe el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fase de audiencia previa («Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso...»). También cabe destacar, en sentido contrario, la Ley Orgánica 1/2004 sobre violencia de género que proscribe en estos casos la aplicación de la mediación, según dispone su artículo 44.5, que la declara «vedada».

Por otra parte, iban apareciendo leyes autonómicas singularmente referidas a mediación familiar, salvo Cataluña que había dictado una nueva en «Derecho privado» en el año 2009, sustituyendo a la anterior. Sin embargo, la mediación venía practicándose sin tener un «marco legal unificado» que sirviera de referencia común para todas las materias y diera coordinación y dotara de coherencia a esta actividad profesional en todo el país. Una de las primeras que pueden citarse es la Ley 1/2001, de 15 de marzo, que ha sido derogada por la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, con un contenido más amplio que la anterior, ya que, además de la mediación familiar, el artículo 2.2 hace mención de la «mediación civil» que comprende «cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro y, particularmente,

entre otros: *a*) los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones; *b*) los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones; *c*) las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los Juzgados; *d*) los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña; *e*) y cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los Juzgados o puede favorecerse la transacción». Otras leyes autonómicas se encuentran en Galicia, Ley 4/2001, de 31 de mayo; en Valencia, Ley 7/2001, de 26 de noviembre; en Canarias, Ley 15/2003, de 8 de abril; en Castilla-La Mancha, Ley 4/2005, de 24 de mayo; en Castilla-León, Ley 1/2006, de 6 de abril; en Islas Baleares, Ley 18/2006, de 22 de noviembre; en Madrid, Ley 1/2007, de 21 de febrero; en Asturias, Ley 3/2007, de 23 de marzo; en el País Vasco, Ley 1/2008, de 8 de febrero; en Andalucía, Ley 1/2009, de 27 de febrero, y Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón. En su mayoría, estas normas se refieren a la mediación familiar, y su contenido es muy similar a la hora de establecer los «principios rectores de la mediación familiar», los derechos y obligaciones de los mediadores o los aspectos procedimentales, con lo que, según dijimos, se produce un «exceso» normativo y un cuadro regulador falto de la necesaria coherencia.

Un paso importante supuso la citada Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pues alude expresamente a la mediación como un procedimiento voluntario, no sólo a la hora de tramitar el divorcio, sino también a la hora de resolver los conflictos familiares que pudieren ocasionarse con posterioridad al mismo, con la finalidad de garantizar el interés del menor a la hora de resolverlos. Durante su debate parlamentario se logra introducir una *disposición final* comprometiendo al Gobierno a dictar una Ley sobre la materia en base a los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea y con *pleno respeto a los servicios de mediación creados por la Comunidades Autónomas*, pero sin un plazo previsto.

Varios grupos parlamentarios presentaron iniciativas en las Cortes en los años 2006 y 2008 para regular la materia, que no prosperaron porque la Comisión de Justicia promete presentar un *proyecto de ley* para ello. La aprobación de la Directiva de 2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya trasposición debería realizarse antes del mes de mayo de 2011, hace que nuestro legislador se tome en serio la tarea de dictar una norma de más amplio contenido que una Ley de mediación *familiar*. Para ello se presenta el *Anteproyecto* de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de febrero de 2010, que era bastante completo y positivo, pues regulaba los aspectos esenciales de la mediación como profesión reglada y procedimiento complementario de acceso a la justicia, e incluso contenía una interesante reforma del Código Civil y otras leyes conectadas con la materia. Es también destacable que, aunque en el debate se propuso que incluyera la mediación en consumo por considerarse materia *civil*, fue rechazado, excluyendo penal, laboral

—como hace la *Directiva*— si se aplicaba a las materias *administrativas*, importante novedad para nuestro ordenamiento. Asimismo, cabe destacar que incluía supuestos de mediación *obligatoria* en determinados casos, ya que su disposición final tercera modificaba la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo un nuevo apartado 3 al artículo 437 con la siguiente redacción: «3. En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250, que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda». El apartado segundo del artículo 7 volvía a insistir en el aspecto *obligatorio* del sometimiento a la mediación, señalando que si *existe un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se iniciará el procedimiento de mediación antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial* (aun cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste). Finalmente, diremos que *penalizaba* a la parte que actuara de *mala fe* en el procedimiento de mediación mediante la imposición de las costas del ulterior proceso judicial. Tras la intervención de diversos *dictámenes* de órganos competentes del Estado y representantes de *corporaciones* con interés directo en la materia, el texto llega a las Cortes bastante mermado de sus aportaciones novedosas (cfr. *BO Cortes Generales* n.º 122-1, de 29 de abril de 2011).

Con el cambio de Gobierno y en la medida en que se incumplía el mandato de la Directiva, sobre la base modificada de aquel proyecto, se aprobó el *Real Decreto-ley 5/2012*, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que pretendía ir más allá de la adaptación de la Directiva 52/2008/CE y resolver la falta de una «ordenación uniforme» de la mediación en nuestro país que generaba inseguridad jurídica, tal y como se dijo. Posteriormente se aprobará la *Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* —publicada en *BOE* n.º 162, de 7 de julio de 2012— justificando el legislador el recurso a la técnica del Real Decreto por razones obvias: *el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.* Siguiendo al legislador, y a modo de resumen, diremos que la norma se estructura en cinco títulos. En el Título I, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación. El Título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber

de colaboración y apoyo al mediador. El Título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

El Título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto. Finalmente, el Título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

En cuanto a las materias a las que se aplica, éstas se extienden a conflictos de Derecho de familia, de sucesiones, contratos entre particulares o entre empresas o profesionales, propiedad intelectual u horizontal, vecinales, interculturales, escolares y otros de ámbito «privado» marcados por la disponibilidad del objeto: cuestiones civiles en intromisiones al honor, intimidad, imagen, datos personales, etc. No obstante, debemos resaltar que, aunque excluye las materias de consumo, laboral y penal, la propia Ley deja muy claro que ello no supone *limitar* la aplicación de la mediación en estos campos, sino reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes (cfr. Jaime Pintos Santiago, «Concepto y delimitación normativa del actual sistema general de mediación civil y mercantil», *Diario La Ley*, n.º 8.278, Sección Doctrina, 25 de marzo de 2014). Con todas sus carencias y frente a la oposición de algunos sectores, lo importante es destacar que la *mediación* ha tomado «carta de naturaleza» en nuestro Derecho positivo como un medio complementario o accesorio, más que alternativo, a la justicia y se integra en nuestro sistema como un instrumento más de tutela de los derechos de los ciudadanos para el acceso de éstos a la justicia en los términos previstos en el artículo 24 de la Constitución.

Finalmente, hemos de citar el *Real Decreto 980/2013*, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo objeto es desarrollar las disposiciones de la Ley 5/2012, en relación con la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos y su aplicación a los mediadores y las instituciones de mediación que desarrollen su actividad profesional al amparo de lo dispuesto en la ley que desarrolla.

En definitiva, tenemos un régimen jurídico que debemos ir mejorando conforme la práctica ponga de relieve sus carencias, y deberá ser ampliado con las normas sectoriales necesarias para regular la aplicación de la mediación en aquellos otros campos en los que su presencia es real desde hace tiempo —consumo o laboral, por ejemplo— o se hace necesario dotarle de una regulación específica que permita su desempeño de una forma segura y eficaz: ámbito administrativo, policial, penal o penitenciario, pues son sectores en los que está llamada a cumplir un papel muy relevante.

4. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO: «La mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, n.º 77, primer trimestre 2005, pp. 243 a 304.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: *La mediación civil y mercantil (comentarios y formularios*), Gomylex, Bilbao, 2012.

BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ DAUDÍ, V.: «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», *Revista de Derecho mercantil*, n.º 283, 2012, pp. 231-270.

PÉREZ MARTELL, R.: *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pr-2985.

PÉREZ MARTELL, R. y ESTHER VILALTA, A.: «La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva Ley 5/2012, de Mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28, octubre 2012.

VVAA: *Comentarios a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (coord. Luis Marín Hita), Praxis, Madrid, 2013.

CAPÍTULO IV

LA NEGOCIACIÓN

RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN
Profesor Titular de Sociología
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DESARROLLO TEÓRICO Y EMPÍRICO DE LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN. 2.1. *Las características sociodemográficas*. 2.2. *Las características situacionales*. 2.3. *Los aspectos cognitivos.* 3. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los nuevos valores culturales, el auge de un modelo económico más global y la nueva realidad de las organizaciones, donde los aspectos sociales adquieren una especial relevancia a la hora de determinar sus resultados, han convertido a la negociación en un instrumento fundamental para el buen funcionamiento de la sociedad actual. Frente a la imposición de la ley, de la fuerza o del poder de unos sobre otros, la negociación aparece como medio fundamental de solventar los conflictos y disputas. Su importancia no ha dejado lugar a dudas en un contexto social y económico donde la colaboración de unos y otros se hace imprescindible a niveles micro y macro, públicos y privados. De hecho, las instituciones públicas y privadas no han parado de impulsar mecanismos de mediación y negociación que ya están presentes en multitud de ámbitos sociales, políticos y económicos.

Los teóricos de la negociación han definido y desarrollado la negociación como un instrumento eficaz para solventar los conflictos sociales. Su relevancia radica en que en toda sociedad siempre han existido los conflictos, y frente a modelos teóricos más tradicionales que lo consideran como algo negativo que hay que erradicar de la sociedad, pasamos a contemplar nuevos enfoques que lo definen como algo connatural a toda sociedad y grupo humano y que hay que gestionar. Las formas de hacerlo son diversas, entre ellas a través de procesos de negociación que también adquieren variadas formas y connotaciones dependiendo de los objetivos a conseguir y, por tanto, del tipo de negociación que se utilice. Desde las más duras y agresivas (competitivas) hasta las menos exigentes (condescendientes), pasando por el tipo ideal donde ambas partes en conflicto ganan, no existen perdedores y los sentimientos sociales generados o motivados por el conflicto pueden disiparse (cooperativas). Cada vez más, la eficiencia de las organizaciones depende de su capital humano. Desde mediados del siglo pasado, el factor social toma protagonismo y se convierte en el aspecto determinante de productividad y de calidad, en un sentido amplio de los términos. La negociación adquiere importancia desde entonces y, como proceso

capaz de solventar conflictos, ha sido objeto de estudio científico. Su análisis y tratamiento han permitido mejorar sus resultados. Los negociadores profesionales no se basan sólo en su experiencia e intuición, sino también en métodos y técnicas de negociación experimentales.

Es pertinente establecer la diferencia entre negociación y mediación. La negociación se ha definido como proceso donde interactúan dos o más partes, con intereses comunes y opuestos, con el objetivo de lograr un acuerdo sobre un conflicto percibido. La negociación debe contemplar en sus objetivos solventar el conflicto donde todos ganen (Correa, J. C., y Navarrete, M. C., 1997) y que permita mejorar las relaciones futuras (Villalba, J., 1989). En estos aspectos radica su importancia y eficiencia, ya que se consigue una solución pacífica y equilibrada del conflicto. No obstante, la teoría de la negociación ha contemplado el proceso de negociación desde diferentes puntos de vista. No siempre intervienen terceras partes en este proceso buscando una solución pacífica, justa y donde todos ganan. Este ideal de negociación se ve alterado en múltiples ocasiones por procesos de negociación entre dos partes en conflicto donde se disputan intereses bien definidos y cuyo objetivo es conseguir el máximo beneficio en la negociación, sin importarles los costes que pueden suponer a la otra parte. En relación al proceso de negociación entre dos o más partes enfrentadas, pero con intereses comunes, se han desarrollado todo un conjunto de teorías que se centran en mejorar los resultados obtenidos en la negociación.

Por otra parte, la mediación la podemos entender como la intervención de un tercero imparcial en un conflicto, con el propósito de ayudar a los disputantes a resolver su problema en un ambiente seguro. El mediador mejora el proceso de comunicación ayudando a las partes a definir de forma clara sus problemas, comprender los intereses de cada parte y generar opciones para solucionar la disputa. El mediador no impone la solución al problema, son las partes las que mantienen siempre la responsabilidad de hacer su propia decisión (Butts, T., y Notini, J., 2002).

Tanto la Sociología como la Psicología han realizado significativas aportaciones teóricas que son utilizadas como instrumentos aplicados a la negociación. La investigación se ha centrado en aspectos que escapan al control de los negociadores, como son los contextos y las percepciones. El énfasis se ha puesto en lo cognitivo, en lo estructural, en el contexto, etc. La negociación no es un hecho aislado, es un proceso complejo e indeterminado que se va definiendo constantemente conforme se desarrolla. La toma de decisiones constituye uno de los elementos de análisis y estudio más importantes, ya que el proceso negociador no deja de ser una continua toma de decisiones más o menos planeadas y acertadas.

Pasemos a analizar algunas de las principales aportaciones fundamentales para el desarrollo teórico y empírico de la teoría de la negociación, dejando constancia de su significativo nivel interdisciplinar. Han sido variadas las contribuciones que lo han permitido, tomando especial auge a partir de la década de los años 1950, gracias a la bonanza económica característica de los años de la postguerra, así como a la consolidación de la denominada sociedad industrial desarrollada con todo lo que ello conlleva. Diferentes corrientes teóricas han acentuado la importancia de los modelos

productivos en la determinación de un modelo de sociedad, por ello no podemos perder de vista las consecuencias sociales y económicas de la modernización. La gestión científica de la sociedad y, más concretamente, de las organizaciones, ha impulsado el desarrollo de teorías y metodologías aplicadas a la negociación. En el momento que se toma conciencia de la importancia de la cultura, los valores, los sentimientos y en general de los aspectos sociales a la hora de conseguir elevados niveles de productividad y calidad en las organizaciones, la negociación, como instrumento de gestión del conflicto, adquiere protagonismo. El desarrollo de las organizaciones, a nivel micro y macro, y las propias vidas de los individuos están en buena medida determinadas por constantes procesos de negociación que a su vez comportan decisiones, estrategias, diferentes puntos de partida y de llegada, etc. La institucionalización de la negociación constituye hoy día una realidad que sigue avanzando y ocupando nuevos espacios en la sociedad.

2. EL DESARROLLO TEÓRICO Y EMPÍRICO DE LA TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN

En el desarrollo teórico y empírico de la teoría de la negociación se pueden destacar tres tradiciones dominantes (García de Torres, E., 1995). La primera consiste en la elaboración de libros y manuales enfocados a aconsejar al negociador industrial e internacional. Los libros más antiguos datan de los años 1700, aunque su principal desarrollo lo experimentan desde los años 1950. La segunda se centra en la construcción de modelos matemáticos aplicados a la negociación, y desarrollados por economistas y teóricos de los juegos a partir de la década de los años 1950. Por último, la tercera, denominada «tradición comportamental», trata de desarrollar una teoría predictiva sobre el impacto de las condiciones del entorno en el comportamiento, y el impacto de estas condiciones en los resultados de la negociación. Son investigaciones más recientes que se desarrollan desde los años 1970 (ibídem).

El desarrollo de la teoría de la negociación ha puesto de manifiesto la multiplicidad de factores que la determinan y, por tanto, la complejidad de dicho proceso, aunque el desarrollo teórico específico ha sido más bien escaso, ya que muchas de las propuestas realizadas se enmarcan dentro del modelo de Walton y McKersie de los años sesenta, y otras propuestas no han sido desarrolladas de forma específica para la negociación, como la de la toma de decisiones (García, S., y Domínguez, R., 2003). No obstante, se pueden destacar tres modelos teóricos específicos de la teoría de la negociación. El primero de ellos es el de Walton y McKersie, denominado *Teoría de las Negociaciones Laborales*, del año 1965, donde remarcan la importancia de los factores contextuales en el ámbito de las relaciones laborales. El segundo de los modelos, denominado *Modelo de Cuatro Actividades de Mastenbroek*, desarrollado en el año 1993, donde se plantea un modelo centrado en cuatro actividades que se desarrollan en los procesos de negociación: obtener

resultados significativos, influir en la relación de poder, promover un clima constructivo y lograr una flexibilidad en los procedimientos. Se analiza la conducta del negociador sin olvidar su relación con el objeto de negociación y el contexto. Por último, el *Modelo de Propiedad Potencial de Van de Vliert y Mastenbroek*, desarrollado a finales de los años noventa del siglo pasado, en el que se centran en la «propiedad potencial de un coste o beneficio en disputa», donde el objeto de la negociación lo constituyen los intereses de las partes (ibídem).

A continuación pasamos a analizar algunos de los aspectos más relevantes de la tradición comportamental, por ser la corriente más desarrollada en la actualidad. El comportamiento y su predicción en términos de probabilidad ha sido el objeto de estudio de la prospectiva. Una tarea difícil ante la complejidad que comportan los procesos de negociación, donde intervienen variables macro y micro, objetivas y subjetivas. Por ello, interesa estudiar las características de carácter sociodemográfico y su incidencia en la negociación, sin olvidar el contexto y sus características estructurales donde se inserta y, como no, los aspectos que atañen al individuo de forma más específica como son los cognitivos. Todos estos aspectos determinan, en cierta medida, la toma de decisiones.

2.1. Las características sociodemográficas

Los estudios desarrollados a nivel de laboratorio y de campo (encuestas y entrevistas) han tenido presentes variables individuales de carácter demográfico (edad, género, raza, etc.) y de personalidad (autoestima, autoritarismo, locus de control interno o externo, entre otros). Como la negociación la realizan individuos y es una actividad claramente interpersonal, parece lógico el estudio de las características individuales a la hora de abarcar la temática de la negociación. En este sentido, se han desarrollado diferentes estilos de negociación, así como perfiles internacionales, ciertamente útiles para su planificación.

Las investigaciones han identificado distintas estrategias de negociación atendiendo a la personalidad de los negociadores, la orientación de la negociación (más pragmática o más humanista), el carácter temporal de la negociación, las expectativas y el propio clima de la negociación. Cada negociación es diferente y está determinada por una diversidad de factores personales y contextuales que la definen.

Las características de los negociadores han sido objeto de estudio y análisis, estableciéndose diferentes tipologías atendiendo a su personalidad y otros aspectos sociales. Conocer los diferentes tipos de personas con las que podemos negociar nos permite planificar de forma más eficaz nuestras estrategias de negociación. Se han establecido modelos diferentes de negociación internacionales, teniendo presentes sus pautas culturales.

Los estudios realizados a nivel internacional han permitido realizar variadas clasificaciones y definido diferentes estilos. Entre ellos, los de Dasi, F. M., y Martínez, R. (2005) nos muestran el siguiente mapa personal: mientras los *nor-teuropeos* se caracterizan por ser serios y rígidos en sus planteamientos, profesionales

y respetuosos, cumplidores y exigentes de lo acordado, por centrar sus interacciones en la negociación y por no ser manipuladores, los *sureuropeos* son más afables y sociales, sensibles a las emociones, predispuestos a entablar relaciones de amistad, más cooperativos, protocolarios dentro de la calidez y cordialidad; los *orientales* son muy exquisitos en las formas, desconfiados, muy pacientes, sus decisiones suelen ser a largo plazo y muy meditadas, negocian en equipo y no les gustan los riesgos; por último, los *norteamericanos* suelen mostrarse muy seguros de sí mismos, espontáneos, pragmáticos, optimistas, rígidos, rápidos en la negociación y muy directos (ibídem). Conocer las pautas culturales y rasgos personales, incrementa las posibilidades de éxito en la negociación.

Otras clasificaciones se centran en las características personales más comunes sin tener presente una ubicación geográfica específica, tal y como se puede apreciar en el Cuadro 1. A cada tipo de negociador le corresponde un tipo de negociación y/o estrategias a seguir.

CUADRO 1
Principales estilos de negociadores

Tipología de negociadores	*Características personales*
Suave	Cuida la relación. El objetivo es el acuerdo. Genera confianza y es confiado. Ofrece más que exige. Evita las confrontaciones.
Duro	El objetivo es ganar. Considera adversarios a los de la otra parte. Exige concesiones. Es desconfiado. Suele utilizar la amenaza si es necesario.
Tranquilo	Necesita mucho tiempo para adoptar decisiones. Todo es pausado, pensado y hace que la negociación se prolongue en el tiempo.
Temeroso	Dudoso. Contempla todos los posibles riesgos. No es confiado. Verifica las informaciones.
Apático	Suele desconectar de la negociación. No muestra interés en negociar.
Curioso	Todo lo quiere saber, analiza todos los detalles. Pregunta constantemente.
Todo lo sabe	Piensa que todo lo sabe. Tiene respuestas para todo. Habla mucho y escucha poco.
Patinador	Expone todo su poder y conocimiento. Se muestra muy seguro de sí mismo. No duda. Adopta decisiones muy rápidas.
Todo sí	No se opone a nada. Todo le parece bien. Evita todo tipo de confrontación. No parece preocuparle sus propios beneficios.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LA PROPUESTA DE PASCAL, A. (2003).

No obstante, la complejidad del proceso negociador hace necesario abarcar el estudio de las características situacionales, ya que las mismas también determinan las

probabilidades de alcanzar los objetivos ya planificados. Es cierto que muchos aspectos estructurales que influyen en la negociación son fijos e imposibles de cambiar, pero otros son susceptibles de definir y establecer dentro de su propia planificación.

2.2. Las características situacionales

Las características situacionales son componentes contextuales relativamente fijos que la definen. Las investigaciones se han centrado en la variación de los contextos y su influencia en los resultados de la negociación. Algunos estudios han utilizado variables como el tiempo, el poder, el número de personas, el efecto de terceras partes y la comunicación, entre otros.

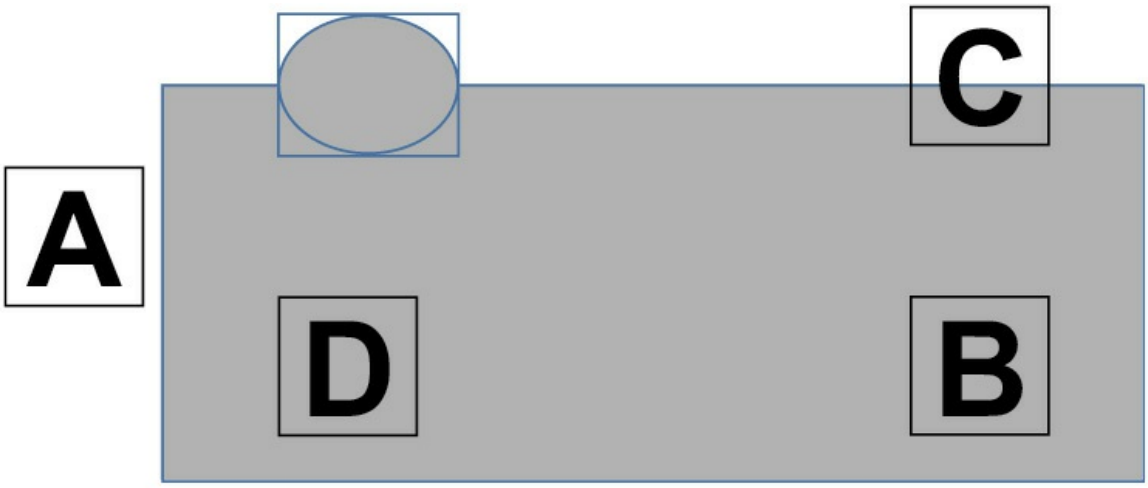
Los factores situacionales suelen ser externos a la negociación, fuera del control de los negociadores. Pensemos en el poder relativo de cada parte o en la existencia de una fecha tope para cerrar la negociación. Sin lugar a dudas, las situaciones y los contextos establecen factores determinantes de carácter estructural y cognitivo. Los negociadores perciben un contexto y reaccionan en función de sus propias interpretaciones. Se ha verificado que la presencia de observadores (ya sean como representados o como audiencia) tiene un influjo en los resultados y en el desarrollo del proceso de negociación al hacerla más competitiva.

No obstante, existen factores contextuales susceptibles de modificar y, por lo tanto, de planificar dentro del proceso de negociación. Se han desarrollado estudios relativos a las distancias físicas de los interlocutores, la disposición del espacio y otros objetos. Aspectos como la temperatura, la iluminación, la ventilación y el propio lugar de la negociación (neutral, en terreno contrario o en territorio propio) son determinantes. No debemos obviar el establecimiento de la agenda de negociación, donde se establecen tiempos, ritmos de trabajo, descansos, almuerzos de trabajo, etc., que puede hacer que un proceso sea más o menos privado, relajado o estresante.

En lo que respecta a los espacios físicos, éstos son susceptibles de configurarse en función del perfil del negociador y el tipo de negociación que se pretende llevar a cabo. Siguiendo a Dasi, F. M., y Martínez, R. (2005), las distancias de aproximación de los interlocutores puede ser íntima (entre 15 y 45 cm), social (entre 123 y 360 cm) y pública (más de 360 cm). Mientras las distancias íntimas corresponden a personas de máxima confianza, las distancias sociales a personas que no tenemos trato alguno pero compartimos zonas comunes y las distancias públicas cuando nos dirigimos a grupos amplios de personas. Romper con estas distancias supone invadir espacios y, por tanto, normas culturales que se pueden interpretar como acción violenta, incómoda o como exceso de confianza. En el mismo sentido, la distribución del espacio también conlleva percepciones diferentes. Los espacios más o menos elevados de unos sobre otros y la propia disposición en la mesa de negociación. En concreto, las ubicaciones de los interlocutores denotan diferentes formas de afrontar el proceso negociador (Figura 1).

FIGURA 1

Diferentes disposiciones físicas en la mesa negociadora



FUENTE: Dasi, F. M., y Martínez, R. (2005).

Mientras la posición A (ángulo) denota amistad y confianza, la posición B (independiente) pretende evitar la relación, la posición C (colaboración) busca la cooperación y las buenas relaciones y, por último, la posición D (defensiva) genera distancias y tensión.

Lógicamente, las tácticas utilizadas y los objetivos de la negociación pueden ser determinantes de los espacios ocupados. Al igual que el ambiente que pueden configurar los anfitriones. Por ello, los negociadores expertos en muchas ocasiones prefieren el terreno neutral, donde el entorno es más igualitario y menos susceptible de manipulación.

Por último, se analizan los aspectos cognitivos por ser relevantes en un proceso donde sus principales actores son personas. El individuo no siempre adopta decisiones racionales, ya que los valores culturales, la personalidad, el propio compromiso adquirido, el hecho de anclarse en una información o de poseer una información inadecuada, les pueden llevar a caer en las denominadas «trampas» que pueden alterar los resultados más racionales de un proceso negociador.

2.3. LOS ASPECTOS COGNITIVOS

En la negociación no sólo intervienen aspectos sociodemográficos y contextuales, sino que también los factores cognitivos tienen una relevancia fundamental al ser un proceso de interacción directa entre dos o más partes, donde el sujeto tiene un papel activo en todo momento, ¿qué es lo que los individuos piensan, perciben y conocen, y cómo lo hacen? El estudio de los procesos cognitivos y su incidencia en la negociación ha estado muy vinculado a diversas teorías que han permitido el desarrollo de instrumentos útiles aplicables a la negociación. Uno de los máximos exponentes es Simon, H. A. (1955), que considera que la toma de decisiones es un proceso cognitivo de los sujetos, por lo tanto se desarrolla en la mente de los

individuos. El comportamiento de los sujetos corresponde a una constante toma de decisiones que se adoptan en función del contexto donde se producen, información que poseen, las emociones y los estímulos externos.

El proceso de negociación está impregnado de toma decisiones constantes, en la medida de lo posible planificadas. La propia *planeación* comporta multitud de decisiones, que no son definitivas hasta que no han transcurrido por la realidad a la que nos enfrentamos durante la negociación. Como era de esperar, no todo es predecible ni planificable; muchas decisiones se adoptan en función de la información que poseemos, los estímulos que percibimos del entorno e incluso en función de nuestros valores, creencias y/o propios criterios. Por ello existen multitud de estrategias de negociación que pretenden incidir en la toma de decisiones de los individuos y, por lo tanto, en su comportamiento.

La teoría de la decisión, tanto descriptiva como prescriptiva, se ha centrado en la toma de decisiones racionales dentro de las organizaciones, así como en el estudio de la conducta a la hora de afrontar una decisión. Desarrollos teóricos como la teoría de juegos, el juego del gallina o el dilema del prisionero nos sirven de ejemplos donde la toma de decisiones es analizada desde diferentes perspectivas. La toma de decisiones en las organizaciones está impregnada de tácticas que permiten su adopción más racional acorde a sus objetivos. Para ello se sigue un proceso donde la información, los conocimientos, la experiencia, el análisis y el propio juicio desempeñan un papel fundamental.

Uno de los aspectos más tratados ha sido la *información*: el acceso, la información que se facilita, cómo se facilita, la manipulación de la misma, etc. Las negociaciones cara-cara conllevan un proceso de comunicación interpersonal que ha sido ampliamente estudiado. Los ruidos y distorsiones que pueden afectar al proceso de comunicación constituyen muchas veces verdaderas barreras para la consecución de su éxito. Es importante expresar de forma comprensible y efectiva los mensajes (entonación, ritmo, expresiones gestuales, utilizar los términos adecuados, énfasis en lo fundamental, sencillez), asegurarse de que el receptor ha interpretado correctamente el mensaje (buscando su retroalimentación con preguntas), evitar los prejuicios existentes, así como intentar empatizar con su marco de referencia cultural. Si bien es cierto que en los procesos de negociación pueden utilizarse tácticas tendentes a manipular, confundir, presionar y engañar a la otra parte, todo ello en aras de conseguir unos objetivos en el contexto de una negociación que suele ser competitiva. Por lo tanto, conseguir el máximo beneficio sin importar como quede la otra parte.

La forma de evitar estas trampas asociadas a la comunicación es con la verificación de la información y con la búsqueda de toda la información posible. En concreto, las trampas psicológicas asociadas a la toma de decisiones (entre ellas *el anclaje, el status quo, los costos no recuperables, la confirmación, el planeamiento y el exceso de confianza*) están directamente relacionadas con el proceso de comunicación y con la información que se posee.

Otro de los aspectos a destacar en la interacción personal es el lenguaje corporal,

la comunicación no verbal. Desde el punto de vista de las tácticas negociadoras, ha interesado conocer cómo las personas procesan y organizan lo que perciben. No sólo interesa lo que se dice, sino también cómo se dice: gestos, contacto visual, tono de voz, rapidez, espacio personal, etc. Existen toda una serie de recomendaciones que permiten que exista sintonía entre lo que se está diciendo y cómo se dice, con el propósito de incrementar la credibilidad y la persuasión. Incluso se han definido distintos perfiles personales (visuales, auditivos y kinestésicos) atendiendo a su forma de percibir el entorno. Por otra parte, hallamos todo un conjunto de aspectos relativos a la quinesia, al contacto visual, vocalización y utilización de los espacios que permiten detectar en qué medida hay nerviosismo, inseguridad, agresividad, falta de confianza o manipulación.

A continuación se analiza uno de los aspectos claves de la teoría de la negociación, como es su planificación. Todo proceso negociador debe de ser planificado si queremos conseguir los máximos beneficios o, dicho de forma más pertinente, los objetivos cuidadosamente establecidos en función de unos intereses claramente definidos.

3. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

La negociación se debe entender como un proceso planificado al máximo detalle, donde se aplican todo un conjunto de instrumentos de carácter científico con el propósito de conseguir los objetivos previamente establecidos. Los negociadores profesionales no dejan nada al azar, incluso los aspectos más fortuitos pueden ser parte de una estrategia negociadora.

Como se puede apreciar en la Figura 2, la planificación de un proceso de negociación comporta varias etapas. La primera de ellas consiste en la *ubicación de la negociación*. En esta primera fase se debe de identificar de forma muy clara el problema o conflicto objeto de la negociación: ¿qué se pretende conseguir?, ¿por qué interesa conseguirlo? Es fundamental detectar realmente cuál es el motivo del conflicto y si subyacen otros aspectos que lo conforman. En reiteradas ocasiones se afrontan de forma errónea conflictos que no son tales. También se han de identificar los intereses comunes y en conflicto, al existir una correlación negativa entre ambas variables. Es decir, a mayor proporción de intereses comunes, mayores son las posibilidades de alcanzar un acuerdo final. En la segunda etapa se definen los *objetivos a conseguir* y se jerarquizan por orden de importancia. Hay unos objetivos mínimos a conseguir y otros objetivos máximos: ¿qué se tiene que conseguir?, ¿qué se quisiera conseguir?, dotando a la negociación de rigidez y flexibilidad a la hora de hacer concesiones o exigirlas. La tercera etapa se basa en la *información sobre la otra parte*. La información es poder, y cuanta mayor información se posea, mayores posibilidades de éxito en la negociación. Por ello, resulta vital conocer las características de los negociadores (cargos, nivel cultural, personalidad, precedentes, etc.), su poder, elaborar hipótesis sobre sus objetivos y su orden de importancia, el

pronóstico de los resultados propuestos y su orden de importancia, la información que se dará a la otra parte y la que se ocultará, etc. La información no sólo debe de ser la adecuada, sino también veraz. Una vez identificado de forma correcta el/los conflicto/os objeto de negociación, definidos y jerarquizados los objetivos a conseguir y obtenida la máxima información posible, se debe realizar un *planeamiento de la negociación* que supone establecer un plan de acción (estrategias), así como las medidas de acción (tácticas), el enfoque de la negociación (cooperativa/competitiva), los niveles de flexibilidad, los roles de los miembros del equipo negociador y, en la medida de lo posible, la preparación del escenario de la negociación. En la quinta etapa se define la *agenda de trabajo* (lugar y hora de reunión, orden del día y resultados deseados por orden de prioridad). Por último, el *cierre de la negociación* es una etapa susceptible de planificar en función de los acontecimientos transcurridos en la negociación. No obstante, es una etapa fundamental que en caso de no hacerse correctamente puede estropear todo el proceso negociador. Existen varios tipos de cierre en función de las actitudes y de cómo se ha desarrollado el proceso. Siguiendo a Winkler, J. (2004), los estilos posicionales provocan cierres con intimidación y amenazas, las actitudes basadas en intereses provocan cierres recapitulativos, aplazados o con pequeños movimientos negociados para alcanzar el acuerdo. No obstante, el *cierre comunicativo* aparece como el más cooperativo y, por tanto, el ideal si pretendemos que la negociación sea un mecanismo permanente de solución de conflictos. En el supuesto de que haya acuerdo, debemos de garantizar el cierre de la negociación. Para ello, se recapitulan y anotan las condiciones del cierre, se concretan acciones y plazos y se muestra satisfacción por los logros conseguidos. En caso de que no haya acuerdo, se intenta salvar la relación y se cuida la despedida. Este hecho resulta fundamental si se pretende generar un clima de confianza donde la negociación se postule como medio fundamental de tratar los conflictos.

FIGURA 2

Planeación de la negociación



FUENTE: Elaboración propia a partir de García, S. y Domínguez, R. (2003).

Finalizado todo el proceso, es recomendable hacer una evaluación que permita mejorar metodologías y tácticas para futuras negociaciones. En este sentido, se deben de evaluar todos los aspectos posibles: grado de consecución de los objetivos, tácticas utilizadas, gestión de la información y cierre. Conocer las fortalezas y debilidades del proceso desarrollado permite seguir mejorando sus resultados.

Algunos de los modelos de evaluación propuestos contemplan los siguientes aspectos (Palacios, J., 2008): ¿La negociación creó o fortaleció el tipo de relación necesaria para seguir trabajando en el futuro de forma exitosa? ¿Amplió canales de comunicación? ¿Fueron satisfechos los intereses de ambas partes? ¿Las soluciones fueron creativas e integradoras? ¿Los criterios empleados fueron legítimos, justos, objetivos? ¿Los compromisos y acuerdos fueron razonables y acordes con las condiciones? ¿Cómo se manejaron las posiciones estáticas, las habilidades como la confianza, la persuasión, la credibilidad y la comunicación?

Las dimensiones objeto de evaluación contemplan intereses variados en un contexto de negociación cooperativa-integradora, cuyos objetivos primordiales contemplan preservar la relación entre ambas partes, la búsqueda de acuerdos equilibrados donde no haya ganadores ni perdedores, la mejora de las estrategias y la

legitimación de la negociación como instrumento capaz de gestionar los conflictos.

4. CONCLUSIONES

Para que exista negociación entre dos o más partes deben de darse todo un conjunto de circunstancias, como son: la interdependencia entre las partes (existencia de intereses comunes), la percepción de conflicto (intereses contrapuestos reales o al menos percibidos), la interacción estratégica (producto de los avances teóricos y empíricos en este ámbito de estudio) y la posibilidad de acuerdo. Estos elementos convierten el proceso de negociación en objeto de estudio multidisciplinar por la complejidad que comporta sus tipologías basadas en aspectos externos (bilaterales/multilaterales, ocasionales/reiteradas, sobre un solo objeto/múltiples objetos, públicas/privadas), en función de la actitud hacia el conflicto (cooperación, competición, evitación, compromiso, acomodaticio) y por la propia interacción social que conlleva.

La negociación, como instrumento que permite gestionar los conflictos en las sociedades modernas, experimenta su desarrollo con la consolidación de la industrialización en Occidente en los años de la postguerra mundial, y dos décadas más tarde sigue avanzando hacia un proceso de institucionalización al ocupar espacios sociales y económicos cada vez más amplios y diversos, y de forma estable. La importancia que adquieren los aspectos sociales en el funcionamiento de las organizaciones, a lo que hay que sumar las nuevas pautas culturales, ha promovido su desarrollo e implantación. Desde el punto de vista económico, las empresas, los trabajadores y los consumidores necesitan de un clima donde la confianza y la motivación permitan conseguir los niveles de eficiencia y calidad necesarios para sobrevivir en mercados cada vez más globalizados. La gestión de los conflictos y problemas cotidianos no sólo persigue solventarlos, sino hacerlo de una forma rápida y mitigando los sentimientos y resentimientos que suelen venir aparejados. En definitiva, generar una cultura donde la negociación sea un eje central del funcionamiento de la sociedad. Si bien es cierto que no todo proceso de negociación es cooperativo, justo y tiene como objetivo mejorar el clima social. Existen negociaciones competitivas, cuyo principal cometido es ganar el máximo sin que importe cómo queda la otra parte o las consecuencias futuras. No todas las negociaciones son pacíficas, creativas o integradoras, sino que también nos encontramos negociaciones duras-competitivas, que suelen ser ocasionales, donde se persiguen unos objetivos, y para conseguirlos se utilizan tácticas acordes a su contexto. Es decir, la manipulación, la amenaza, el uso del poder. La ambigüedad que nos podemos encontrar en la temática responde a su complejidad. Entre los interrogantes que surgen está el papel que puede desempeñar el poder en todo este proceso. Por qué los más poderosos negocian, ceden y pretenden buscar soluciones amistosas, aunque pudieran imponer fácilmente sus pretensiones. Las respuestas también son variopintas, y en muchas ocasiones responden a criterios económicos, ya

sea buscando nuevos mercados, afianzando los que ya existen o la mayor implicación del trabajador, y en otras a los nuevos valores de una sociedad donde la cooperación es un valor en alza.

5. BIBLIOGRAFÍA

BUTTS, T. y NOTINI, J.: *Manual de mediación laboral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002.

CORREA, J. C. y NAVARRETE, M. C.: *Técnicas y Métodos de Negociación*, Linka, 1997.

DASI, F. M. y MARTÍNEZ, R.: *Técnicas de Negociación*, Esic, Madrid, 2005.

GARCÍA DE TORRES, E.: *Comunicación y movimientos estratégicos en la negociación*, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GARCÍA, S. y DOMÍNGUEZ, R.: *Introducción a la teoría de la negociación*, Working Papers, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003.

GÓMEZ-POMAR, J.: *Teoría y técnicas de negociación*, Ariel, Barcelona, 1991.

MASTENBROEK, W. F. G.: *Conflict management and organization development*, Wiley & Sons, Chichester, 1993.

PALACIOS, J.: *Técnicas avanzadas de negociación*, Netbible, Madrid, 2008.

PASCAL, A.: *Técnicas de negociación*, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores, Monterrey, 2003.

SIMON, H. A.: «A Behavioral Model Of Rational Choice», *Quarterly Journal of Economic*, 69, 1955, pp. 99-118.

VAN DE VLIERT, E. y MASTENBROEK, W. F. G.: *Negotiation*, en Drenth, P. J. D., Thierry, H. y Wolf, C. J. (eds.), «Handbook of work and organizational psychology», vol. 3: *Personnel Psychology*, *East Sussex*, Psychology Press, 1998.

VILLALBA, J.: *¿Es posible gerenciar negociaciones?*, IESA, Caracas, 1989.

WALTON, R. E. y MCKERSIE, R. B.: *Teoría de las negociaciones laborales*, Labor, Barcelona, 1965.

WINKLER, J.: *Cómo negociar para mejorar resultados*, Deusto, Barcelona, 2004.

CAPÍTULO V

LA MEDIACIÓN COMO PROCESO DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ANTONIO M. LOZANO MARTÍN
Profesor de Sociología
Director del Máster en Mediación
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTOS Y DEFINICIONES. 3. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN. 4. FASES DE LA MEDIACIÓN. 5. MODELOS TEÓRICOS DE MEDIACIÓN. 5.1. *El modelo tradicional lineal de Harvard*. 5.2. *El modelo circular-narrativo de Sara Cobb*. 5.3. *El modelo transformativo de Folguer y Bush*. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos visto en capítulos anteriores, los conflictos son inherentes a la propia naturaleza humana, siendo el modo de afrontarlos el que determina su resolución o no y el estado en el que la relación entre las partes quedará en el futuro. Bajo estas consideraciones iniciales, la mediación será, como iremos viendo a lo largo de este capítulo, una vía que dos o más partes en conflicto pueden decidir utilizar para afrontar y, si es posible, resolver sus diferencias.

Son múltiples los antecedentes históricos en las diferentes culturas en las que podemos observar atisbos embrionarios de lo que posteriormente ha ido evolucionando hasta lo que hoy en día conocemos como mediación. El momento en el que la mayoría de los expertos en la materia están de acuerdo en establecer como punto de inflexión cualitativo es la creación en EEUU en 1947 del Federal Mediation and Conciliation Service, que, si bien en un principio su finalidad era de índole laboral, posteriormente a partir de 1978 fue extendiendo sus competencias hacia los distintos ámbitos sociales.

No cabe duda de que en los últimos años en España cada vez se habla más de mediación, de la mediación como un sistema para la resolución pacífica de conflictos, y ello debido fundamentalmente a dos factores: por un lado, al impulso que en el ámbito académico y formativo se le ha dado desde las Universidades con la creación y puesta en marcha de numerosos cursos de postgrado (másteres y expertos), lo que ha propiciado que una gran cantidad de personas se hayan acercado a la mediación para formarse e informarse sobre esta disciplina. Así podemos encontrar en las aulas a jóvenes en busca de una profesión que les permita integrarse en el mercado laboral junto a profesionales consagrados del mundo de la abogacía o la psicología que

buscan una puesta al día en sus respectivas profesiones. De otro lado, la progresiva aparición de legislación sobre mediación familiar en las distintas Comunidades Autónomas y la aprobación a nivel nacional de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, que amplía el uso de la mediación más allá del ámbito exclusivamente familiar a otros ámbitos como el mercantil, el hipotecario, etc., junto con el apoyo que le prestan desde distintos estamentos judiciales jueces, magistrados y fiscales, como vía para la descongestión de los Juzgados, también está contribuyendo paulatinamente a la difusión de la mediación en nuestra sociedad.

Ahora bien, esta rápida expansión y, sobre todo, visualización social de la mediación al estar dando el salto, por un lado, desde ámbitos más privados a otros ámbitos sociales más públicos, o, por otro lado, incluso dentro de un mismo ámbito como es el caso del ámbito familiar donde la mediación se está trasladando del campo de la psicología (básicamente conflictos de pareja e intergeneracionales, asociados en buena parte a terapias, donde llevan trabajando desde hace tiempo profesionales de la psicología) al campo judicial, de los tribunales de justicia que tratan de descongestionarse, puede llevar al ciudadano común a tener una imagen un tanto distorsionada de lo que realmente implica un proceso de mediación. Se podría llegar a pensar que mediación es la mera intervención de un tercero en un conflicto entre dos partes con la intención de poner de acuerdo a dichas partes, sin tener en cuenta ni el procedimiento ni el resultado final real.

2. CONCEPTOS Y DEFINICIONES

Al tratarse la mediación de una disciplina relativamente joven, procedimentalmente novedosa por su carácter flexible y su facilidad para ser aplicada a los distintos ámbitos sociales, familiares, laborales, etc., es necesario fijar mínimamente los conceptos para saber a qué nos estamos refiriendo exactamente cuando hablamos de ella, ya que de lo contrario estaremos cayendo en el error de utilizar conceptos y terminología similar para abordar prácticas diferentes. En este sentido, Vinyamata (2003) afirma que:

> Conviene dejar claro que la mediación no es una terapia, ni representa un tratamiento psiquiátrico ni el desarrollo de las capacidades educativas o aquellas otras propias de un trabajador social. Sin embargo, muchos pedagogos, abogados, psicólogos o trabajadores sociales confunden el desarrollo de su profesión con la aplicación precisa de la mediación, con lo cual todo el mundo acaba siendo mediador al mismo tiempo que desconoce lo que es la mediación.

Para Bercovitch (1991) existen dos tipos de mediación. Por un lado, la que denomina *mediación informal*, aquella situación en la que la persona que media trata de conseguir un contexto favorable para la resolución de un conflicto basándose en sus cualidades y habilidades naturales. Es lo que algunas veces hemos tratado de hacer cualquiera de nosotros al intervenir en una disputa entre amigos o familiares, las madres ante un problema entre sus hijos o los profesores ante una riña en el patio del colegio. En estos casos no se sigue un plan específico de actuación, sino que se

utilizan experiencias pasadas en casos similares y las habilidades sociales propias para intentar establecer un contexto favorable que permita conseguir un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes. Por otro lado, considera la *mediación formal* como un proceso bien estructurado con unas reglas perfectamente definidas, con un plan de actuación previo, con unos objetivos y principios claramente definidos. Es de este tipo de mediación del que nos vamos a ocupar y el que va a centrar nuestro interés.

Comenzaremos por ver aquellas definiciones que han dado algunos autores sobre mediación, lo que nos va a permitir ir acotando el término y comprender su alcance y significado.

Lenard Marlow (1999) define mediación, en un primer momento, como:

> Un procedimiento imperfecto que emplea una tercera persona imperfecta para ayudar a dos personas imperfectas a concluir un acuerdo imperfecto en un mundo imperfecto.

Al abordar la cuestión desde esta perspectiva, Marlow está pensando en lo que él llama el mundo adversarial, es decir, el ámbito judicial, en los conflictos familiares de separaciones y divorcios. Con esta definición considera que aquellas objeciones que pudieran provenir por parte de los críticos de la mediación familiar (básicamente está pensando en los abogados), tratando de poner de manifiesto sus imperfecciones, carecerían de valor si ya de antemano reconocemos sus limitaciones. Marlow va más allá y, después de reconocer que la mediación no es un procedimiento perfecto, señala que ni siquiera puede ser entendida como una alternativa a los sistemas judiciales ya que, en su opinión, los objetivos y fines de un mediador son muy diferentes a los de un abogado matrimonialista; por lo tanto, no están intentado llegar al mismo lugar por caminos diferentes (que es lo que entenderíamos de manera general por «alternativa»), sino que están intentando llegar a lugares muy diferentes.

La crítica que recibe esta posición consiste en hacer ver que en cualquier caso, siempre que dos partes en conflicto establezcan un acuerdo, éste debe de contemplar unos mínimos legales basados en lo justo y equitativo del mismo. Este debate tiene sentido dentro de aquellos modelos teóricos de mediación cuya finalidad es que dos partes en conflicto alcancen uno o varios acuerdos y siempre que el proceso de mediación esté sometido al ámbito judicial, en cuyo caso dichos acuerdos deben estar amparados por la legislación correspondiente, pero como veremos más adelante no en todos los casos ése es el fin.

En cualquier caso, la definición de Marlow nos es muy útil para avisar de que la mediación es un sistema de resolución de conflictos que no es perfecto ni tiene la pretensión de serlo, que los mediadores no son visionarios que vienen a resolver todos nuestros conflictos, sino que, antes al contrario, son conscientes de sus limitaciones, y cuya finalidad última es devolver a las partes la capacidad de poder gestionar sus conflictos.

Veamos algunas definiciones sobre mediación de autores significativos que nos permitan establecer puntos comunes entre ellas con el fin de aproximarnos a lo que son los principios de la mediación para una posterior clasificación y comprensión de los mismos.

John Haynes (1995) define la mediación como:

> Un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su solución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto.

Para Christopher Moore (2006):

> La mediación es la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente un arreglo aceptable.

Jay Folberg y Alison Taylor (1992) señalan:

> La mediación es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de *counseling*, negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes.

Eduard Vinyamata (2003) dice que:

> Mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás.

Por último, Francesc Reina (2004) plantea la mediación como una técnica que contiene las siguientes características:

> *a*) un campo de conocimiento práctico que se nutre de una variada gama de disciplinas y ciencias (teorías de la comunicación, del aprendizaje social, del conflicto, etc.);
> *b*) un proceso o modo de intervención, propio de la realidad cambiante de las diferentes democracias sociales, mejorando los principios de participación, no dependencia, solidaridad [...], y
> *c*) que cuenta con un repertorio de técnicas, algunas importadas, otras propias (fruto de una experimentación probada): escucha eficaz, generación de ideas, ordenamiento de temas, transacción de sentimientos [...], que pretende ofrecer un tercero, en un espacio neutral, para que las diferencias o conflictos entre partes, que por sí mismas no pueden llegar a acuerdos, puedan obtener un mínimo consenso, alternativo a las denuncias, rupturas, descalificaciones, rechazos, odios y otras formas de malestar social.

Son muchas más las definiciones que distintos autores han dado sobre la mediación en el intento de fijar los parámetros en los que nos queremos mover, pero consideramos que éstas son suficientes como muestra, ya que las demás irían en una línea parecida. Lo primero que podemos observar al analizar las definiciones propuestas es el carácter dinámico que en ellas se da sobre la mediación al ser considerada ésta como un «proceso», en el sentido de no ser algo estático e inmutable sino, más bien, al contrario, como algo en continuo movimiento, de ahí su carácter flexible capaz de ir adaptándose a las diferentes expresiones en las que el conflicto puede aparecer. Si, como hemos visto anteriormente, los conflictos no son estáticos sino que están anclados a la propia naturaleza humana y, por tanto, se manifiestan en una multiplicidad de formas en el entorno de su realidad cambiante, el sistema que

debemos utilizar para afrontarlos o superarlos tiene que ser lo suficientemente dinámico y flexible como para poder dar respuesta en cada momento a las exigencias que se nos planteen. De ahí la necesidad de considerar la mediación como un «proceso».

Una segunda coincidencia es la intervención en dicho proceso de un tercero ajeno a las partes en conflicto y cuyas características principales son su imparcialidad junto con su «no poder de decisión». Esto último nos lleva necesariamente a inferir que es sobre las partes en conflicto sobre las que recae la responsabilidad de la solución del conflicto, siendo el papel del mediador el de puente entre la percepción que cada parte tiene del conflicto y facilitador, no de la solución, sino de las condiciones necesarias y suficientes para que las partes puedan encontrar la solución o soluciones a sus desavenencias.

Por último, cabe destacar el carácter preventivo que posee la mediación de cara a los conflictos futuros que puedan aparecer, ya que además de establecer soluciones o acuerdos concretos a problemas específicos, estaremos dotando a las partes de las herramientas necesarias para afrontar de una manera diferente los conflictos que puedan surgir posteriormente entre ambas partes.

Así pues, en base a lo anteriormente expuesto, podríamos establecer nuestra propia definición en los siguientes términos:

> Mediación es un proceso de comunicación, a partir del cual, dos o más partes en conflicto, pueden gestionar sus diferencias, con la ayuda de un tercero imparcial, siendo, dichas partes, las únicas responsables de establecer aquellos acuerdos que satisfagan sus necesidades e intereses, que recomponga la comunicación y que les permita transformar su relación a partir de la gestión positiva del conflicto, siendo ésta un modelo a tener en cuenta en los conflictos que en el futuro puedan plantearse (Lozano y Becerril, 2011).

Como podemos apreciar en nuestra definición de mediación, hablamos de gestión del conflicto y no de resolución del conflicto, ya que entendemos que gestionar un conflicto es un concepto mucho más amplio, en el sentido de que resolver un conflicto implica un «aquí» y «ahora» que no siempre puede ser posible por el contexto y/o las condiciones en las que éste se produce, mientras que gestionar un conflicto implica comprender, manejar, organizar y afrontar el conflicto de manera que si no es posible su resolución en el momento actual, sí hemos dejado sentadas las bases para que el conflicto pueda ser resuelto posteriormente y, además, las partes aprendan a cómo deben afrontar en el futuro los conflictos que se les planteen. Caben destacar también los conceptos de «establecer acuerdos», «recomponer la comunicación» y «transformar la relación» como objetivos últimos de la mediación, si bien, según el proceso y la naturaleza del propio conflicto, aparecerán los tres o alguno de ellos.

3. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN

La mediación como proceso para la resolución de conflictos está basada en una serie de principios básicos que la caracteriza con una identidad propia y que la

distingue de otros sistemas de resolución de conflictos. Estos principios, además, son los que nos pueden garantizar que los acuerdos que propongan las partes van a ser cumplidos por las mismas. Los principios básicos a los que nos referimos serían los siguientes:

— *Voluntariedad*: Las partes que deciden acudir a un proceso de mediación deben hacerlo de manera absolutamente voluntaria, sin ningún tipo de coacción. A diferencia de otros sistemas de resolución de conflictos como pueden ser los procesos judiciales en los que alguna de las partes pueda verse obligada a comparecer, en el caso de la mediación ninguna de las partes está obligada a participar en el proceso, pudiendo desistir en cualquier momento e incluso anunciar desde el primer momento su deseo de no participar sin que ello le cause perjuicio alguno. Este principio puede, además, ser utilizado como refuerzo positivo, a la hora de iniciar un proceso de mediación, por parte del mediador, haciendo ver cómo el hecho de haber elegido voluntariamente esta vía ya es en sí mismo un primer acuerdo.

— *Confidencialidad*: Los temas que pueden tratarse dentro de un proceso de mediación suelen afectar a la esfera íntima y privada de las partes en conflicto, por lo que éstos deben permanecer dentro del proceso; de hecho, la información obtenida no puede utilizarse como pruebas en el caso de que el conflicto derivara en procesos judiciales. Este principio es de vital importancia, ya que afecta de un modo directo al propio proceso de mediación en el sentido de que la información que las partes aporten debe ser veraz, y por lo tanto debe de existir el clima de confianza necesario como para saber que en caso de no llegar a una conclusión satisfactoria en la resolución del conflicto por esta vía, dicha información nunca puede ser utilizada en su contra.

— *Imparcialidad*: En las definiciones de mediación que hemos visto anteriormente aparecía la intervención de un tercero, el mediador, imparcial. Esto quiere decir que el mediador debe de mantener una distancia tanto con respecto a cada una de las partes como con el conflicto en sí, absteniéndose de realizar cualquier tipo de comentario u opinión a favor o en contra sobre el mismo, y esto no sólo porque el mediador deba ser imparcial, sino que debe ser percibido por las partes como tal, ya que, si no fuese así, alguna de las partes podría sentirse perjudicada y abandonaría el proceso. A veces puede resultar complejo que las partes puedan percibir al mediador como imparcial, ya que se podría pensar que todo lo que no sea estar de mi parte es estar en contra mía, por ello cabría hablar más que de imparcialidad de «multiparcialidad» (Alés y Mata, 2010). De este modo, si los esfuerzos del mediador se centran en que cada una de las partes en conflicto le perciban como que está de parte de cada una de ellas, el objetivo del no posicionamiento a favor o en contra quedaría solventado de una manera más sencilla. Además, el concepto de multiparcialidad hace referencia no sólo al posicionamiento favorable hacia las partes en conflicto (antes como personas que como meras partes de un conflicto), sino también hacia el mismo proceso de mediación como procedimiento adecuado para el tratamiento del conflicto.

— *Neutralidad*: Habitualmente al hablar de los principios de la mediación se suelen unir en uno solo «imparcialidad» y «neutralidad», haciendo referencia con ambos términos a la no toma de partido del mediador por ninguna de las partes del conflicto. Sin embargo, la neutralidad nosotros la entendemos en relación directa con el proceso mismo de mediación. El mediador debe asegurar un proceso limpio y transparente en un ambiente neutral, equilibrado, sin vencedores ni vencidos, para que las partes adquieran el grado de confianza necesario para tomar consciencia de que son las verdaderas protagonistas en la resolución del conflicto.

— *Carácter personalísimo*: Una vez que se ha decidido iniciar un proceso de mediación, las personas en conflicto deben participar personalmente en todas y cada una de las sesiones a las que hubiere lugar, sin poder delegar su participación en terceras personas.

— *Buena fe*: Este principio es básico en mediación. Las partes en conflicto deben acudir con la intención de dirimir sus diferencias, al margen de que después sea o no posible poder llegar a un acuerdo. En ningún caso se puede iniciar un proceso de mediación con la oculta intención de dilatar el conflicto en el tiempo con el objetivo de obtener situaciones ventajosas en un procedimiento judicial.

— *Flexibilidad*: Por último, el principio de flexibilidad alude al carácter mismo de los conflictos y su forma de afrontarlos. Los conflictos, como ya hemos visto anteriormente, no se manifiestan siempre de la misma manera, sino que adoptan formas diferentes y aparecen en situaciones diferentes, por ello hemos de afrontarlos de manera diferente. La mediación tiene la capacidad de adecuarse a las diferentes expresiones que tienen los conflictos para poder afrontarlos de la forma más conveniente y que satisfaga mejor los intereses de los contendientes.

De este modo, y partiendo de estos principios básicos, los objetivos que se marca la mediación son:

— *Facilitar la comunicación entre las partes* mediante las técnicas propias de la mediación. En nuestra forma de entender la mediación y en la definición que de la misma hemos dado la comunicación es un elemento clave. Son frecuentes los conflictos que se producen en el ámbito familiar, y también en el ámbito educativo como veremos más adelante, debido a la ausencia o ruptura entre las partes del vínculo comunicativo, lo que lleva a una percepción negativa del conflicto propiciando respuestas de evitación cuando no agresivas. La mediación tiene como propósito restablecer la comunicación entre las partes facilitando puentes entre ellas que les permita alcanzar sus objetivos superando las diferencias. Así el uso del diálogo y el desarrollo de actitudes empáticas que favorecen la comprensión del conflicto desde distintos puntos de vista, no sólo desde mi percepción del conflicto sino también desde la percepción que «el otro» tiene del mismo, va aproximando a las partes a una concepción global del conflicto, donde cada uno puede percibir los distintos aspectos de una misma situación, poniéndose cada uno en el lugar del otro y, por tanto, restableciendo los vínculos comunicativos, necesarios para poder intentar una resolución satisfactoria.

— *Crear un espacio en el que no exista coacción*. Si uno de nuestros objetivos es el de facilitar la comunicación entre las partes, para que ello sea posible es necesario crear un espacio neutro, alejado de aquellas situaciones cotidianas donde el conflicto se manifiesta y en el que no se sientan coaccionadas ni obligadas a estar en contra de su voluntad. Un espacio en el que se pueda favorecer la confianza y la toma de decisiones de un modo constructivo.

— *Equilibrar el poder entre las partes* para garantizar la conveniencia de los acuerdos. Cuando se produce un conflicto, éste suele acarrear un desequilibrio de poder entre las partes, por ejemplo en cuanto a la cantidad y/o calidad de información que tienen cada una de ellas sobre el mismo. Es función del mediador equilibrar dicho poder haciéndoles ver la importancia que tiene para la posible solución del conflicto el hecho de que toda la información sea compartida por todos. Asimismo las partes deben ser conscientes de que son ellas las auténticas protagonistas en la resolución de sus conflictos, por lo que sus sentimientos, necesidades, opiniones e intereses, tanto de unos como de otros, cobran especial relevancia situándose en un mismo nivel. La responsabilidad de la resolución de un conflicto recae directamente sobre las partes implicadas en él.

— *Posibilitar que las partes lleguen a un acuerdo del tipo «gana-gana»* (Cornelius y Faire, 1998). La mediación trabaja el afrontamiento de los conflictos desde la cooperación de las partes para la superación de los mismos. Que una parte obtenga sus objetivos no significa que la otra no pueda obtenerlos también, por ello la mediación facilita contextos cooperativos entre las partes con el fin de que ambas puedan obtener lo que desean, es decir, pasar de una posición «gana-pierde» (yo gano, tú pierdes) a otra «gana-gana» en la que ninguno de los dos tenemos por qué perder; al contrario, ambos satisfacemos nuestras necesidades con el convencimiento de que es bueno para mí, lo que me hará cumplir aquello que hayamos pactado, siendo estos acuerdos estables y duraderos en el tiempo. No obstante, este tipo de afrontamiento del conflicto desde la posición «gana-gana» debemos entenderlo desde una perspectiva más amplia que la mera negociación de intereses.

A modo de resumen podríamos decir que los objetivos de la mediación serían facilitar la comunicación entre dos partes en conflicto, creando un espacio neutro en el que no exista la coacción, con el fin de equilibrar el poder entre ambas, posibilitando que puedan llegar a un acuerdo del tipo «gana-gana» que garantice la conveniencia del mismo. Además, como apunta Martínez de Murguía (1999):

> la mediación tiene otra peculiaridad que no comparten las demás técnicas, y es que basándose en el protagonismo que concede a las partes y en su intención de que lleguen a un acuerdo consensuado, reposa sobre un sistema de ideas particular sobre cómo deben resolverse los conflictos y cómo deben ser las relaciones entre las personas. Incluso aquellos que defienden una interpretación más pragmática de las virtudes de estas técnicas están de acuerdo en que la particularidad de la mediación radica en que no puede darse por satisfecha sólo con que el conflicto se resuelva de cualquier manera, porque precisamente la manera de resolverlo es esencial para ella.

4. FASES DE LA MEDIACIÓN

La mediación como proceso y como sistema formal para la resolución de conflictos consta de una serie de fases cuyo objetivo es estructurar las deliberaciones de las partes conducentes a la resolución del conflicto o, en su defecto, si éste no pudiera ser resuelto en ese momento, establecer los lazos de comunicación necesarios que permitan pasar de los posicionamientos emocionales a un conflicto de intereses. Por tratarse la mediación, además, de un sistema flexible, las fases en las que se puede estructurar el proceso no tienen un carácter hermético, cerrado o estanco, sino que también son flexibles, debiéndose adaptar a las necesidades concretas de cada situación y de cada ámbito en el que vayamos a actuar. Es el mediador el que tendrá que decidir la forma en que estructura cada proceso en función de las características del conflicto y de las personas mediadas.

Nosotros vamos a proponer una serie de fases en las que se puede estructurar el proceso de mediación en líneas generales y siempre teniendo en cuenta su carácter flexible.

Sheppard (1991) propone las siguientes cuatro fases en las que poder estructurar el proceso de mediación:

1. Fase de definición.
2. Fase de discusión.
3. Fase de selección de alternativas.
4. Fase de reconciliación.

Por otro lado, Haynes (1995) establece las siguientes fases o pasos a la hora de iniciar y conducir los procesos de mediación:

1. Identificación del problema.
2. Análisis y elección del ámbito de resolución del conflicto.
3. Elección del mediador.
4. Recopilación de información.
5. Definición del problema.
6. Redefinición de las posturas.
7. Búsqueda de opciones.
8. Negociación.
9. Redacción del acuerdo.

A simple vista podemos observar que ambas propuestas se complementan, aun cuando Haynes va mas allá del proceso de mediación propiamente dicho, incluyendo como parte del mismo los tres primeros puntos, que en realidad, según nuestro punto de vista, serían aspectos previos que las partes en conflicto deben tener en cuenta, como es el hecho de la toma de conciencia por las partes implicadas en un conflicto de la existencia del mismo, la elección del ámbito que mejor se adecue a sus necesidades (bien la vía judicial o bien cualquier método alternativo) y, por último, si las partes deciden resolver sus diferencias a través de la mediación, elegir aquel mediador que en función de su reputación y conocimientos pueda ayudarles mejor.

Nosotros entendemos que estas consideraciones quedan fuera del proceso de mediación. No obstante, teniendo en cuenta ambas propuestas como complementarias, con la salvedad anterior podríamos establecer como fases del proceso de mediación las siguientes:

1. *Fase de inicio*.
2. *Fase de definición*.
— Recopilación de información.
— Definición del problema.
3. *Fase de discusión*.
— Redefinición de las posturas.
4. *Fase de selección de alternativas*.
— Búsqueda de opciones.
— Establecer ventajas e inconvenientes.
5. *Fase de reconciliación*.
— Toma de decisiones.
— Redacción del acuerdo.

Pasemos a analizar cada una de ellas:

1. *Fase de inicio*. En esta primera fase el mediador explica a las partes que van a ser mediadas en qué consiste la mediación, cuáles son sus principios y objetivos, haciendo hincapié en el principio de voluntariedad: debe cerciorarse que acuden al proceso de mediación sin coacción alguna; el principio de imparcialidad: debe garantizar a las partes que él como mediador no tomará parte por ninguna de ellas y que salvaguardará la pureza del proceso; y el principio de confidencialidad: en caso de no llegar a buen término el proceso él no podrá ser requerido en posteriores procesos judiciales, ni como testigo ni como perito, si los hubiera. Asimismo, el mediador establecerá las reglas procedimentales, como el guardar el turno de palabra, respeto mutuo, etc. Todo ello se recoge, junto con los datos personales de las personas que van a ser mediadas, en un documento que se conoce como *acta de inicio del proceso de mediación o contrato de mediación*, que será firmado tanto por las partes como por el mediador, y por el que se comprometen al inicio del proceso de mediación y a la suspensión de cualquier otro procedimiento que pudiera estar abierto.

El mediador, además, puede utilizar esta fase como refuerzo positivo a las partes haciéndoles ver que con la firma del contrato de mediación ya han alcanzado un primer acuerdo, el utilizar la mediación, que es un método basado en el diálogo y la cooperación, para tratar de resolver sus diferencias.

2. *Fase de definición*. Entendemos que esta fase es de gran importancia, ya que puede marcar el desarrollo futuro del proceso. Es en este momento en el que el mediador pide a las partes que expliquen sus respectivos puntos de vista sobre el conflicto. Hemos de señalar que cuando dos personas acuden a un proceso de

mediación en la mayoría de los casos no vienen con un problema, sino con dos problemas, a saber, la percepción que cada una de ellas tiene sobre el conflicto y con un estado emocional alto que les lleva a estar posicionados ante el mismo.

Esta fase podemos subdividirla en dos apartados:

— *Recopilación de información*: Las partes exponen sus puntos de vista sobre el conflicto. El mediador hace una recopilación de datos acerca de la naturaleza del conflicto. Toda la información debe de estar presente y ser compartida por las partes, ya que es por aquí por donde podemos corregir los posibles desfases de poder que puedan existir entre las partes.

— *Definición del problema*: Una vez que tenemos toda la información acerca del problema, el siguiente paso es obtener una definición común y compartida, de modo que ambas partes se sientan identificadas y, lo que es más importante, se sientan parte del mismo.

3. *Fase de discusión*. Una vez que tenemos identificado el conflicto y las partes se sienten parte integrante del mismo, es el momento de comenzar a plantear los distintos asuntos que forman parte del mismo organizándolos en lo que se denomina la agenda. Ésta consiste en la elaboración de un documento en el que las partes van aportando aquellos asuntos que les preocupan y que están relacionados directamente con el conflicto que les ha llevado a iniciar un proceso de mediación. Pongamos un ejemplo: supongamos un conflicto familiar de divorcio. A la hora de elaborar la agenda, en ella aparecerán aquellas cuestiones como la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas de los padres con los hijos, pensiones de alimentos y compensatorias si hubiere lugar, reparto de los bienes, etc. Además, las partes decidirán en qué orden se van a ir viendo cada uno de estos temas, aunque es recomendable comenzar por aquellos que ofrezcan menos resistencias con objeto de que el mediador pueda ir utilizando los acuerdos alcanzados como refuerzo positivo para las partes. Una vez acordada la organización de la agenda, pasamos a su discusión y análisis. La elaboración de la agenda es importante, ya que nos permite centrar el problema y evitar que las partes entren en discusiones estériles sobre cuestiones que en poco o nada tienen que ver con el asunto a tratar, pero que podrían enrarecer el clima de diálogo que nos proponemos.

— *Redefinición de las posturas*: Una vez que comenzamos con el análisis de los puntos a tratar, el mediador va resumiendo lo que las partes van contando con el fin de ir aclarando las ideas, simplificando la exposición de las mismas. De este modo se pasa de las posiciones a los intereses, desactivándose el clima emocional inicial, y se comienza a ver el problema de forma diferente, ya que pueden empezar a considerar sus necesidades e intereses reales, así como a tener en cuenta las necesidades e intereses de la otra parte, es decir, las posturas iniciales se van redefiniendo de un modo claro, desactivando las intenciones ocultas que pudiera haber.

4. *Fase de selección de alternativas*. Al llegar a esta parte del proceso de mediación nos encontramos con que ambas partes han sido capaces de identificar el problema, haciendo una definición común y satisfactoria, sintiéndose parte y protagonistas del mismo. Se ha pasado de una percepción emocional del conflicto a otra basada en necesidades e intereses. Por tanto, una vez que hemos analizado el problema o problemas, estamos en condiciones de buscar soluciones. Como el problema ahora es mutuo, las soluciones también serán mutuas.

En esta fase nos marcamos dos objetivos principalmente:

— *Búsqueda de opciones*: Es necesario que las partes generen una multiplicidad de opciones posibles que les lleven a la superación del conflicto; para ello el mediador propiciará una lluvia de ideas con el fin de que las soluciones propuestas contemplen todos los aspectos del conflicto.

— *Establecer ventajas e inconvenientes*: Una vez que las partes han propuesto una variedad de soluciones posibles, pasamos a analizar cada una de ellas estableciendo las ventajas y los inconvenientes que pueden proporcionar a cada una de las partes en función de sus necesidades e intereses, tanto en este momento como de cara al futuro.

5. *Fase de reconciliación*. A la luz de los resultados obtenidos en el punto anterior, las partes están en disposición de entrar en la última fase, la fase de reconciliación:

— *Toma de decisiones*: Las partes acuerdan aquellas soluciones que mejor se adecuen a sus necesidades e intereses sin que, y esto es básico en un proceso de mediación, el hecho de que la otra parte también consiga satisfacer sus necesidades e intereses sea un obstáculo para alcanzar un acuerdo. Habríamos conducido a las partes a un acuerdo del tipo «gana-gana», que como vimos es uno de los objetivos de los procesos de mediación.

— *Redacción del acuerdo*: Por último, los acuerdos alcanzados se reflejan en un documento llamado *acta final de mediación* en el que las partes se comprometen a cumplirlos.

Éstas serían a grandes rasgos las fases en las que se estructura un proceso de mediación. Ahora bien, hemos de señalar que sería un error pensar que un proceso de mediación ha fracasado cuando no acaba con la redacción de un acuerdo. Puede darse perfectamente que por circunstancias personales de alguna de las partes en ese momento no pueda concluirse con algún tipo de acuerdo, pero eso no debería llevarnos a creer que hemos fracasado, ya que si hemos conseguido que las partes hayan entendido la naturaleza del conflicto, hayan identificado las necesidades e intereses propios y comprendido los de la otra parte, en definitiva que hayan podido restablecer el vínculo comunicativo, es muy probable que en un futuro próximo puedan dar solución al conflicto incluso sin la necesidad de intervención de un tercero. Y esto, como hemos visto anteriormente, es uno de los objetivos primordiales de los procesos de mediación.

5. MODELOS TEÓRICOS DE MEDIACIÓN

Existen distintas escuelas o modelos de mediación que se fundamentan en diversas perspectivas, bien sea poniendo el énfasis en la firma de un acuerdo, bien en los aspectos comunicativos o bien en la gestión misma del conflicto, y todo ello debido al carácter flexible que tiene la mediación en sí misma. No obstante, es necesario señalar que el hecho de que existan diversos modelos de mediación no quiere decir que éstos sean incompatibles entre sí, ni siquiera que un mediador tenga que verse abocado a la elección de uno u otro necesariamente, antes al contrario es muy posible que un mediador pueda utilizar un modelo u otro en función del conflicto que se le presente e incluso utilizar aquello que estime conveniente de cada uno de ellos. Como indica Otero (2007):

> […] existen casi tantos modelos de mediación como mediadores. En realidad el proceso de mediación tiene unas reglas de comportamiento, pero a la vez es flexible permitiendo a cada mediador, y en cada mediación, la búsqueda de la mejor solución posible. Un buen mediador debe ser capaz de crear y recrear el proceso cada vez, adaptándolo a las circunstancias de cada caso.

Aquí lo vamos a ver muy someramente indicando sólo las características principales de aquellos modelos teóricos de mediación más usuales y que son los siguientes: el modelo lineal de Harvard, el modelo circular-narrativo de Sara Cobb y el modelo transformativo de Folguer y Bush.

Algunos autores recogen algunos más como el tópico postulado por Bandieri (Otero, 2007), el modelo de Carnevale y el modelo de contingencias estratégicas de Wagner y Hollenbecck (De Diego y Guillén, 2008), el modelo estratégico de Calcaterra (García Villaluenga, 2006), etc., pero, como hemos señalado, nosotros apuntaremos únicamente a los mencionados por ser tratados por la doctrina de la mediación como los métodos clásicos.

5.1. El modelo tradicional lineal de Harvard

Este modelo (Giménez, 2001; Otero, 2007) tiene su origen en un proyecto de negociación de la Universidad de Harvard (*Harvard Negotiation Proyect*) y está, por tanto, vinculado al mundo empresarial y del derecho, siendo sus máximos exponentes y fundadores R. Fisher y W. Ury. Tiene como característica fundamental el entender la mediación como una técnica de negociación asistida por un tercero con el objetivo de que las partes en conflicto lleguen a una serie de acuerdos que les permitan resolver el conflicto, ya que éste es entendido como algo negativo que impide que las partes puedan satisfacer sus necesidades e intereses.

Según Giménez (2001), este modelo parte de considerar cuatro puntos básicos en la negociación: las personas, los intereses, las opciones y los criterios.

En primer lugar, lo que hay que hacer es separar a las personas del problema, con el fin de enfrentar a las personas con el problema y no entre ellas. Para ello se parte de la idea de que en las relaciones entre personas hay tres elementos clave que es necesario tener en cuenta: las percepciones, las emociones y la comunicación. Las

primeras es la forma en la que los actores ven, entienden o perciben un problema; por ello es necesario discutir las percepciones de cada una de las partes con el fin, como apunta Otero (2007), de entender que la lucha entre las partes se produce en realidad por una incompatibilidad entre ellas, incompatibilidad que no siempre es real, pero que no importa que no lo sea, ya que las partes enfrentadas la perciben como si así fuera. De este modo, una vez detectada la situación de incompatibilidad, es preciso poner de manifiesto el problema real y los intereses de cada una de las partes con la única finalidad de vencer los obstáculos que producen el conflicto; por lo tanto, de lo que se trata es de pasar de un problema personal a un problema de intereses. Junto a ello es necesario tener en cuenta las emociones que subyacen con el fin de explicitarlas, reconocerlas como tales para poder comprenderlas, tanto las propias como las de la otra parte; y por último, el elemento de la comunicación como elemento clave de la negociación con el fin de poder tanto entender a la otra parte como para ser entendido.

El fin último de este modelo es que las partes lleguen a una serie de acuerdos satisfactorios que les permita resolver el conflicto que les enfrentaba a partir de la búsqueda de los intereses subyacentes.

5.2. El modelo circular-narrativo de Sara Cobb

Este modelo de mediación es el propuesto por la profesora Sara Cobb, que toma distintos elementos de diversos marcos teóricos. Como señalan Munuera (2007) y Giménez (2001), Cobb toma elementos conceptuales provenientes de la teoría de la comunicación, la teoría general de sistemas, en las innovaciones epistemológicas de la cibernética, en los aportes del construccionismo social y en la teoría posmoderna del significado.

El objetivo principal de este modelo no es alcanzar una serie de acuerdos, como ocurría con el modelo de Harvard, sino recomponer la comunicación entre las partes a partir de la interacción entre las mismas. Para esta escuela «la solución del conflicto no es la finalidad de la mediación. Se producirá cuando se deshagan los impedimentos que la dificultan. Será una consecuencia, no una causa» (Otero, 2007: 161). Así pues, esta tipología de la mediación está más interesada en que las partes gestionen el conflicto antes que en su solución, ya que ésta sobrevendrá en el tiempo si es que no es posible en ese momento.

Giménez (2001), siguiendo a Marinés Suárez, señala cuatro elementos claves del método circular-narrativo: el aumento de las diferencias, la legitimación de las personas, los cambios de significados y la creación de contextos.

El método parte de aumentar las diferencias que separan a las partes en conflicto hasta el extremo, incluso llevándolas hasta el absurdo, para que puedan explicar con detalle las causas que les llevó a la disputa, al mismo tiempo que se legitima a cada una de ellas. Para este método cada parte explica su visión del conflicto insertándola en la narración de una historia individual que es la que consideran como verdadera, por lo que es necesario, para la superación de la disputa, cambiar esa historia

individual creando otra historia alternativa en la que se reconozcan ambas partes.

> El método que utiliza el mediador consiste en aumentar las diferencias que los separan, al mismo tiempo que legitima cada una de ellas, con el fin de cambiar la «historia» que han elaborado individualmente y que instauró la disputa.
>
> El mediador debe conseguir ayudar a las partes a construir una nueva historia a partir de la nueva revalorización y la del otro, mediante la comunicación de causalidad circular. El mediador provoca que los interesados expresen todos los aspectos del conflicto, para poder comenzar la búsqueda de las posibles soluciones (De Diego y Guillén, 2008, p. 59).

Para Otero (2007: 162):

> los elementos positivos de este modelo se concretan en la valoración de la historia del conflicto como parte fundamental para poder conocerlo a fondo y así solucionarlo, el fomento de la comunicación, y la importancia que se da a las partes como artífices exclusivos de la creación de una historia alternativa.

5.3. El modelo transformativo de Folguer y Bush

Los precursores de este método son Folguer y Bush a partir de la publicación de su libro *La promesa de la mediación* en 1994.

En esta metodología el conflicto aparece como una oportunidad de crecimiento personal y moral, y además éste debe utilizarse para fomentar la transformación de las relaciones humanas. El objetivo primordial es, pues, el de mejorar la relación entre las partes quedando los acuerdos en un segundo término.

En este modelo de mediación hay dos conceptos básicos: la revalorización y el reconocimiento. «El *empowerment* (la revalorización) incide en afianzar la fortaleza del individuo para que esté más capacitado y tenga más posibilidades de triunfo al enfrentarse a cualquier circunstancia que le sea adversa. La *recognition* (el reconocimiento) prepara al individuo para experimentar preocupación por los otros, especialmente por aquellos que presentan intereses distintos de los suyos» (Otero, 2007: 163). Es decir, las capacidades que las personas tienen para afrontar sus vidas, comprendiendo cuáles son sus intereses en una determinada situación, para qué los persigue y cuánto son de importantes, por un lado, para llegar al reconocimiento mutuo por parte de ambos protagonistas, de sus cualidades e intereses, como coprotagonistas del conflicto.

Como afirma Otero (2007: 163):

> Quienes defienden el modelo transformativo afirman que cuando los derechos entran en conflicto, la solución no puede encontrarse en otro derecho más fuerte y también individual, sino en el retorno de los ideales del bien común. […] Consecuentemente este modelo facilita el retorno a la idea de grupo; o lo que es lo mismo, persigue el desarrollo del potencial de cambio de las personas, producido como consecuencia del descubrimiento de sus propias habilidades, y cuya consecuencia es la revalorización de la persona a través de su crecimiento moral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Bercovitch, J.: «International mediation and dispute settlement: evaluating the conditions for successful mediation», *Negotiation Journal*, 1991.

CORNELIUS, H. y SHOSHANA, F.: *Tú ganas, Yo gano*, Gaia, Madrid, 1998.
DE DIEGO VALLEJO, R. y GUILLÉN GESTOSO, C.: *Mediación*, Pirámide, Madrid, 2008.
FOLBERG, J. y TAYLOR, A.: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1992.
FOLGUER, J. P. y BARUCH BUSH, R. A.: *La promesa de la mediación*, Granica, Barcelona, 1996.
GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares*, Reus, 2006.
GIMÉNEZ ROMERO, C.: «Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural», *Migraciones*, n.º 10, UPC, 2001.
HAYNES, J.: *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia, Madrid, 1995.
MARLOW, L.: *Mediación Familiar*, Granica, Barcelona, 1999.
MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B.: *Mediación y Resolución de Conflictos*, Paidós, México, 1999.
MOORE, C.: *El Proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 2006.
OTERO PARGA, M.: «Los modelos teóricos de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.
POYATOS GARCÍA, A. (coord.): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Nau Llibres, Valencia, 2003.
REINA, F.: «Mediaciones socioeducativas en el municipio», *Revista de Educación Social*, n.º 2, 2004.
ROGER, F., WILLIAM, U. y BRUCE, P.: *Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000, Barcelona, 1996.
VINYAMATA CAMP, E: *Aprender Mediació*n, Paidós, Barcelona, 2003.

CAPÍTULO VI

EL ESTATUTO DEL MEDIADOR

JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR. 2.1. *El acceso a la profesión de mediador y los requisitos de formación y de formación específica*. 2.2. *La inscripción en un registro*. 2.3. *El sistema de responsabilidad de los mediadores*. 2.4. *El carácter retribuido de la mediación*. 2.5. *La actuación del mediador y la autorregulación de la profesión de mediador (y el procedimiento simplificado en línea)*. 2.5.1. Actuación y autorregulación del mediador. 2.5.2. La actuación del mediador en la mediación *on-line*. 3. EL MEDIADOR CONCURSAL Y SU ESTATUTO (REMISIÓN). 4. OTROS MEDIADORES. EL *MEDIADOR FAMILIAR* COMO REFERENTE. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PREMISA

Lo que podría denominarse *estatuto del mediador* (o estatuto jurídico del mediador), en asuntos civiles y mercantiles, puede considerarse como una de esas necesidades a las que van dando respuesta, de forma parcial e incompleta, sucesivas disposiciones legales, aunque con una legislación muy abundante, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, y en el general y específico; es sin embargo arriesgado afirmar rotundamente que exista, de forma consolidada y con perfiles definidos, un estatuto jurídico del mediador. La Ley española de 7 de julio de 2012 de *mediación en asuntos civiles y mercantiles* (LM) faculta, en su disposición adicional 8.ª al Gobierno para que lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la misma en lo que se refiere, principalmente, a esta cuestión. Ya en la propuesta de Directiva (de 22 de octubre de 2004) se recogía el importante papel del mediador en el éxito del sistema, que debería recoger la Directiva, pues efectivamente el éxito de la mediación va a depender en gran medida de la figura del mediador. Ésta, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sin embargo, no lo hace y se limita a definir a la figura en el apartado *b*) de su artículo 3: «Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión, en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación», sin hacerse alusión por tanto a su eventual responsabilidad, a su formación, a su inscripción en un registro especial, etc. Con fecha 27 de diciembre de 2013 publica el *BOE* el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, fundamentalmente la formación del mediador, su responsabilidad y el aseguramiento de ésta y la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos).

2. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR

En cuanto a la figura del mediador —y a su estatuto—, la LM dedica cinco preceptos (en su Título III) en el que se trata de las condiciones para ser mediador, sobre su actuación y responsabilidad, sobre el coste de la mediación y sobre la calidad y autorregulación de la mediación, cuestiones a las que deben añadirse, para disponer de un marco completo de la figura, las otras referencias que a este profesional se hace en el resto del articulado de la ley. Debe destacarse la importancia de la figura del mediador, sobre la que descansa, ciertamente, el éxito del procedimiento. Sólo con mediadores formados y capaces podrá mantenerse el sistema y podrá desarrollarse; sólo con la certeza de que, al acudir a este procedimiento, elegida de entre quienes estén habilitados para esa función, la persona que vaya a facilitar el procedimiento, a garantizar su correcto desarrollo y, en definitiva, a dirigirlo, está preparada para ello, podrá consolidarse el sistema. Ha de tenerse en cuenta que el mediador va a diseñar, coordinar y dirigir el procedimiento; a controlar y mejorar la comunicación de las partes; y va a ayudar a realizar ofertas, a interpretarlas y a evitar o solventar situaciones de bloqueo. El rigor que ha de exigirse para poder acceder a la condición de mediador y el mismo desarrollo de su función es la garantía del sistema porque es en torno a este profesional como se construye la mediación.

2.1. El acceso a la profesión de mediador y los requisitos de formación y de formación específica

Puede ser mediador, en el Derecho español, cualquier persona que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles (siempre que no se lo impida la legislación especial a que pueda estar sometido en el ejercicio de su profesión). Igualmente pueden serlo las personas jurídicas, que deberán designar en ese caso, para el ejercicio de la mediación, a una persona física que reúna los requisitos legales. Lógicamente no basta con esa simple circunstancia, sino que se exige una titulación y una formación. En lo que se refiere a la primera, será necesario estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior. De este modo, se podrá ser mediador sin titulación universitaria, aunque con mejor criterio, en nuestro propio país se exige lo contrario para otros supuestos de mediación sectorial o específica y por la regulación autonómica. La segunda exigencia es, junto a la titulación académica, la necesaria formación específica que, en nuestra opinión, no es más que la continuación de aquélla. El número 2 del artículo 11 (LM) añade al requisito académico la necesidad de «contar con la formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá con la realización de uno o varios cursos específicos, impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional». La fórmula usada por el legislador español nos parece ambigua en extremo y la repite el real decreto en su artículo 3.1, aunque en el número siguiente se precisa algo más, por

cuanto esta formación se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitir a quien los siga (el futuro mediador) el dominio de la técnica de mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley. La formación es requisito (no complemento) para el ejercicio de esta actividad, pues no ha de olvidarse que no existe, al menos por ahora, una profesión de mediador, sino que ejercen como tales «profesionales de otros ámbitos […] que además han tenido una formación complementaria en mediación». En otros ordenamientos jurídicos y en otras leyes de mediación españolas la cuestión ha quedado resuelta de un modo mucho más adecuado, pues se exige al mediador unos mínimos de preparación y profesionalidad en mediación, específicos y concretados en las normas.

En lo que atañe a la legislación de mediación especial española, no hay tampoco una coincidencia absoluta en lo que debe entenderse por formación para el mediador, y aunque todas las normas autonómicas, lógicamente, exijan para el desempeño de esta función una formación específica, en unas no se hace más referencia al tipo de formación, mientras que en otras, aun sin precisarse ese tipo, sí se destacan sus caracteres. En nuestra opinión, la formación debe ser universitaria (y sin dificultad debe admitirse la que impartan los centros universitarios con acuerdos con los colegios profesionales) y específica, además de teórico-práctica, y podría haberse fijado en la ley, aunque haya habido que esperar para saber qué solución ha adoptado el Reglamento, como ha ocurrido, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma Andaluza, que exige una formación específica de postgrado en mediación (familiar) que deberá ser impartida por Universidades o ser homologada por éstas, mientras que la formación continua de los mediadores deberá acreditarse trienalmente con la realización de nuevos cursos. En lo que afecta al contenido de la formación, evidentemente deberá abarcar unas materias genéricas sobre mediación (hemos de insistir en la necesidad de que una importante parte de la misma se refiera a aspectos jurídicos) y otras que dependerán de la rama o de la clase de mediación (e incluso pueden relacionarse con todas ellas). Podría estructurarse, sin más pretensión que delimitar el concepto, el *plan de formación*, con unas materias comunes o troncales y otras específicas, según la materia o la clase de mediación: pública o privada; judicial o extrajudicial; familiar, penal, penitenciaria, sanitaria, deportiva, escolar, civil, mercantil, societaria, etc. Con los conocimientos y las técnicas aprendidas (de muy variada naturaleza) se podrá acometer la importante función que supone la mediación, con la garantía de que el mediador, ese tercero neutral e independiente que actúa para facilitar la adopción de un acuerdo por las partes enfrentadas o en controversia, los mediados, actuará de forma correcta y con las suficientes garantías.

La formación que ha de adquirir el mediador, que es una formación *ad hoc* (específica) debe proporcionar al mismo conocimientos y habilidades para el ejercicio de la actividad que va a desarrollar, y debe abarcar, como mínimo, materias jurídicas (el marco normativo y los procesos de negociación y resolución de conflictos), de ética, de técnicas de comunicación y relativas a aspectos psicológicos. Ésos serán sus contenidos generales, que podrán completarse con otros y que deberán ser impartidos

por variados profesionales y especialistas de cada uno de los sectores.

Por lo que se refiere a la formación del mediador, que constituye un requisito fundamental del mismo, el Reglamento la exige común para todos los supuestos y debe tener carácter teórico y (al menos el 35 por 100) práctico, pudiendo adquirirse en uno o varios cursos, y su duración mínima será de cien horas de docencia efectiva, formación que abarcará aspectos jurídicos, psicológicos, de ética, de procesos y técnicas de comunicación, negociación y resolución de conflictos; podrá ser presencial e incluso a distancia. Finalmente, esta formación ha de ser continuada a lo largo del tiempo: previa para obtener la condición y constante para mantenerla, y homogénea en todo el territorio nacional español. Para garantizar la formación continua los mediadores deberán realizar actividades, fundamentalmente prácticas, una vez cada cinco años (y en este caso con una duración mínima de veinte horas).

En cuanto a los centros de formación, serán aquellos, públicos o privados, que cuenten con la debida autorización de la Administración Pública y que se encargarán de la formación específica de los mediadores y de la continua, pudiendo, en este sentido, organizar actividades (principalmente prácticas, en este caso) dirigidas a los mediadores que ya contaran con formación inicial para el ejercicio de la mediación. Su profesorado habrá de tener la necesaria formación en la materia y los requisitos de titulación oficial universitaria o formación profesional, de similar modo que se exige para el ejercicio de la actividad de mediador. Cabe decir que la formación específica que hubiesen recibido los mediadores con anterioridad a la entrada en vigor del real decreto será válida y se tendrá en cuenta para completar los requisitos de formación, y que hasta una determinada fecha —el 1 de junio de 2014— se ha podido acreditar la formación de un mediador mediante una certificación de su inscripción en el Registro de Mediadores de una Comunidad Autónoma.

2.2. La inscripción en un Registro

Las normas de mediación (familiar) autonómicas suelen exigir, como requisito para el ejercicio de la actividad la inscripción en un Registro por parte de la persona mediadora o mediador; así se exige en casi todas ellas, bien en el propio texto de la ley, bien en su desarrollo reglamentario. Sin embargo, en la LM no se incluye este requisito, sin perjuicio de que en la disposición adicional 8.ª faculte al Gobierno para prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigido en la ley, y, entre ellos, puede incluirse la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediadores de las Comunidades Autónomas (del que se podrá dar de baja a un mediador en casos de incumplimiento de los requisitos legales). En el Reglamento se crea un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de carácter público e informativo, dependiente del Ministerio de Justicia, que se constituirá como una base de datos, siendo su responsable el director general de Registros y del Notariado. La inscripción en este Registro permitirá a quien esté inscrito acreditar la condición de mediador —

ése es su efecto—, aunque la inscripción de los mediadores que se dediquen de modo profesional a la actividad de mediación, conforme a las previsiones de la ley, será sin embargo voluntaria (con excepción del caso del llamado «mediador concursal», que sí deberá estar inscrito). No hay que estar inscrito para ser mediador, pero si se está inscrito, queda acreditada tal condición, pues existe tal presunción. Tres serán las secciones del Registro: la de inscripción de mediadores (en la que se inscribirán tanto los mediadores españoles como aquellos otros reconocidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea que acompañen a su solicitud una certificación oficial del Registro de su país); la de la inscripción de los mediadores concursales; y la de las instituciones de mediación, en la que podrán inscribirse las instituciones de mediación que fomenten la regulada en la LM, con independencia de su carácter público o privado así como de su nacionalidad. El procedimiento de inscripción se inicia presentando el correspondiente formulario de solicitud de inscripción por parte del mediador o del mediador concursal, o de la institución de mediación. Tras el correspondiente análisis de la documentación presentada (en la que habrá de acreditarse cumplir con los requisitos que exige la ley para cada uno de los tipos de mediador) el encargado del Registro, que podrá solicitar tanto el envío de los documentos originales, cuando así lo considere, e incluso dirigirse al centro que certificó la formación, procederá, en su caso, a la inscripción, pudiendo interponerse el correspondiente recurso en caso de denegación de la inscripción o de archivo de la misma. Debe existir coordinación entre este nuevo Registro con los que existan en las Comunidades Autónomas para lograr unidad de datos. La finalidad de este Registro es facilitar la publicidad y la transparencia en la mediación y, con ello, reforzar la confianza del ciudadano en este instrumento. No obstante, las ventajas que ofrecerá el Registro, aconseja y debiera casi exigir, la inscripción de los mediadores en el mismo para poder acreditarse como tales, aunque la inscripción es voluntaria.

2.3. El sistema de responsabilidad de los mediadores

El artículo 14 de la LM establece el régimen de responsabilidad del mediador, que tras la declaración inicial de que ha de cumplir fielmente el encargo, le hace incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios si no lo hace. También se hace responsable a la institución de mediación, responsabilidad que derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de sus obligaciones. La responsabilidad del mediador puede ser tanto contractual como extracontractual. En cuanto a la primera, las partes (a quienes hemos llamado los mediados) y el mediador firmarán un contrato que éste debe cumplir y que actuará como límite de su responsabilidad, pues será lo contenido en él lo que podrá exigírsele y a lo que el mediador se deba o, en su caso, será contra la institución de mediación contra quien se dirija la acción —que puede ejercerse directamente por parte del perjudicado— (sin perjuicio de lo prescrito en el art. 1.904.1 del Código Civil). Es determinante, pues, el contenido contractual, que debe respetar, no cabe duda, el procedimiento legal de mediación y los principios informadores.

El mediador responderá de los daños y perjuicios que cause en el desempeño de su función, en el cumplimiento de su encargo. Si durante su actuación no respetara sus propias reglas de actuación y causara un daño o un perjuicio, incurrirá en una responsabilidad extracontractual que podría exigirle el perjudicado, bastando la simple negligencia, debiendo probarse que la actuación del mediador (o la falta de actuación o actuación inadecuada) es precisamente la causante de un daño, que ha de valorarse y cuantificarse económicamente. Se obliga al mediador a que suscriba un seguro o una garantía equivalente que cubra su responsabilidad civil (derivada de su actuación en los conflictos en que interviene). La responsabilidad del mediador, pues, debe ser una responsabilidad garantizada por la existencia de un seguro obligatorio. El seguro de responsabilidad civil del mediador se convierte en un seguro obligatorio para estos profesionales, aunque puede sustituirse por una garantía equivalente (por ejemplo, un aval) en virtud el cual el asegurador se obliga a cubrir el riesgo que está previsto en la póliza y que es el nacimiento a cargo del asegurado (el mediador) de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que haya causado en el ejercicio de su actividad. Cubre los daños y perjuicios causados por los actos u omisiones que lesionen los intereses de las partes y supongan una infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, y también los derivados de error profesional o la pérdida o extravío de expedientes o documentos. La suma asegurada dependerá de la entidad de los asuntos en que intervenga el mediador sin fijarse un mínimo. La obligación de aseguramiento alcanza a las entidades de mediación.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria o administrativa en que puede incurrir el mediador, se requerirá de una intervención de los poderes públicos (o de los órganos de control que puedan ser creados).

2.4. El carácter retribuido de la mediación

Someterse al procedimiento de mediación es algo que depende de las partes —la mediación es voluntaria— y, aunque se trata de un sistema simple o de fácil tramitación y de una duración breve y de un sistema económico (o de poco coste), no es gratuito sino retribuido, debiéndose abonar al mediador el precio pactado (que suele establecerse por sesiones). Corresponde su abono —haya concluido o no con el resultado de acuerdo, porque su actuación es de diligencia y no de resultado— a quien asumiera esa obligación en el contrato y, en otro caso (lo que es más frecuente y usual hasta el punto de presumirse salvo pacto en otro sentido), por mitades (art. 15). Será frecuente, como en las otras profesiones liberales, que se solicite a las partes la pertinente provisión de fondos al inicio de la relación. La obligación de las partes es la del abono en el momento en que se solicita. Caso de incumplimiento, podrá darse por concluida la mediación, aunque debe comunicarse el mismo a todas las partes por si éstas quieren suplirla y entregar lo que correspondería a la parte incumplidora, en el plazo que se haya fijado, a los efectos de que no se paralice el procedimiento ni se extinga o se dé por concluido.

Se ha tratado en muchas ocasiones sobre la posibilidad o conveniencia de que la

mediación sea obligatoria o, al menos, que deba intentarse antes del inicio de otro procedimiento. En este sentido, el Parlamento Europeo ha tenido muy en cuenta el caso de Italia, y el Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del mismo ha publicado un estudio acerca de la aplicación de la Directiva 2008/52/CE y hace sugerentes propuestas en este sentido. Sin entrar ahora en la cuestión, sí debe considerarse que si esta forma de resolución de conflictos fuese obligatoria para determinados asuntos, siempre con la posibilidad de las partes de darse de baja en el momento en que así lo considerasen en el sistema, los gastos que éste hubiese generado deberían de abonarse por los participantes en el proceso de mediación (en el iniciado y no concluido proceso), lo que no deja de ser un inconveniente o una cuestión de difícil resolución, pues, al fin, aunque sea en ese supuesto concreto, haría más gravoso el gasto de las partes, que verían cómo se encarece el proceso seguido para la resolución del conflicto de que se trate.

2.5. La actuación del mediador y la autorregulación de la profesión de mediador (y el procedimiento simplificado en línea)

2.5.1. Actuación y autorregulación del mediador

En el título referido al estatuto del mediador, incluye la LM un artículo (el 13) con rótulo «Actuación del mediador», que contiene una serie de normas sobre su intervención en el procedimiento, de diferente carácter y alcance. Se trata de algunas reglas de actuación, en efecto, que no pueden formar parte de lo que estrictamente debería entenderse por «estatuto del mediador». Se trata de un precepto en el que coinciden algunos mandatos y declaraciones generales, en relación con la actuación del mediador, como el de señalar que facilitará la comunicación entre las partes y desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las mismas (que, al fin y al cabo, es la función última del mediador), junto a la de velar para que las partes dispongan de la información y el asesoramiento necesarios (asesoramiento que será en una gran parte del mismo de carácter jurídico).

Un segundo grupo de normas de actuación son las relativas a la necesidad u obligación por parte del mediador de abstenerse de intervenir o de renunciar al encargo. El mediador puede renunciar a desarrollar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad. Si un mediador es consciente de que no va a poder lograr que el procedimiento se desarrolle con plena igualdad de oportunidades, manteniéndose el equilibrio y, en definitiva, que con su intervención va a perjudicar a cualquiera de las partes, debe renunciar a intervenir. Tampoco debe intervenir si hay alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad. Así, el mediador comunicará todas esas circunstancias que deban ser valoradas por las partes (incluye el número 5: cualquier relación personal o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; que él mismo o un miembro de su empresa haya actuado anteriormente a favor de alguna de las partes; pero no se trata de una enumeración cerrada, por lo que cualquier dato, hecho

o circunstancia que pueda poner en tela de juicio su actuación debe ser comunicada o «revelada» en la terminología de la ley). Si el mediador, al que se han dirigido las partes solicitando su intervención (bien directamente, bien a través de la institución correspondiente) cree que puede actuar con imparcialidad (porque el hecho concreto que ha revelado no va a afectar a su tarea, en su opinión), lo comunicará a las partes y éstas pueden consentir, no obstante, que actúe, consentimiento que deberá hacerse constar por escrito (bien en el acta de inicio y aceptación de la mediación civil o el documento que la supla, bien en un acta de una sesión posterior), porque este deber de comunicar todas las circunstancias que puedan influir (afectar) a la imparcialidad se extiende durante todo el procedimiento.

Por último, se recoge como un derecho del mediador el de renunciar, cuando así lo estime, al desarrollo de la mediación, con la obligación de entregar un acta en la que conste su renuncia, que no creemos deba ser motivada necesariamente.

El Ministerio de Justicia y las Administraciones Públicas competentes, en colaboración con las entidades de mediación, fomentarán y requerirán… *la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de los mediadores y de las instituciones a tales códigos* (art. 12 LM), en la misma línea de la exigencia del artículo 4 de la Directiva 2008/52/CE, en relación con la calidad de la mediación, a lo que se añadirá su sometimiento a otros códigos de actuación o códigos éticos que estén relacionados con su titulación de origen: abogados, notarios, psicólogos, etc., que devengan en mediadores, estarán sometidos a su propio código, sin que ello impida ni dificulte que también hayan de quedar sometidos a otro, el propio de una profesión diferente como es la mediación, profesión de marcado carácter jurídico que incluso permite al mediador facilitar información jurídica (si bien no a dar consejo jurídico). De este modo el mediador quedaría sujeto a su estatuto jurídico —reglas a las que debe someterse en el desarrollo de su tarea (principalmente recogidas en la LM)—, a su código profesional (según la profesión y las propias normas, por ejemplo, de los colegios profesionales) y al código ético que recogerá los deberes morales y éticos de este profesional y al que quedará subordinado. Podrá haber en el futuro, posiblemente, un Colegio Oficial de Mediadores. En efecto, como se ha advertido, la interdisciplinariedad que caracteriza al mediador no debe impedir ni dificultar que se pueda configurar un código ético, y esa singularidad de la profesión lo hace aún más conveniente. El código ético o código de conducta sirve como guía de actuación al profesional, pues en él se recogen los criterios y prácticas a que debe someterse desde ese punto de vista ético (pero irán implícitos los jurídicos).

Desde 2004 existe el Código de Conducta Europeo para Mediadores, que establece una serie de principios de actuación cuyo cumplimiento se deja, bajo su propia responsabilidad, al arbitrio de cada mediador y que puede aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles; el respeto a las normas que en él se contienen se entenderá sin perjuicio de la legislación nacional ni de las normas profesionales específicas. Se trata de un breve texto, dividido en cuatro números, que se refieren a competencia, designación y honorarios de los mediadores y promoción

de sus servicios; a independencia e imparcialidad; acuerdo de mediación, procedimiento y resolución del conflicto, y confidencialidad.

2.5.2. La actuación del mediador en la mediación on line

El Reglamento dedica su capítulo V al procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, en desarrollo de lo previsto en la disposición final 7.ª de la Ley. Se trata de regular la posibilidad (prevista en el art. 24 LM) de que se lleve a cabo un procedimiento a través de medios electrónicos, que aumentará la agilidad del procedimiento y que añadirá a sus caracteres el de la brevedad, pues su duración no excederá de un mes desde que se presente la solicitud, iniciándose el trámite en el plazo máximo de dos días desde la recepción de ésta. Este nuevo procedimiento queda limitado en su ámbito de aplicación a asuntos cuya cantidad no exceda de 600 euros. Además, se considera preferente a cualquier otro para este caso. El procedimiento simplificado también ha de depender, en gran medida, de la actividad y diligencia del mediador, aunque está mucho más estructurado y regulados sus perfiles por parte de la norma. Por ello se hace responsable del procedimiento al mediador y, en su caso, a la institución de mediación y se establece (art. 24) cómo éstos deben habilitar los necesarios mecanismos para garantizar a las partes la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y los sistemas electrónicos que se utilicen, la privacidad de los documentos, su integridad y secreto, y la confidencialidad en todas las fases del sistema. El precepto regula el supuesto de contratación por parte del mediador o la institución con un proveedor, que se considerará como encargado del tratamiento de los datos y que ha de dar cumplimiento a las previsiones legales en materia de protección de datos personales, al que se considera por ello responsable, sin perjuicio de que tal responsabilidad, caso de incumplimiento por las obligaciones en esta cuestión, se exija igualmente y de forma directa al mediador o a la institución, siendo la posible violación de la intimidad uno de los peligros, que habrá que atajar, del nuevo sistema, del que ya ha habido algunas experiencias. Será el mediador y, por supuesto las partes, quienes decidan la conveniencia del sistema, destacando una vez más la importancia de su opinión.

No es nuestra intención analizar el desarrollo y mecanismo de la mediación *on line*, sino el significado del mediador en su potenciación y desenvolvimiento (y hay otro apartado en esta obra dedicado a ello). Nos limitaremos, pues, a señalar, que será éste (o la institución) quien facilite a las partes el formulario normalizado de solicitud (y el de contestación) y el de retirada de la misma, así como el de dar por terminadas las actuaciones. Presentada la solicitud de mediación, al mediador corresponde contactar con la otra parte para pedir su conformidad para iniciar el procedimiento; pasado un tiempo prudencial sin respuesta, se entenderá que se rechaza la solicitud y, en el caso de que se acepte, una vez comunicada tal aceptación, se levantará el acta de la que se considera sesión constitutiva. En ambos escritos se expondrán, de un lado, las pretensiones, reclamación de la cantidad precisa y demás detalles sobre el modo de pago, y, de otro, la aceptación o rechazo de la propuesta o una contrapropuesta,

que requerirá nueva actuación, entendiéndose, ante la parquedad de la norma, que deberá haber nuevas notificaciones y escritos. El plazo máximo concedido para este tipo de mediación (que puede abandonarse de modo definitivo en cualquier momento, como ocurre en los demás casos o, simplemente, alterarse por otro tipo), aunque ampliable por acuerdo de las partes, es de un mes.

Si bien algunas de las actuaciones pueden llevarse a cabo de forma presencial, el mecanismo está concebido para que toda la mediación sea en línea y el mismo, señala el artículo 36.2 (del Reglamento), «permitirá una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, sea separada o conjuntamente, posibilitando el diálogo y el acercamiento de posturas»; será necesario un período de aceptación del mismo y de su conveniencia; cuestiones que se han puesto de manifiesto como de capital importancia en la mediación, como pueden ser, a título de ejemplo, la información verbal o el contacto visual de las partes con el mediador, no se dan en este modelo, si bien posiblemente se ahorre tiempo y sea un atractivo el no tener que comparecer en un determinado lugar y de forma simultánea.

La consolidación del sistema dependerá de muchos factores. Servirán como referencia las recientes iniciativas legislativas europeas, si bien limitadas al ámbito del consumo; con fecha 18 de junio de 2013 se han publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (*DOUE*) la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. El sistema, que se ofrece como gratuito, lo que favorecerá su utilización, y con una duración de unos noventa días, deberá incorporarse a la legislación española en el plazo de dos años (que es el previsto para la transposición).

3. EL MEDIADOR CONCURSAL. SU ESTATUTO (REMISIÓN)

En el supuesto de los acuerdos extrajudiciales de pagos, nuevo mecanismo preconcursal (previsto en la Ley 14/2013, de *Apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, que reforma la Ley Concursal, se incorpora la figura del llamado mediador concursal, que lleva a cabo una función específica (sólo próxima a la mediación) en el procedimiento que se sigue ante el registrador o el notario, profesionales a quienes corresponde su nombramiento, pues no se trata de alguien elegido por las partes. Para ser mediador concursal hay que ostentar previamente la condición de mediador (con los requisitos de la LM) pero también hay que cumplir con las exigencias de la Ley Concursal (art. 27), puesto que, posteriormente a su tarea como tal, podrá devenir administrador concursal en el posterior concurso de acreedores consecutivo. De este modo, existirá una lista oficial, que se publicará en el *BOE*, suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, a la que los interesados que cumplan con los requisitos exigidos solicitarán su inscripción, lo que podrán hacer tanto personas físicas (en

cuyo caso se requerirá la condición de abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, condiciones que se exigen para ser administrador concursal) o personas jurídicas (en las que habrá integrado, al menos, uno de los profesionales indicados, que ostente igualmente la condición de mediador).

Una vez nombrado el mediador concursal, siguiéndose el orden de la lista que se habrá creado, se determinará la retribución a percibir o los criterios para su cálculo (abarcando tanto sus tareas como mediador como los honorarios devengados por su cargo de administrador). Al mediador nombrado para llevar a cabo la concreta función en el acuerdo extrajudicial de pagos se le notifica su nombramiento para que acepte, lo que deberá hacer, en su caso, en un plazo de cinco días, facilitando entonces una dirección electrónica. Quien lo haya nombrado se dará publicidad legal a tal designación, comunicándolo a los Registros Públicos de Bienes competentes, al Registro Civil y a los demás que corresponda; comunicará al juez competente que se han iniciado las negociaciones y ordenará la publicación en el Registro Público Concursal (dándose la circunstancia de que la inscripción del mediador concursal es obligatoria, mientras que la del mediador de la LM no lo es). Obligatoriamente deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil. A partir del momento de su aceptación como mediador concursal inicia su actividad, que será llevada a cabo fuera del Juzgado y es, en todo caso, previa a la eventual declaración del concurso (pues, a partir de tal declaración, actuaría no como mediador, sino como administrador concursal).

Su actividad y su función, que no se acomodan simplemente a las propias del simple mediador, no van a quedar caracterizadas por las notas de neutralidad y de imparcialidad (ni incluso, en muchos casos, por la de guardar secreto), y quizás, a pesar de su denominación, no pueda hablarse en propiedad de una auténtica mediación. Nos remitimos, en este punto, a lo señalado en el capítulo correspondiente de esta misma obra (La mediación concursal).

4. OTROS MEDIADORES. EL *MEDIADOR FAMILIAR* COMO REFERENTE

Sin pretender llevar a cabo un estudio del estatuto del mediador familiar, sí ha de servirnos como referente cuando se analiza el estatuto del mediador (común o general). La legislación autonómica española ha sido más estricta que la general tanto en lo que se refiere a los requisitos formativos como a los administrativos de las personas que puedan ejercer como mediadores en este ámbito. Por regla general, el mediador familiar debe estar en posesión de titulación universitaria, bien no especializada, bien referida a algún ámbito científico concreto —social, educativo, jurídico, psicológico e incluso de Ciencias de la Salud (aunque en este caso de forma excepcional)—. A la exigencia de la titulación universitaria se añade formación específica, teórica y práctica, con una duración diferente (200 o 300 horas) que, en algún caso, puede ser sustituida por la experiencia profesional. Como exigencia

administrativa, se requiere la inscripción en un Registro especial, el de mediación familiar (sin perjuicio de tener que hacerlo igualmente en los correspondientes colegios profesionales). Tratándose de equipos de mediadores o de entidades (sistema asociativo para ejercer la mediación familiar que se autoriza y consiente en algunas CCAA), los requisitos son diferentes según la norma concreta: objeto social exclusivo y existencia, al menos, de un mediador persona física; entidades públicas o privadas que se inscriban en el Registro; requisitos personales (tres personas, al menos, con dos titulaciones diferentes entre ellas), etc.

Como hemos señalado, los requisitos para el acceso y el desarrollo de la actividad de mediación (y el propio *estatuto* del mediador) van a variar según la norma, y mientras que se podrá ser mediador sin titulación universitaria, no se podrá serlo sin esa condición cuando se trata de mediación sectorial (familiar), titulación que ha de ser específica, debiendo estarse en posesión del Grado en Derecho, Psicología, Trabajo Social o Educador Social (los cuales se incluyen en todas las leyes de mediación de Comunidades Autónomas, aunque otras titulaciones también se incluyen en algunas [en la *Ley Andaluza* se exige «titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico», con lo que se amplían las posibilidades. En la *Ley de Castilla y León* (art. 8) se requieren textualmente las mismas que en la andaluza, pero como cláusula general se añade: «y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico y sanitario», lo que ofrece una nueva dimensión].

La legislación autonómica (y sectorial —familiar—) es más concreta y acertada que la general en lo que se refiere a la figura del mediador y no ha tenido en cuenta sus postulados, produciéndose una situación de discordancia o falta de congruencia que sólo puede perjudicar al sistema y a la institución.

Independientemente de todo ello, la formación habrá de ser específica —resaltándose este carácter de modo singular— si el ámbito de actuación del mediador es especializado; también así se alcanzará un perfil profesional del mediador, que deberá formarse en un ámbito (transportes, turismo, actividad deportiva, seguros, etc.) de manera particular, y hasta podrán distinguirse como expertos, especialistas y hasta técnicos en su sector.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J.: *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid, 2013.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2013.

ANGIULI, A.: «Modelli di conciliazione con consumatori e utendi», *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura N. Scannicchio, Cacucci Editore, Bari, pp. 79 ss.).

BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BELLOSO MARTÍN, N.: «Una propuesta de Código Ético de los Mediadores», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 15, 2007, disponible en http://www.uv.es/CEFD/15/.

BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009.
BONET NAVARRO, A. (dir.): *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
CONFORTI, F.: *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*, Alicante, 2013.
FABREGAT, A.: «Ventajas y desventajas de la mediación por medios electrónicos», www. diariojuridico.com, 02/17/2013.
GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (dirs.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
— *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Barcelona, 2012.
GONZÁLEZ PILLADO, E.: *Arbitraje y Mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012.
GRANDE YÁÑEZ, M., ALMOGUERA PÉREZ, J. y JIMÉNEZ GARCÍA, J.: *Ética de las profesiones jurídicas*, Bilbao, 2006.
GUMES CHALÉ, A.: «La incorporación en España del instituto de la mediación concursal…», http://www.forjib.org.
HIGHTON, E. y ÁLVAREZ GLADIS, S.: *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, 1998.
HUALDE MANSO, T. (dir.): *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, La Ley, Madrid, 2013.
LIND, M.: «Las ventajas de una formación en mediación breve, intensa y práctica», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, pp. 21 ss.
MARQUÉS CEBOLA, C.: *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
MARTÍN NÁJERA, M. T. y ARSUAGA CORTÁZAR, J.: *La Ley de mediación: experiencia de una magistrada de familia. Régimen jurídico del mediador*, 2013.
MORALES FERNÁNDEZ, G.: *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*, Hispalex, Sevilla, 2014.
MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A.: *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013.
NIETO DELGADO, C.: «El incierto estatuto jurídico del mediador concursal», http://www.eleconomista.es.
ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: «Mediación concursal tras la nueva ley de emprendedores», http://www.legaltoday.com.
ORTUÑO MUÑOZ, P.: «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Revista Jurídica La Ley*, 22 de abril de 2013.
PEÑA YÁÑEZ, M. A.: *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013.
PEREIRA PARDO, M. C., BOTANA CASTRO, V. y FERNÁNDEZ MUIÑOS, B.: *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Dykinson, Madrid, 2013.
PÉREZ MARTEL, R.: *Un programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*, Valencia, 2012.
PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: «Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Estudios de Derecho mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-136.
— «El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la *Ley de Mediación* y en el *Reglamento* que la regula», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 11, La Ley, Uruguay.
PRATS ALBENTOSA, L.: «La mediación (pre)-concursal», La Ley, 06/03/2014, pp. 1-20.
QUINTANA GARCÍA, A.: «El papel de las instituciones de mediación», www.lawyerpress.com, 27 de abril de 2013.
RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «Se regula la mediación civil y mercantil y sus efectos, por el Real Decreto-Ley 5/2012 del 2 de marzo», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, pp. 15-17.
SÁNCHEZ-PEDREÑO: «La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos», *El Notario del Siglo XXI*, cit., julio-agosto 2011, pp. 30 ss.
SOLETO, H. (dir.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.
VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dir.): *Prácticum mediación*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
VÁZQUEZ, LÓPEZ, E.: «Euromediación on line. La mediación por medios electrónicos», bdrandmed.com/wp-content/.../Euromediación_online-2013.
VVAA: *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades* (dirs. Sáez Hidalgo, C. y Dorrego de Carlos, A.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
— *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura N. Scannicchio, Bari 2007, Cacucci Editore.
— *Practicum mediación* [Vázquez Castro, E. (dir.); Fernández Canales, C. (coord.)], Cizur Menor, 2014.
ZAERA NAVARRETE, J. I., MONZÓN JOSÉ, B. y OLMEDO BUTLER, M. T.: *Guía práctica de mediación. 100*

preguntas y respuestas para abogados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
— *Guía Práctica de Mediación*, Valencia, 2013.

CAPÍTULO VII

TÉCNICAS DE MEDIACIÓN Y HABILIDADES SOCIALES Y COMUNICATIVAS

FRANCISCA EXPÓSITO JIMÉNEZ
Catedrática de Psicología Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IMPORTANCIA DEL MEDIADOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN. 3. CARACTERÍSTICAS DEL MEDIADOR. 4. HABILIDADES SOCIALES Y COMUNICATIVAS. 5. HABILIDADES DEL MEDIADOR Y LA COMUNICACIÓN VERBAL. 5.1. *La escucha activa.* 5.2. *Reenmarcación de frases negativas*. 5.3. *Habilidad de realizar preguntas*. 6. HABILIDADES SOCIALES Y LA COMUNICACIÓN NO VERBAL. 7. HABILIDADES SOCIALES Y SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN. 7.1. *Generar un buen* rapport. 7.2. *Expresar sentimientos negativos/quejas/críticas.* 7.3. *Asertividad*. 7.4. *Equilibrar el poder*. 7.5. *Gestión de la ira*. 7.6. *Resolver el estancamiento y velar por el proceso de mediación*. 8. EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Se han generado una gran variedad de conceptos y terminología relacionados con la mediación, como son: estrategia, táctica, técnica, habilidades del mediador. Son en definitiva términos que se usan de manera intercambiable para referirse a las herramientas que el mediador usa en su trabajo diario cuando se enfrenta a las partes en conflicto y con el propósito de ayudarles a resolverlo.

— ¿*Qué es una técnica*? Las técnicas son comparadas a los vehículos que contribuyen o ayudan al grupo a moverse hacia sus metas. En la literatura encontramos diversas definiciones del concepto. Así, por ejemplo, para Rossell (1993) se trata de la utilización consciente e intencionada de conocimientos, procedentes de la teoría, de la experiencia y de otras fuentes de información, que el mediador puede transformar en conducta mediante la relación que establece con el cliente. Para Pérez (1993), la técnica representa la manera de hacer efectivo un propósito bien definido. Indica el modo o la forma de actuar efectiva para alcanzar una meta. O, por último, «el modo específico en que un principio es aplicado» (Moix, 1991: 366).

— ¿*Qué es una habilidad*? La mediación eficaz depende de una gran cantidad de factores de índole muy variada (hostilidad de las partes, recursos afectados por el conflicto, características de las partes, así como de la relación que se ha establecido entre ellas). Pero el conocimiento de todas estas variables no sirven de mucho si el mediador no cuenta con las técnicas adecuadas que tiendan a favorecer un clima que

permita que las partes estén más dispuestas a colaborar que a competir (Krassel y Pruitt, 1989). En este bloque estarían las técnicas y habilidades del mediador, entre las que destacan las habilidades de comunicación, por un lado, y las de manejo de la situación o habilidades sociales e interpersonales, por otro. Nos ocuparemos de algunas de ellas más adelante.

2. LA IMPORTANCIA DEL MEDIADOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

En todas las definiciones que se ofrecen sobre la mediación, la extensión que ocupa la definición del mediador es escasa, limitándose a indicar que del mediador se requieren tres características fundamentales: la imparcialidad, la neutralidad y la falta de poder de decisión.

Pero también es cierto que las definiciones propuestas resaltan cómo debe proceder el mediador para llevar a cabo el proceso de mediación, y esto no son otra cosa que habilidades que el medidor necesita para hacer su trabajo.

Así, por ejemplo, cuando se habla de que la mediación es un proceso participatorio y consensual, lo que se está resaltando es la capacidad dinamizadora del mismo para dirigir el proceso, animar a las partes a participar en la solución de sus conflictos para que lleguen a acuerdos de manera consensuada. Para eso es necesario dar y recibir información. Según la Real Academia de la Lengua, consenso es «acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos». La principal técnica que podemos poner en marcha para llegar a un consenso entre las partes es la comunicación.

Las habilidades de comunicación del mediador les van a servir de instrumento para conseguir dirigirse por las distintas fases de la mediación. Así, por ejemplo, el mediador tiene que servir de guía a las partes para poder cumplir con éxito la tarea: conseguir que las partes en conflicto estén dispuestas a olvidar sus posiciones iniciales y a buscar un punto de acuerdo que sea satisfactorio para ambas.

Las habilidades del mediador son esenciales en las distintas fases de la mediación. Así, por ejemplo, la primera fase hace referencia a la forma en la que las partes se ponen en contacto con el mediador, que puede variar dependiendo de si es una iniciativa particular o si vienen derivados de otros servicios (asistenciales, judiciales, etc.). Tanto en un caso como en otro, el mediador debe utilizar esta fase para dar información de qué es el proceso de mediación, objetivos que persigue, ventajas y, sobre todo, las condiciones a las se comprometen las partes si aceptan la mediación. Podríamos decir que se llega a firmar un contrato de mediación, en la mayoría de los casos más simbólico que real, entre el mediador y las partes. En esta fase cobran especial importancia las habilidades sociales y de comunicación del mediador.

En la fase de recogida de información, las partes ofrecen datos necesarios para que el mediador pueda hacerse una idea sobre lo que va a versar el proceso. Esta fase puede durar tanto como el mediador considere necesario para preparar el proceso de

negociación. Es esencial para que el mediador sea aceptado por ambas partes y para demostrar las dos características esenciales para esta aceptación: la *competencia* y la *imparcialidad*.

En las fases siguientes se identifican los puntos concretos sobre los que se requiere llegar a acuerdos y que van a constituir el plan de trabajo. El mediador deberá detectar y recoger los puntos a tratar y establecer un plan de trabajo ajustado a la consecución de los objetivos. Esto es muy importante porque fijar un orden y seguirlo asegura que los interesen de ambas partes estén garantizados. Es el mediador el que establece el proceso y el que vela por su cumplimiento. De nuevo la competencia y las habilidades del mediador son esenciales en la consecución de esta tarea.

En la fase de negociación propiamente dicha es donde las habilidades del mediador cobran mayor relevancia, haciendo que su estilo de dirección del proceso llegue a buen puerto. En esta fase el mediador pasa a usar la herramienta de la negociación propiamente dicha: se generan ideas, se comparan, se valoran los pros y las contras de cada opción y se opta por aquella que aporte las mayores ganancias para ambos y minimicen las pérdidas. De esta manera progresiva, en función de la importancia del tema a tratar, se van cerrando acuerdos parciales. Por último, se repasan los acuerdos adoptados en cada una de las sesiones de trabajo previas, se hace un acuerdo final que incluya todos los acuerdos y se cierra el proceso.

3. CARACTERÍSTICAS DEL MEDIADOR

Existen una serie de características personales que son recomendables en el mediador: la originalidad, el sentido del humor, espontaneidad, autocontrol. Así como otras de carácter formativo, como es el dominio de habilidades de comunicación, manejo de técnicas de resolución de conflicto, habilidades sociales, etc. Según Moore (1986), el principal factor de aceptabilidad de un mediador en una situación en disputa es la habilidad que tenga para establecer una relación con las partes y que sea aceptado por ambos. Esto se conoce también como *rapport*. La aceptación del mediador por las partes en conflicto está determinada en parte por cuestiones éticas y que se ponen de manifiesto en las muestras de imparcialidad, control del poder y capacidad de fomentar el acuerdo mutuo.

El medidor debe usar sus técnicas y habilidades para llevar a cabo una serie de tareas que son esenciales y que lo diferencia de cualquier otro proceso:

Controlar las emociones. Para ello debe:

— Identificarlas (según el tono de voz, conducta no verbal, etc.).

— Emplear la escucha activa (descifrar el mensaje, su contenido emocional y reformularlo) para asegurarse que quien exprese la emoción se sienta comprendido.

— Controlar la escalada de emociones, inevitable a veces cuando se abordan aspectos de la vida que son muy importantes, evitar ataques personales y descalificaciones, culpar al otro, etc.

— Hacer que las partes se centren en las emociones acerca del conflicto y no en

las personas.

Corregir las percepciones erróneas de una parte respecto a la otra. Para ello debe:

— Hacer que se identifiquen los puntos en común. Podemos pensar a priori *que no existen, pero nos iremos dando cuenta, a medida que el proceso avanza, que tienen más en común de lo que ellos mismos imaginan. Reforzar estas situaciones.*

— Utilizar el mismo lenguaje, constructivo. El medidor deberá ayudar a las partes a usar una forma adaptativa y constructiva de comunicación.

— Reconocer que tienen algo en común: un problema que les afecta a los dos. Esta estrategia es muy útil para desatascar determinadas situaciones que impiden avanzar en el proceso.

— Centrarse en los beneficios del acuerdo. Esto es fundamental, la mediación es una herramienta que permite que todos ganen, y minimizar las pérdidas.

— Legitimidad. Consiste en hacer que cada parte acepte al otro, a sus intereses y emociones como válido. Las técnicas de inversión de roles y las habilidades sociales son fundamentales para garantizar el éxito de esta tarea.

— Mejorar la comunicación entre las partes.

— Ajustar la imagen que cada uno tiene del otro haciendo hincapié en que no es el enemigo, sino alguien a quien necesitas para solucionar tu problema.

— Confianza. Restablecer la confianza mínima entre las partes y corregir percepciones erróneas.

El mediador ha tratado durante todo el proceso de generar un clima en el que se consiga una alianza entre las partes y en el que el elemento clave sea la confianza plena entre ellos. Para lograrlo, hay que compartir información, desdramatizarla, ponerla en perspectiva, generar seguridad en la posibilidad de alcanzar otras situaciones más favorables, etc.

Se trata de conseguir establecer un clima de confianza en el que se puedan llevar a cabo diálogos informales, despertar un grado aceptable de preocupación por lo que le ocurre a la otra parte, y no sólo ver nuestro problema y nuestro propio interés. Hacer alguna broma que ayude a las partes a rebajar su nivel de tensión y que confíen en el mediador como alguien experto que sabe hacer su trabajo, y guiar el proceso, para llevarlo a buen fin.

Sobre todo se trata de ofrecer apoyo en todo el proceso para que las partes, que suelen venir dañadas, sean capaces de restablecer la confianza en sí mismos y después en el otro.

En definitiva, la principal tarea del mediador es: intentar corregir el mensaje *(lo que se dice y cómo se dice),* cambiar la recepción *del mismo (cómo se interpreta), y concretar las* condiciones más adecuadas para su entrega *(dónde, cuándo, a quién, etc.).*

4. HABILIDADES SOCIALES Y COMUNICATIVAS

Somos seres sociales y necesitamos estar en relación con los demás para satisfacer nuestras necesidades más esenciales: apego, efecto, realización personal, reconocimiento de la valía, etc. Para todo ello son necesarias las habilidades sociales, y más concretamente las habilidades de comunicación. Cuando nos comunicamos transmitimos ideas, sentimientos, intenciones y emociones, pero en ocasiones no lo hacemos de manera conveniente y produce el efecto contrario al deseado. El origen de muchos conflictos está precisamente en un déficit en la comunicación: en qué se dice (o se omite), en cómo se dice y en el momento en el que se dice. El mediador debe preparar y prepararse escrupulosamente para un proceso en el que, como señala Carnevale y Pruitt (1992), dependemos de múltiples factores: hostilidad entre las partes, la motivación para proteger la relación, la propia relación entre ellas, la asimetría de poder, los recursos, etc. Todo esto va a ser decisivo para el éxito o fracaso del proceso de mediación.

La comunicación se define como todo acto de emisión y recepción de mensajes y que tiene la capacidad de ejercer algún tipo de influencia en el otro. Es decir, la comunicación debe servir necesariamente para modificar la postura de los interlocutores (De Diego y Guillén, 2010).

El resultado de la comunicación por tanto no es lo que el emisor dice, sino lo que el receptor entiende. En situaciones de conflicto, este proceso suele estar contaminado con antecedentes del pasado, con experiencias previas de errores en la comunicación, distorsiones, etc. Los interlocutores además siempre responden a múltiples elementos. En este proceso es probable que se den errores de codificación, transmisión o descodificación del mensaje. Una de las mayores interferencias en la comunicación oral es la comunicación no verbal. Nuestro cuerpo habla por nosotros y causa en el interlocutor una impresión que genera una impronta de la que es difícil deshacerse. Es lo que en psicología se llama el *efecto de anclaje* (Kanhmena y Tversky, 1982). El problema de usar este ancla, por ejemplo, quedarnos con la peor imagen que tenemos del otro, o incluso, usarnos a nosotros mismos como ancla, es que nos lleva a cometer errores en las atribuciones del comportamiento del otro, y por tanto afecta a nuestras decisiones (Gaviria y Del Prado, 2013).

5. HABILIDADES DEL MEDIADOR Y LA COMUNICACIÓN VERBAL

Siguiendo a Munduate y Martínez (1998), la tarea fundamental en mediación es utilizar el lenguaje verbal para dar y recibir *feedback*. Mediante este proceso damos la información que garantice al emisor que lo hemos recibido (y en qué términos).

En mediación, el proceso de comunicación ha de garantizar su fin último: transmitir un mensaje y que el receptor lo reciba lo más nítidamente posible. El mediador debe tener ciertas habilidades conversacionales o de comunicación que pasan por: hacer preguntas, escucha activa, dar información adicional, controlar la información personal y superflua, saber cambiar de tema, tomar y ceder la palabra, y cerrar una conversación.

Mediante entrenamiento con modelado y reforzamiento el mediador va dirigiendo la conversación, haciendo hincapié en todos los elementos que garanticen que el mensaje se da y se recibe. Debe reforzar el que cedan la palabra, controlar el tiempo de uso de la palabra, enseñarles la importancia de los mensajes tipo «yo», pedir aclaraciones sobre cuestiones dudosas, saber cambiar de tema, etc. En definitiva, entrenarles las habilidades de conversación más elementales. Sólo así las partes podrán restablecer su capacidad para comunicarse de manera efectiva.

Hay que evitar convertir la conversación en un interrogatorio: *evitar preguntas cerradas*. La clave está en dar información adicional y gratuita, permitiendo así que se genere un clima de confianza en el que la información fluye. Suele ocurrir que las personas tienen problemas que son reforzados por otros, sobre todo cuando se trata de conflictos de pareja (familia). Con frecuencia nos encontramos a una parte que no habla mucho porque la otra parte tiene siempre la palabra y no hace preguntas, o no cambia de tema, o no escucha, etc. Esto hay que observarlo y corregirlo. El mediador ejerce de modelo e insiste en la necesidad de cambio de algunas de las fórmulas de conversación que la pareja tiene establecidas.

Veamos algunas de las habilidades comunicativas más importantes en mediación.

5.1. La escucha activa

Es una habilidad que puede practicarse y mejorar. Van der Hofstandt (1999) la define como: «El esfuerzo físico y mental de querer captar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través de la comunicación no verbal y verbal que realiza el emisor e indicándole mediante retroalimentación la que cree que hemos entendido». Cuando se utiliza esta técnica se genera un ambiente que favorece que las partes sean atendidas en sus necesidades o posiciones, facilitando que fluya la información y genere un diálogo eficaz (Carnevale e Isen, 1986). Con ella el mediador lo que hace es resumir lo que ha dicho una parte, incluyendo en el resumen cómo se siente la persona respecto a lo que ha dicho. De esta manera el mediador muestra su capacidad empática a ambas partes, y sobre todo, acepta lo que la parte dice y siente, sin juzgar. Esta técnica también conocida como parafrasear o paráfrasis, contribuye a desatascar en ocasiones relatos que cuesta a las partes expresar.

Para una escucha eficaz necesitamos:

— *Ser conscientes del otro*. Esforzarnos por atender lo que el otro dice, cómo lo dice, qué emoción siente.

— *Hacerse preguntas*. Obtener toda la información posible. A veces, las personas tienen dificultades para comunicar estados emocionales, o reconocer acciones o pensamientos por miedo o vergüenza. No emitimos juicios.

El proceso de escucha activa ha de cumplir dos propósitos: *a*) captar el mensaje y reflejarlo a la otra persona en cuanto a contenido (lo sustancial); *b*) atender a los

sentimientos y emociones relacionados con el mensaje (cómo lo dice).

La escucha activa tiene múltiples beneficios según De Diego y Guillén (2010), como son: mejora el conocimiento que tenemos del otro, relajamos situaciones de tensión, logra mayor cooperación, nos deja más tiempo para pensar (porque habla el otro), conseguimos acuerdos con mayor rapidez, y sobre todo, nos da seguridad a la hora de tomar decisiones porque sabemos por qué lo hacemos.

La paráfrasis ayuda a quien ofreció la información a puntualizar y corregir el mensaje, de manera que quien habla se siente escuchado, valorado y comprendido porque se incluye además sus sentimientos. La persona que lo escucha (la otra parte) puede estar en condiciones de saber, igual por primera vez, cómo se siente el otro y por qué. No olvidemos que en muchas ocasiones, cuando tenemos un conflicto con alguien, nos enzarzamos en conversaciones inútiles, en las que cada uno dice lo que tiene que decir pero sin ser escuchado por el otro que está preparando su discurso, o incluso algo peor, lo ha interrumpido en varias ocasiones para mostrarle su desacuerdo con lo que dice, por lo que no se ha producido la comunicación.

¿Qué debemos hacer para poner en práctica la escucha activa? (De Diego y Guillén, 2010):

— *Mostrar interés*. Dar señales verbales y no verbales de que nos interesa su mensaje.

— *Clarificar*. Hacer claro el mensaje, comprensible. Hacer preguntas que contribuyan a ello, ahondar en detalles, los motivos, etc.

— *Parafrasear*. Recoger el mensaje y devolvérselo con nuestras propias palabras para comprobar que realmente lo hemos comprendido.

— *Resumir*. El mediador debe sacar un resumen del mismo en el que lo predominante sea «qué quieres realmente decir».

5.2. Reenmarcación de frases negativas

O como también se conoce a esta técnica, reformulación o reencuadre, consiste en eliminar los comentarios dañinos mediante el uso de la paráfrasis. Con la técnica del reencuadre el mediador controla la dinámica (Butts, Munduate Baron y Medina, 2005) evitando que determinados comentarios fuera de tono puedan dar al traste con el proceso.

En situación de negociación es bastante frecuente que se haga algún comentario negativo. Es una situación de tensión en la que están en juego cuestiones importantes y la tensión se desborda. Lo más frecuente en estos casos son ataques personales, insultos o descalificaciones, reproches, etc., que suelen ir dirigidos a la otra parte, aunque a veces son comentarios negativos de la vida en general, en abstracto, o incluso al mediador. La reenmarcación puede ser muy útil para controlar una escalada de ira. Pero, sin duda, es una excelente técnica con un alto contenido pedagógico para enseñar a las partes cómo es posible expresar lo que se piensa sin hacer que el que escucha se sienta incómodo, atacado o culpable. El mediador, al limpiar de «ruido» el

mensaje, hace que se resalten mejor los verdaderos intereses, o temores, de manera que estamos en mejores condiciones de dialogar porque obtenemos información rica en contenido útil.

Como ocurría con otras técnicas, esta también puede servir al mediador para desviar el tema hacia otra cuestión si se vierten en el mensaje aspectos negativos que claramente indican que quizás ese tema hay que trabajarlo más antes de ponerlo en común, por ejemplo para frenar la escala de emociones negativas.

5.3. Habilidad de realizar preguntas

Una buena pregunta es la base de toda intervención eficaz. El mediador necesita averiguar sobre los procesos mentales de las partes, atento a cualquier pista que le haga vislumbrar qué quiere conseguir del otro, qué oculta o qué teme. El arte de preguntar consiste en utilizar esta técnica para obtener información que necesita sin convertir la interacción en un interrogatorio.

Recordemos cómo es un interrogatorio: cómo están situadas las partes implicadas, la actitud del interrogado, la actitud del interrogador, el uso del lenguaje, tono de voz, o la comunicación no verbal. Bien, pues eso es lo que *no se debe hacer* nunca en mediación. Pese a que la función de la pregunta puede ser la misma en ambos casos (obtener la información), la actitud y estrategias no coinciden. En el interrogatorio (policial, de selección, comercial, etc.) la actitud es coercitiva, mientras que en la mediación ha de ser reflexiva, cooperativa.

La pregunta es útil porque apela a pensar y puede determinar hacia donde debemos dirigirnos en el proceso de mediación. Con la pregunta el mediador necesita: información adicional a algo que ya sabe, conocer los intereses de las posiciones adoptadas por las partes, conocer los sentimientos de las partes, conocer los obstáculos o resistencias de las partes, etc.

En ocasiones es bueno comenzar con preguntas abiertas para facilitar introducir los temas de interés, pero en otras quizás conviene las respuestas cerradas para acotar más. Las que más contribuyen a este fin son: *¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?*

Las preguntas abiertas son aquellas que obligan al receptor a compartir más información. Estas preguntas pueden ser personales, lo cual puede dar la impresión al receptor que es interesante para el mediador, que le importa su opinión respecto a los temas a tratar. Este tipo de preguntas abiertas personales puede ser una táctica útil cuando queremos que la parte opuesta «conozca» un poco más a su oponente. Con ello se ayuda a descubrir la parte humana que lo acerca más al otro (reduce la distancia entre ellos y corrige las distorsiones que uno tiene del otro). Recordemos las principales tareas que ha de hacer el mediador en apartados anteriores.

Por ejemplo: *¿Qué sentiste cuando te planteaste la posibilidad de no estar con tus hijos cada día cuando se van a la cama y piden el besito de buenas noches?*

Es muy bueno usar la pregunta para acercar a las partes en aquellos aspectos que consideramos tienen en común: intereses, temores, puntos de vista, etc. Sobre todo, si los motivos son positivos, en este caso hay que reforzarlo mucho. Por ejemplo:

¿Ambos estáis muy preocupados por mantener una relación cordial por el bien de vuestros hijos, no es así?

Todo ello contribuye a promover un buen clima de trabajo y un foro neutral en el que la información fluye. Es una herramienta útil para tener la certeza de que vamos bien orientados en nuestras percepciones.

Por ejemplo: *Me ha parecido notar que son capaces de comunicarse mejor, ¿usted qué cree?, ¿estoy en lo cierto?*

Con una buena técnica de preguntas se consigue mantener la atención sobre un tema y generar pensamiento sobre él, dirigir el curso de la conversación y llevar a las partes al lugar donde pretendemos llegar. Al preguntar, el mediador también proporciona a las partes un plan de lo que intenta obtener en el proceso de mediación, está dirigiendo el proceso.

El mediador puede empezar con preguntas situacionales (oír la perspectiva de ambos). De esta manera se irá ganando la confianza de las partes, aumentando su autoestima y mejorando su imagen. Este tipo de preguntas aporta información valiosa. Pero también por este motivo el mediador debe estar atento a cualquier reacción que provoque en el receptor. Y si lo ve necesario, cambiar de tema.

6. HABILIDADES SOCIALES Y LA COMUNICACIÓN NO VERBAL

Son muchos los estudios que señalan la importancia de la conducta no verbal, concretamente la fidelidad con la que expresamos a través de la expresión gestual. Una simple expresión contiene más contenido que un discurso verbal bien argumentado (Ovejero, 2000).

La comunicación no verbal proporciona una información más fiable que la verbal. Según numerosos estudios, de toda la información que se transmite en un acto de comunicación, tan sólo un 10 por 100 llega a través del contenido verbal y el otro 90 por 100 lo transmitimos de manera no verbal. Muchos de estos parámetros los captamos casi de manera imperceptible. Por eso debemos ejercitarnos en determinar los siguientes aspectos:

— *La voz*. Detectar matices en el tono, timbre, ya que esto nos dará información útil sobre cómo se siente, su estado de ánimo, etc. Tono de voz, velocidad del habla, altura de voz, dicción, etc.

— *La expresión facial*. La cara es el espejo del alma. ¿Qué elementos nos transmite más información de la cara? Las cejas, la boca, la nariz, el color de nuestras mejillas.

— *La mirada*. Es una cuestión generalizada la dificultad que tenemos para mantener el contacto ocular. Solemos transmitir muchas emociones a través de los ojos y por tanto resulta difícil controlar estas emociones si no somos capaces de mirar a los ojos del otro y mantener el contacto ocular.

— *La zona proximal*, la postura corporal, en definitiva cómo usamos el cuerpo, es muy importante en la comunicación, y pese a su importancia, muchos de nosotros no

somos conscientes de la existencia de este lenguaje sutil pero riquísimo y que resulta de gran utilidad en múltiples contextos de nuestra vida y sobre todo en una negociación (Ovejero, 2004).

7. HABILIDADES SOCIALES Y SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

7.1. GENERAR UN BUEN *RAPPORT*

Usamos este término para hacer referencia a la capacidad de comunicarse libremente, al nivel de comodidad de las partes, el grado de precisión en la comunicación y a la calidad de contacto humano (De Diego y Guillén, 2010).

Igual que hemos comentado antes la importancia de los códigos lingüísticos no verbales, en este caso el tono de voz del mediador, la forma de expresarse, el aspecto físico, la calidad de contacto humano que muestra, es sin duda importante para que se establezca un buen *rapport*. Los mediadores deben estar atentos a todas las emociones que muestran las partes para poder prevenir e intervenir. ¿Cómo?

1. Identificando y reconociendo las emociones.
2. Diagnosticándola. Tratando de encontrar qué la ha causado para tenerla controlada.
3. Elegir una estrategia adecuada de intervención que ayude a las partes a gestionar ese sentimiento sin que se rompa el clima conseguido.

Los mediadores deben estar atentos a la expresión de emociones porque ésta puede alterar la relación si no se controla adecuadamente. La comunicación no verbal es muy útil (tono de voz, gestos faciales, cambio de postura corporal, movimientos con las manos, etc.). La mediación es una estrategia de gestionar conflictos y en éstos siempre hay mucha carga emocional. Las emociones están íntimamente unidas a los conflictos. La escucha activa es útil para hacer salir esas emociones y evitar las escaladas descontroladas.

7.2. EXPRESAR SENTIMIENTOS NEGATIVOS/QUEJAS/CRÍTICAS

La capacidad para expresar emociones es un déficit casi generalizado en una sociedad como la nuestra. Hay personas que no pueden expresar emociones y por tanto no pueden tener capacidad empática.

Si expresar emociones es importante, controlar las emociones negativas es una tarea fundamental. Hay que frenar la escalada de emociones negativas que se disparan ante un conflicto. Veamos cómo podemos conseguirlo.

Tenemos que detectar la emoción negativa y pararnos a pensar «qué siento y por qué» y sobre todo «¿cómo puedo hacer para dejar de sentir esto?». Sólo si nos

centramos en esa emoción negativa para neutralizarla, conseguiremos nuestro objetivo. No vamos a conseguir nada gritando al otro lo mal que estamos. Sólo si somos capaces de expresar frases del tipo: «estoy mal porque […] cada vez que […] yo siento […]», el otro podrá estar en condiciones de cambiar algo. O al menos de saber por qué estamos mal. Piensa además que si quieres algo, tienes que pensar en cómo conseguirlo, en cómo pedirlo y además elegir el momento.

El momento adecuado es importante para poder comunicar lo que queremos sin interferencias ni interrupciones. Ambas partes han de estar en condiciones óptimas de poder ejercitar las habilidades básicas de la mediación: dar información y recibirla. Quizás cuando estamos experimentando estados emocionales negativos no sea el mejor momento de iniciar un diálogo con el otro para tratar de resolver algo.

Una vez que hemos decidido expresar la emoción negativa, hemos de reforzarlo mucho. Comenzar reforzando los avances logrados, el esfuerzo que se ha hecho para conseguir resolver el problema, etc. Todo ello hace que el receptor esté más predispuesto a escuchar y hacer algo por cambiar.

Y acabamos con una descripción concreta y concisa de cómo queremos o pensamos que podríamos resolver esta situación. ¿Cómo?, con sólo tres pasos:

a) Expresar los propios sentimientos. Expresar las emociones negativas en primera persona haciéndote responsable de ello. «Yo me siento mal por […] yo siento rabia cuando […]». Y nunca con mensajes TÚ: «tú me cabreas, tú me provocas, tú me pones nervioso...», etc.

b) Sugerir el cambio. Sugerir y no exigir, como hemos comentado antes.

c) Reforzar de nuevo al otro por haber escuchado la petición que hemos hecho. Esto es mucho mejor y más eficaz si lo acompañamos con un compromiso de cambio por nuestra parte.

Escuchar las quejas es prestar atención a quien las expresa y mostrarle nuestra disposición a colaborar en la solución de las mismas.

7.3. Asertividad

Es la capacidad para comunicar a los otros nuestras posturas, opiniones, creencias de manera eficaz sin sentirse incómodo ni culpable.

Como cualquier otra habilidad, la asertividad se puede entrenar y perfeccionar. El entrenamiento de toda conducta pasa por tres pasos fundamentales: *a*) toda conducta puede modificarse si antes se identifica como aquella que genera malestar en determinadas situaciones; *b*) una vez identificada, se enseñan alternativas de respuesta que normalmente emite, o no, que le hace sentir mal. Se trata de reforzar una conducta dirigida a expresar sentimientos y deseos de forma clara y directa y sin agredir a los demás; *c*) reforzar la emisión de conductas asertivas tratando de eliminar las creencias que mantenía su conducta anterior.

En líneas anteriores se ha descrito qué es la asertividad y los rasgos que caracteriza

este estilo de comportamiento. Veamos ahora los otros dos:

— *Estilo agresivo*: tendencia al ataque, enfrentamiento, amenaza, sin tener en cuenta los deseos de los demás. Son personas que suelen conseguir lo que quieren por la fuerza, por su violencia (y esto a veces resulta reforzante). Las consecuencias más inmediatas de este tipo de manifestaciones comportamentales es el aislamiento, ya que la mayoría de la gente los evita.

— *Estilo pasivo*: dejar que los demás abusen de nosotros, mostrarse débiles, vulnerables, no siendo capaces de negarse a nada por miedo al rechazo y sintiendo culpa si antepones tus necesidades a los de los demás. Este tipo de personas tampoco son felices, porque acumulan mucha frustración al ver que sus necesidades no se satisfacen y porque además ellos mismos no se respetan. Al final, si bien no son rechazados, tampoco son valorados ni respetados por los demás.

7.4. Equilibrar el poder

El mediador tiene que garantizar un equilibrio en las partes para poder empezar a negociar. Cuando existe un desequilibrio que pueda afectar a la parte más débil no es adecuado usar la mediación (Welton y Pruitt, 1989). Se puede tener asimetría de poder de muchos tipos: autoridad, control de los recursos, clase o estatus, edad, la capacidad de negociar o comunicar, capacidad de influir en los demás, incluso el género, etc.

El poder puede ser definido como la capacidad de influir en los otros. Alguien tiene poder cuando tiene la capacidad de moldear la conducta del otro (Raven y Rubin, 1983). Una de las definiciones más clásicas del poder es la de Dahl (1957), quien considera que una persona tiene poder sobre otra en la medida que puede conseguir que ésta haga o deje de hacer algo que de otro modo no haría.

El poder es por tanto relacional y surge de la dependencia de los recursos, que puede ser tanto de tipo tangible (el salario, el trabajo, la casa, etc.) como intangible (información, habilidades personales y sociales, afecto, etc.). Hay múltiples fuentes que hacen que las partes estén en asimetría de poder. Siempre y cuando el mediador las conozca y pueda controlar dichas asimetrías, la mediación será eficaz, en tanto en cuanto el mediador controle que el más poderoso no se aprovecha del débil. Una gestión adecuada del poder lo que nos garantiza es que, a pesar del desequilibrio, las partes puedan encontrar un espacio seguro de comunicación que garantice los intereses de ambas partes. El poder entre las partes implicadas en una negociación se establece por una dependencia mutua, donde el poder de una parte viene determinado por la dependencia de la otra parte sobre los recursos que la primera parte controla. Según Munduate (1992), cuanto mayor sea la dependencia de B respecto de A, mayor será el poder de A en la relación.

Imaginemos una pareja que acude a mediación porque la esposa ha sido infiel al marido y él no puede perdonar esa conducta y quiere poner fin a la relación. Ella tiene un sentimiento de culpa tan alto, que estará dispuesta a ceder en todo para lograr

acuerdos sin defender sus propios intereses.

En estos casos la intervención del mediador puede ser de dos tipos: *a*) dirigida a garantizar que los desequilibrios de poder no interfieran con los intereses de las partes y lograr una mediación eficaz; *b*) tratar de restablecer una simetría de poder entre las partes (aunque sea fuera de la mediación con sesiones privadas y asesoramiento para el más débil) para poder trabajar en igualdad de condiciones.

Este último caso sería deseable cuando la causa de la asimetría tiene que ver con el género y el poder lo tiene normalmente el varón por una socialización patriarcal.

En definitiva, la mediación tiene por objetivo garantizar un espacio seguro para las partes aun cuando existan diferencias de poder.

7.5. Gestión de la ira

La mediación es una negociación asistida (Butt *el al*., 2005) y jamás podemos empezar el proceso sin tener controladas las emociones, sobre todo la ira o cualquier emoción negativa intensa.

Ya en 1992, Thomas señaló la importancia del estudio de las emociones y la gestión de las mismas en procesos de negociación y conflicto. Primero debemos controlar las emociones y después pasar a la negociación (Brett, 2001).

Para Barry y Oliver (1996), la emoción ejerce una influencia determinante en el comportamiento de los negociadores y pese a ello ha sido un campo poco estudiado. Para muchos teóricos, la negociación se ha concebido como un proceso meramente racional, conducente a la toma de decisión sobre los mejores acuerdos posibles; sin embargo, no podemos obviar el hecho de que en la lucha por alcanzar resultados deseados por las partes en conflicto están también implicados factores cognitivos, motivacionales y emocionales (Forgas, 1998).

A partir de los años noventa, se han propuesto diferentes modelos que contemplan los procesos emocionales en la gestión del conflicto (para una revisión, véase el capítulo de Dorado, en Munduate y Medina, 2005). Todos estos modelos, en general, participan del interés en observar el impacto de las emociones en la gestión del conflicto y la negociación, aunque a diferentes niveles explicativos. Sin embargo, no han enfatizado en el papel de las emociones generadas por las partes en conflicto sobre la eficacia de la negociación, más allá de la afirmación de que existe una relación entre emociones positivas y comportamientos cooperativos, mientras que las emociones negativas se relacionan más con conductas menos integrativas (Thomas, 1992).

Cada una de las partes tiene diferentes formas de percibir, evaluar, exponer sus puntos de vista, expresar sus sentimientos y emociones. También van a mostrar formas diferentes al asumir el conflicto y la responsabilidad en cooperar para su resolución, porque cada cual tiene sus propios recursos de afrontamiento.

Cada una de las partes arrastra una serie de valores que son resultado de su proceso de socialización y desarrollo madurativo. Pese a que en determinados ámbitos de aplicación de la mediación (familia) nos encontremos con personas que

voluntaria y libremente decidieron unir sus vidas, pensando en el otro como su complemento perfecto, lo habitual es que cada una de las partes tenga sus propios valores, prioridades, formas de ver la vida con sus metas y expectativas, así como con diferentes ideologías y creencias. Muy probablemente siempre estuvieron ahí, sólo que no se habían hecho tan evidentes. Cuando surge un conflicto, uno trata de distanciarse del otro, y esto resulta más fácil si encontramos aquellas razones que nos separan en lugar de pensar en las que nos acercaron. En cierto modo, esta estrategia es adaptativa, puesto que reduce la disonancia cognitiva que genera hacer lo contrario de lo que pensamos o creemos.

Así, por ejemplo, la investigación en el ámbito de las relaciones interpersonales ha mostrado que las situaciones de conflicto de pareja pueden favorecer diferentes respuestas emocionales en hombres y mujeres. Concretamente, la dependencia emocional y las emociones experimentadas ante el conflicto predicen el modo en que cada miembro de la pareja gestiona el conflicto en la relación (Valor-Segura, Expósito, Moya y Kluwer, 2014). El conocimiento de toda esta información nos llevaría a estar en mejor disposición para conocer los intereses de cada parte, algo sumamente valioso en el momento de la negociación.

El principal problema que se debe plantear el mediador es abordar una emoción negativa de gran intensidad o incluso la más frecuente en situación de conflicto: la ira.

Entre las múltiples técnicas que el mediador puede utilizar para detener la emoción negativa se encuentra: hacer descansos, sesiones privadas, normalizar los sentimientos negativos de manera controlada, etc. Un proceso guiado por una emoción negativa es un fracaso absoluto. Cuando predomina una emoción negativa, se bloquean la capacidad de ser creativo y de cooperar (Dorado, Medina, Munduate, Cisneros y Euwema, 2002).

7.6. Resolver el estancamiento y velar por el proceso de mediación

No siempre el proceso de mediación es fácil. A pesar de haber hecho una buena preparación, se puede producir una situación de estancamiento. Cuando esto ocurre, el mediador debe utilizar todos los recursos necesarios para avanzar en el proceso.

La *creatividad* del mediador en este punto es su principal aliado, junto con su *pericia*. El mediador puede dar un giro al proceso tratando de obtener más información a través de las partes, variando el interés de las mismas hacia otro tema menos escabroso o haciendo una interrupción temporal de la mediación para que las partes recapaciten.

El *sentido del humor* y la *paciencia* son habilidades necesarias en el mediador. La primera porque ayuda a romper la tensión que se genera en muchas ocasiones cuando vemos a las partes en posición de hielo, sin moverse e inexpresivos. La segunda es necesaria para no anticipar una solución a las partes de manera precipitada. Antes de eso tendríamos que llevarlos a situaciones más extremas. Por ejemplo, y siguiendo a Fisher, Urry y Patton (1998), podemos llevarlos a imaginar cuál sería su mejor

alternativa a un acuerdo negociado (MAAN) o su peor alternativa (PAAN). Con esto lo que el mediador pretende es hacerles reaccionar para poder seguir con el proceso.

Si el mediador no es paciente y ante el primer parón da soluciones a las partes, puede correr el riesgo de no ayudar a que éstas busquen «su» solución; o equivocarse, por no disponer de toda la información necesaria para proponer acuerdos prematuros; anteponer los intereses de uno frente a los del otro, al no haber dejado tiempo a las partes para exponer sus verdaderas posiciones y los intereses que subyacen a ellas, o incluso que las partes adopten la solución del mediador pero no la «suya propia», con lo que la probabilidad de que no cumplan el acuerdo adoptado es muy elevada.

Si aun así el mediador considera que debe ofrecer algunas recomendaciones para salir de la situación de tensión, puede hacer como una lluvia de ideas, ofreciendo varias posibilidades para que las partes evalúen todas en cuanto a ventajas e inconvenientes. Se trata de conseguir con esta técnica dirigir la atención de las partes a una tarea de colaboración y cooperación y que olviden por un momento sus propios pensamientos y posiciones, que fueron los que los llevaron a la situación fija en la que habían caído.

8. EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Los resultados del proceso de mediación pueden ser muy variados. Desde el acuerdo de las partes hasta la decisión de optar por otra vía que les ayude a resolver el problema, como, por ejemplo, la vía judicial.

Pero, sea como fuere, las condiciones de las partes tras la mediación han variado, porque ha variado la información de las que disponían de la otra parte, de los sentimientos y emociones de la otra parte, de los intereses y necesidades de la otra parte.

Todo ello nos debe ayudar a la hora de evaluar la eficacia del proceso de mediación (Butt *et al*., 2005):

a) *La calidad del acuerdo adoptado*. Éste es sin duda el principal objetivo de la mediación, llegar a acuerdos duraderos y que beneficien a ambos. Para lograr un acuerdo, el mediador ha conseguido recuperar recursos valiosos para las partes, resolver aspectos importantes que subyacen al conflicto (intereses) y sobre todo ha logrado implicar a las partes en la consecución del acuerdo (cooperación).

b) *La relación entre las partes*. Se ha conseguido preservar la relación entre las partes porque se ha restablecido la habilidad de comunicación, herramienta necesaria para la resolución de conflictos. El mediador ha modelado sus interacciones, reforzando lo positivo y reformulando lo negativo mediante el *feedback* continuo. Las partes han sido capaces de comunicarse contenidos y emociones sin atacarse.

c) *Satisfacción con el proceso*. Esto es importante porque, independientemente de la satisfacción con la totalidad de acuerdos adoptados, las partes han de estar satisfechas con el proceso que han seguido. Sólo así la mediación habrá conseguido su propósito, elevarse como una herramienta útil en la resolución de conflictos.

9. BIBLIOGRAFÍA

BARRY, B. y OLIVER, R. L.: «Affect in dyadic negotiation: A model and propositions», *Organizational behavior and Human Decision Processes*, 67, 1966, pp. 127-143.

BRETT, J. M.: *Negotiating Globallly*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

BUTTS, T., MUNDUATE, L., BARÓN, M. y MEDINA, F. J.: «Intervenciones en mediación», en L. MUNDUATE y F. J. MEDINA (coords.), *Gestión del Conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid, 2005, pp. 265-303.

CARNEVALE, P. J. e ISEN, A. M.: «The influence of positive affect and visual Access on the discovery of integrative solutions in bilateral negotiation», *Organizational behavior and human decision Processes*, 37, 1986, pp. 1-13.

CARNEVALE, P. J. y PRUITT, D. G.: «Negotiaton and mediation», *Annual Review of Psychology*, 43, 1992, pp. 531-582.

DAHL, R. A.: «The concept of power», *Behavioral Science*, 2, 1957, pp. 201-215.

DE DIEGO, R. y GUILLÉN, C.: *Medición. Proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2010.

DORADO, M. A., MEDINA, F. J., MUNDUATE, L., CISNEROS, I. F. J. y EUWEMA, M.: «Computer mediaded negotiation of an escalated conflict», *Small Group Reseach*, 33, 2002, pp. 509-524.

FISHER, R., URRY, W. y PATTON, B.: *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, 4.ª ed., Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1998.

FORGAS, J. P.: «On feeling good and getting your way: Mood effects on negotiator cognition and bargaining strategies», *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, 1998, pp. 565-577.

GAVIRIA, E. y SILVA, M. DEL P.: «Cognición Social», en E. Gaviria, M. López, I. Cuadrado, *Introducción a la Psicología Social*, Editorial Sanz y Torres, Madrid, 2013, pp. 71-113.

KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A.: «The simulation heuristic», en D. Kahneman, P. Slovic y A. Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University Press, Nueva York, 1982, pp. 201-208.

KRASSEL, K. y PRUITT, D. G.: «Conclusion: a research perspective on the mediation of social conflict», en K. Kressel y D. G. Pruitt (eds.), *Mediation Research*, Jossey-Bass, San Francisco, 1989, pp. 394-43.

MOIX, M.: *Introducción al Trabajo Social*, Trívium, Madrid, 1991.

MOORE, C.: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1986.

MUNDUATE, L.: *Psicosociología de las relaciones laborales*, PPU, Barcelona, 1992.

— y MARTÍNEZ , J. M.: *Conflicto y negociación*, Eudema, Madrid, 1998.

OVEJERO, A.: *Ortega y la postmodernidad: Elementos para la construcción de una psicología postpositiva*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

— *Técnicas de negociación: cómo negociar eficaz y exitosamente*, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

RAVEN, B. H. y RUBIN, J. Z.: *Social Psychology*, Wiley, Nueva York, 1983.

ROSSELL, T.: *La entrevista en trabajo social*, Euge, Barcelona, 1993.

THOMAS, K. W.: «Conflict and negotiation processes in organizations», en M. C. Dunnette y L. M. Hough (eds.), *Handbook of industruial and organizational psychology*, Rand McNally, Chicago, 1992, pp. 651-717.

VALOR-SEGURA, I., EXPÓSITO, F., MOYA, M. y KLUWER, E.: «Don't leave me: The effect of Dependency and Emotions in Relationship Conflict», *Journal of Applied Social Psychology*, 17, 2014 (en prensa).

VAN-DER HOFSTADT, C. J.: *Habilidades de comunicación aplicadas (Guía para la mejora de las habilidades de comunicación personal)*, Promolibro, Valencia, 1999.

WELTON, G. L. y PRUITT, D. G.: «The mediation process: the effects of mediator bias and disputant power», *Personality and Social Psychological Bulletin*, 13, 1989, pp. 123-133.

PARTE SEGUNDA

LA MEDIACIÓN CIVIL

CAPÍTULO VIII

LA FAMILIA DEL SIGLO XXI

DIEGO BECERRIL RUIZ
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. ¿HAY NUEVAS FAMILIAS? 2. LEGISLACIÓN Y CAMBIOS FAMILIARES. 3. ESTRUCTURA E INDIVIDUO EN LOS COMPORTAMIENTOS FAMILIARES. 4. LAS NUEVAS RELACIONES. 4.1. *Las relaciones padres-hijos*. 4.2. *Las relaciones en la pareja*. 4.3. *Otras relaciones familiares e intergeneracionales*. 5. FAMILIAS CON FUTURO. 6. BIBLIOGRAFÍA.

El siglo XX ha conocido un proceso de transformaciones sociales, donde las instituciones han experimentado profundas variaciones tanto en sus formas como en sus contenidos esenciales. La familia, como elemento básico de la sociedad, no podía estar exenta de estas convulsiones.

Resulta clásico reconocer la realidad de cambio en la familia, pero es obligado, y el objetivo de estas páginas, preguntarse por su naturaleza. De entrada, una de las primeras dificultades que se plantean es la propia definición de la familia.

La familia se definía, tradicionalmente, por ser un matrimonio de varón y mujer. Ahora no es preciso estar casado para formar una familia, puede estar registrada como pareja de hecho o ni siquiera eso. El matrimonio puede ser de dos varones o de dos mujeres, e incluso puede no existir matrimonio ni pareja: un solo padre o madre forma una familia monoparental. Puede haber, asimismo, segundas nupcias, lo que origina una familia compuesta.

Respecto a la forma, los lazos que unen a los miembros son de muchos tipos, a veces de sangre, otros políticos, otros de adopción. Incluso hay autores que definen la familia por una afinidad sentimental que abriría un abanico demasiado amplio del concepto familiar. La presencia o no de hijos tampoco es un factor clave para definir la familia. Si antes el hijo era el «fruto» de un feliz matrimonio y la formación auténtica de una familia, en la actualidad aparece como una opción, pero no un elemento configurado definitivo. La familia se convierte así en un crisol de posibilidades.

Otra perspectiva es definir la familia por las funciones que desempeñe, si bien es verdad que la perspectiva funcionalista hace décadas que no vivió su esplendor. La teoría clásica señala las siguientes funciones básicas: socialización y educación; regulación sexual; reproducción social; y seguridad material y emocional. Si bien algunos autores defienden su vigencia, la mayoría reconoce el debilitamiento o desaparición de estas funciones en el ámbito familiar, que son compartidas con otras instituciones sociales (escuela, medios de comunicación, grupo de iguales, etc.), si no se han transferido completamente. Pensemos que la familia ha perdido, en gran

medida, una de sus grandes virtudes propias: el tiempo compartido en intimidad. Las comidas en torno a la mesa, las conversaciones personales o las actividades en común son cada vez menos frecuentes. El individualismo, las TIC personalizadas y los usos temporales-espaciales han dinamitado bastante la vida familiar.

De esta forma, es frecuente que donde antes se hablaba de familia, hoy se use el plural, familias, porque aun constituyendo una u otra forma, con unas u otras funciones, toda constitución quiere denominarse familia. Hasta cierto punto es curioso que no se rechaza el concepto, sino su visión patriarcal y tradicional. El resultado: la definición de familia se diversifica hasta el punto de ser una de las cuestiones más debatidas y polémicas. Ahora bien, el concepto debería utilizarse en singular, pues el plural sólo incluye un matiz ideológico o la presunción de que el singular es hegemónico. No tiene sentido. Por ejemplo, nunca se emplea economías; el concepto es economía, pero se sabe que ésta puede ser desde el comunismo más radical al capitalismo más salvaje. El singular es la denominación, al igual que política, educación, legislación, etc., y no indica ideología ni de un lado ni de otro.

1. ¿HAY NUEVAS FAMILIAS?

Salvo algunas excepciones, no encontramos hoy día comportamientos y estructuras muy diferentes a los registrados en otras épocas históricas. Siempre hubo madres solas con sus hijos, o viudas, o parejas homosexuales, e incluso han existido y existen formas familiares que en España, si se implantaran, serían nuevas pero no en el sentido histórico, como las familias poligámicas. Por tanto, ¿tiene sentido hablar, como muchas veces oímos, de nuevas familias o nuevas formas familiares?

En principio podemos afirmar que sí. Se conceptualizan como nuevas debido a distintos factores que permiten considerarlas como tales más allá de su existencia histórica. Son nuevas, en primer lugar, por su presencia cuantitativa: nunca en la historia de España hubo un número tan significativo de estas formas familiares como las hay actualmente, definiéndose además una tendencia a su crecimiento. Aunque no es sólo una cuestión cuantitativa, sino cualitativa.

La novedad de estas familias recae en la circunstancia de su diversidad y expansión entre todos los sectores sociales y circunstancias vitales. Ya no existe una determinación por sexo, edad, nivel educativo o clase social que condicione una determinada formación familiar; cualquier persona, en cualquier momento, puede crear cualquier forma. Si antes estaban sancionadas o eran propias de «clases bajas», como la cohabitación, se ha desintegrado todo prejuicio, y toda elección tiende a ser legítima y posible.

Precisamente la legitimidad de estas formas y su publicidad es otro rasgo nuevo. Toda familia se constituye y defiende como opción tan válida y legítima como cualquier otra, y obtiene regulación legal como vía máxima de reconocimiento social. La defensa igualitaria de las familias parte del entender, como novedoso cambio social, que cualquier familia es una concepción viable. Por ejemplo, ser madre soltera

o divorciada ya no es una situación que hay que «recomponer», es vivida y legitimada como válida, si bien el lenguaje aún atribuye un «rehacer la vida» cuando estas formas vuelven a un modelo tradicional de pareja. Esto deriva en que, dada su aceptación, las nuevas formas familiares no se oculten, sino que deseen y demanden su publicidad como vía de legitimación social.

La reivindicación, visibilización y admisión social de los diversos tipos de familias, especialmente los minoritarios, es objetivo de grupos sociales que tienen esta «nueva» labor en la sociedad del siglo XXI.

En definitiva, aunque hemos de admitir que las combinaciones familiares no son históricamente distintas a las que pudieran originarse en otras sociedades o tiempo, sí es posible conceptualizarlas como nuevas por toda una serie de rasgos que las hacen diferentes y únicas.

2. LEGISLACIÓN Y CAMBIOS FAMILIARES

Muchas de las variaciones familiares dependen, hasta cierto punto, de la voluntad individual, pero existen otros condicionantes, en este caso legales, que no podemos obviar. Efectivamente, las leyes y modificaciones legales registradas en los últimos años en España han sido de un extraordinario calado y con una inusual celeridad. Se reguló el divorcio; se modificaron los matrimonios, legalizando los homosexuales; se legisló sobre el aborto, sobre la reproducción asistida, sobre la dependencia, la adopción, el registro civil y la transmisión de apellidos, la conciliación de vida familiar y laboral, la igualdad, etc. Son tantas las modificaciones, que nadie que viviera en los años setenta, hace sólo unas décadas, podía imaginar la España actual. Sin duda, el análisis de estos cambios ocuparían páginas, pero atenderemos a los más determinantes para la familia en sí.

Uno de los primeros fue la regulación de la separación y el divorcio en 1981. Se permite la ruptura matrimonial en España, escalonada en dos etapas, separación y divorcio, y apoyada en causa justificativa, ante las predicciones de unas cifras de ruptura abultadas y el deseo de no simplificar un proceso con reticencias en determinados sectores sociales. Más tarde, en 2005, se permitió obtener el divorcio sin la previa separación ni causa. Es el reconocimiento del cambio social operado, donde las parejas entienden que el matrimonio puede ser disuelto y es considerado como una posibilidad más, o no, de sus vidas. Se ha legalizado la diversidad de trayectorias vitales y la posibilidad de constituir varios matrimonios a lo largo de la vida.

Pero el divorcio conlleva, más allá del deseo personal de disolución matrimonial, el aumento y generación de formas familiares. Entre ellas aparecen con fuerza las familias monoparentales, que de ser unas formas tradicionalmente constituidas por viudas con sus hijos, ahora son propias de las mujeres separadas o divorciadas con su descendencia. Estas familias, definidas por estar constituidas por un solo progenitor con sus hijos menores, preocupan particularmente por su fuerte asociación a procesos

de pobreza y exclusión social. En este sentido, son objetivo específico de políticas y acciones concretas para paliar este efecto, si bien aún es muy corto su desarrollo, como en general ocurre con las políticas familiares.

Otra forma familiar que cobra significación son las familias compuestas, donde al menos uno de los cónyuges provenía de un anterior matrimonio. Eran propias de las situaciones de viudedad, pero en la actualidad son dominadas por personas provenientes de rupturas matrimoniales. Estas formas han sido muy poco estudiadas en España y merecen mayor atención tanto por su peculiaridad como por su desarrollo futuro.

La aparición del divorcio en España dibuja un incremento constante de rupturas matrimoniales, siendo creciente la tasa de divorcio hasta 2006, si bien registra un descenso continuado desde entonces. En realidad, la puesta en marcha de la reforma de 2005 supuso un pico de divorcios, que después se ha ido normalizando. Hay que subrayar esto porque, en demasiadas ocasiones, para calcular la ruptura matrimonial se han agregado las separaciones y los divorcios. No se ha advertido que esta suma, en la mayoría de casos, genera doble contabilidad, pues un mismo matrimonio se contabiliza cuando se separa y cuando se divorcia, inflando las cifras. Hay que decirlo muy claramente: en comparación internacional, España no es un país con una gran tasa de divorcio, ocupando a nivel europeo una posición media. En concreto, si la media de la Europa de los 27 es 2,1, la de España es 2,2. Sí es verdad que, si lo comparamos con su entorno católico-mediterráneo, España tiene una tasa de divorcio superior a países como Italia o Grecia.

Ahora bien, siendo relevante la legislación del divorcio, a nivel internacional no es una excepción, ni tan novedosa, como la regulación de los matrimonios homosexuales. En 2005 se legalizan estos matrimonios, originando reacciones bipolares, muy aplaudida por los grupos afectados y muy criticada por sectores como la Iglesia católica, siendo una ley (junto a otras como la regulación del aborto) que generó un recurso ante el Tribunal Constitucional, aún pendiente de resolución. De todas formas, el tiempo nos ha mostrado cómo la reacción en contra no fue tan virulenta, ni mucho menos, como lo ha sido en otros países europeos. Pensemos, por ejemplo, en Francia, donde años después de su aprobación aún se celebran masivas manifestaciones en contra de la legalización del matrimonio homosexual.

La realidad en datos es que, en España, se celebran unos 3.000 matrimonios del mismo sexo cada año, dos de cada tres son entre varones y el restante entre mujeres. Los varones homosexuales tienen mayor presencia en el matrimonio, quizás porque las mujeres conforman más parejas de hecho (si descartamos que haya más varones homosexuales que mujeres). En total, los matrimonios homosexuales representan el 1,6 por 100 del total de matrimonios en España.

La legislación española se ha situado como una de las más audaces a nivel mundial y, lo que es más relevante, con un alto grado de legitimidad social en sus actuaciones. Sin embargo, no todo es la ley, hay que impulsar la auténtica igualdad desde todos los ámbitos y por parte de todas las personas. La ley sólo es papel si no tiene un respaldo y un apoyo social efectivo en las dinámicas familiares y sociales

cotidianas. En este sentido, uno de los grandes hándicaps de la legislación familiar es el consenso. Prácticamente ninguna medida o ley adoptada en torno a la familia ha tenido la conformidad política necesaria, provocando que toda actuación quede supeditada al signo político del siguiente mandato para continuar o desaparecer.

Otra dimensión de las peculiaridades legales de la familia es su territorialización. Ya ocurrió, por ejemplo, en el caso de las parejas de hecho, donde las Comunidades Autónomas se adelantaron a la legislación estatal, y parece un comportamiento que tiende a repetirse. Sin ir más lejos, en estos momentos estamos viviendo cómo se han implantado leyes de corresponsabilidad y custodia compartida en varias autonomías de España, pero aún se está a la espera de que el Congreso dicte una ley para España. Cuando lo haga, habrá llegado tarde, una vez más, a una realidad familiar que necesitaba regulación y que fue atendida mucho antes por las Comunidades Autónomas que por el Estado.

3. ESTRUCTURA E INDIVIDUO EN LOS COMPORTAMIENTOS FAMILIARES

En este epígrafe, las variables demográficas básicas nos guiarán por otros determinantes en los cambios familiares. La nupcialidad, tradicional constitución de las familias, ha registrado un significativo declive. Los matrimonios han descendido a la mitad entre 1975 y 2010. Si en 1975 superaban el 7 por 1.000, para 2011 se sitúa en el 3,5, mientras que apenas alcanza el 3,3 en 2013. Se casa menos población, es evidente, si bien la cuestión es si existe, o no, más que un rechazo al matrimonio, una postergación. El dato indica que los matrimonios se producen cada vez a edades más avanzadas. Si en 1975 el varón se casaba, como media, a los 27 años y la mujer a los 24, en 2013 el varón lo hace a los 37 años y la mujer a los 34. Las últimas décadas han visto cómo la edad media al casarse se ha retrasado nada menos que 10 años. En principio parece que existe, en mayor medida, retraso en el matrimonio, es decir, personas que se casarán pero que postergan el acontecimiento antes que rechazarlo. No obstante, hasta que no se completen los ciclos generacionales no podremos conocer la incidencia exacta de este comportamiento.

Sobre el número de matrimonios incide, claro está, el ascenso constante que las parejas de hecho tienen en España, dejando a un lado el debate, que por extenso nos supera, de si las parejas de hecho son una fase previa al matrimonio o son forma definitiva. La realidad es que, tomando datos del último Censo de 2011, este tipo de uniones han aumentado un 196 por 100 respecto al Censo anterior, situándose en 1.667.512. Aparece una pareja de hecho por cada seis matrimonios, relación favorecida por el crecimiento de parejas de hecho junto a la caída de matrimonios.

Y no es únicamente la cantidad de matrimonios lo que varía, sino su forma de celebración. Desde una realidad donde el matrimonio en España era católico con exclusividad, la legislación y la sociedad han ido ampliando las posibles formas e inclinándose hacia los matrimonios exclusivamente civiles, que se situaron hace años

como mayoritarios (67 por 100 frente al 31 por 100 de los católicos y el 2 por 100 de otras religiones en 2013). Esta situación está ligada al proceso de secularización, si bien la significación del enlace matrimonial, aunque sea civil, sigue buscando el ornato y rituales propios del momento vital y social que representa.

Por su parte, el número de nacimientos por mil habitantes, la tasa bruta de natalidad, presenta resultados diversos. El siglo XX tuvo su *boom* de natalidad, pero en la década de los setenta, ochenta y noventa, especialmente, registra un fuerte descenso del número de nacimientos. De hecho, fue durante los noventa cuando la natalidad de España se convirtió en una de las más bajas del mundo, invirtiendo la tradicional imagen de país con una fuerte natalidad. No será hasta el año 2000 cuando empiece a despuntar una cierta recuperación de los nacimientos que conducirá la tasa desde el 9 al 11 por 1.000, pero aún quedará muy lejos de, por ejemplo, el 18 por 1.000 que marcaba el año 1976. En 2008 se alcanza el punto máximo, 11,3 de tasa, pero, coincidiendo con un contexto de crisis económica internacional, el descenso de nacimientos se impone de nuevo y condiciona que la tasa por mil personas sea del 9,1 en 2013.

A pesar de las oscilaciones y la década de recuperación, la natalidad no llega a ser la mínima necesaria para sustituir a las generaciones. El conocido índice de 2,1, la tasa de reemplazo, no aparece en España desde los años setenta, llegando apenas al 1,1. Este dato es inseparable del hecho del retraso en la edad a la maternidad. España, durante las últimas décadas, es el país donde las mujeres tienen a una edad más tardía su primer hijo. La edad media al primer hijo se sitúa en 31 años, que no difiere en exceso de la edad media a la maternidad, 32 años (indicando, por otra parte, la concentración temporal de los nacimientos en las parejas). Hace décadas, la diferencia entre estos indicadores era superior, en 1975 el primer hijo se tenía con 25 años y la edad media a la maternidad era de 28 años, entre otros motivos por el superior número de hijos que nacían. Sí es destacable que se mantiene una diferencia notable entre las madres españolas y extranjeras. De esta forma, mientras las españolas tienen, como media, su primer hijo a los 31 años, las extranjeras lo tienen con 27 años.

En todo caso, nupcialidad y natalidad no tienen una correlación tan acentuada como en el pasado. No ha cesado de aumentar la natalidad fuera del matrimonio, hecho que desliga estos dos indicadores. Si en 1975 sólo un 2 por 100 de nacidos lo eran de mujer no casada, asciende a un 17 por 100 en el año 2000, para alcanzar en 2012 un 39 por 100, con previsión de ascenso en los próximos años. Es decir, más de uno de cada tres hijos nace actualmente fuera del matrimonio.

Las causas de estos comportamientos hay que buscarlas en diversos factores. Los más determinantes se refieren a la extensión de los ciclos formativos y educativos, que elevan la edad de emancipación de la juventud e impiden un acceso juvenil a puestos de empleo estables y con garantía de salarios suficientes como para constituir familias. A ello se añade la estructura económica española, con serias dificultades de crear empleo, la carencia o poca relevancia de las políticas familiares y determinados aspectos culturales como, por ejemplo, la voluntad enraizada de adquirir las viviendas

en propiedad.

En definitiva, el panorama demográfico esboza unas familias que se forman más tardíamente, con una maternidad retrasada y disminuida, configurando hogares de menor tamaño. Las familias se estrechan en componentes y se alargan en generaciones, debido al aumento considerable de la esperanza de vida.

Otros condicionantes de los comportamientos familiares están relacionados con el contexto social. Muchas de las diferencias familiares que hoy experimentamos han sido debidas a cambios de valores, normas y conductas. El descenso de la nupcialidad y su retraso está relacionado con la mayor aceptación de la soltería. Ya no existe un estigma negativo hacia el soltero/a, más bien hay una alta permisividad social hacia este comportamiento. De la misma forma, ser madre soltera no es una deshonra que rápidamente hay que ocultar con un matrimonio, incluso hay personas que en edades maduras adoptan hijos y son madres solteras. No existe casi ningún comportamiento que hoy sea significativamente rechazado por la sociedad. Excepciones las hay, como el controvertido caso de parejas homosexuales que quieren adoptar hijos, hecho que despierta un fuerte debate y no obtiene un consenso social.

Al hilo de este ejemplo, la adopción en España es otra cuestión que ha revolucionado las familias. Desde mediados de los años noventa, España se convierte en uno de los países donde mayor número de adopciones se producen, superando las 5.000 en 2004, año que marca el techo de estos procesos, para posteriormente ir perdiendo peso hasta llegar a las 1.600 en 2012. La principal procedencia de los niños adoptados es China y la Federación Rusa, cuando más adopciones existían, y en los últimos años la procedencia principal es, junto a estos dos países, Etiopía, Vietnam y Colombia. Dadas las dificultades nacionales, la adopción es fundamentalmente internacional, siendo España el segundo país en este tipo de adopciones tras Estados Unidos.

La adopción es una posibilidad de tener hijos, pero la natalidad puede originarse, como vía extraordinaria, por medio de la reproducción asistida. Este tipo de reproducción genera no pocos debates y abre vías nunca antes posibles, donde la técnica a veces no tiene más límite que la ética. Sin entrar en aspectos técnicos o éticos, la reproducción asistida cuestiona paradigmas tradicionales de la familia. Reconocer al padre o madre de una persona se complejiza, llegando incluso a poder ser cinco: el donante de esperma, la donante de óvulos, la madre que queda embarazada, y el padre y la madre que lo acogen. Desde luego, la fórmula puede simplificarse o multiplicarse: un posible divorcio de los padres en el futuro y su emparejamiento posterior puede llegar a siete el número de padres para el individuo. Sin llegar a estos extremos, la reproducción asistida, en muchas ocasiones, no es más que la posibilidad de una pareja de tener descendencia.

Antes de finalizar este apartado debe mencionarse la opción de no tener hijos, donde se sitúan un creciente número de parejas. Es una realidad no tan presente en el pasado, legítima y asociada, bien a una imposibilidad de natalidad, bien a un deseo de la pareja, que define un nuevo concepto familiar.

4. LAS NUEVAS RELACIONES

Entre los principales giros familiares, histórico en gran medida, se halla que el milenario patriarcado, la preponderancia masculina de la familia y la hegemonía autoritaria del varón deja paso a unas familias más simétricas, igualitarias y democráticas. No es, obviamente, que eso ocurra de un día para otro (como ningún cambio social), pero sí es un proceso claramente asentado e irreversible.

Las nuevas relaciones son el resultado de la cercanía entre generaciones, de una interacción frecuente y de la mayor valoración del afecto. Todo ello aderezado con la complejidad que supone la heterogeneidad de las familias. En el epígrafe nos centraremos fundamentalmente en las relaciones padres-hijos y en la relaciones de pareja, dos auténticos ejes (vertical y horizontal) de la vida familiar.

4.1. LAS RELACIONES PADRES-HIJOS

Uno de los ámbitos donde la familia manifiesta profundos cambios es en las relaciones entre padres e hijos. Los hijos han evolucionado hacia una mayor demanda de sus espacios vitales, de mayor autonomía individual de sus vidas en contextos crecientes de individualización y democratización. Una de las características de este proceso es que, cada vez con mayor frecuencia, la «lucha» por esta autonomía se produce a edades más tempranas.

Esta dinámica interna no significa, sin embargo, que la familia sea un ámbito de conflictividad. Al contrario, la familia se representa como un escenario de armonía y de bajo conflicto; si hay algún tipo de discusión, se centra en aspectos tales como los modales o el comportamiento, el orden en la habitación de los hijos o la ayuda en tareas domésticas. En las discusiones hay pocas diferencias según sexo, pero persiste una tendencia a tener más problemas con las chicas en lo referente a tareas domésticas y con los chicos en cuestión de su rendimiento académico. Sí aparece un amplio sector que elude discutir sobre cuestiones problemáticas (como horarios o vestimenta), lo que evidentemente reduce el nivel de conflicto.

En realidad, la familia actual se define por ser una familia negociadora, donde se cuenta con la opinión de los hijos. Tanto padres como hijos reconocen que se consulta con los hijos las decisiones familiares, lo que conduce a una evidente democratización familiar. Ahora bien, lo que para unos significa un ambiente dialogante y abierto, para otros llega a ser permisivo en exceso, provocando una denominada generación consentida.

Lo cierto y verdad es que la reducción de la natalidad hace que los padres inviertan más recursos sobre sus hijos. Se tienen menos hijos pero, por eso mismo, se intentan mejorar todos los aspectos relacionados con ellos, desde los puramente materiales a otros como los educativos. Cuestión distinta es que se tenga el tiempo o el espacio para ello, pues el trabajo, las distancias físicas y el estrés diario provocan que en muchas familias el tiempo de convivencia sea muy reducido, dándose la imagen del «niño con llave» que se autogestiona diariamente la mayor parte de su

tiempo.

Es destacable la relevancia que la actitud y comportamiento de los padres tienen en la educación de los hijos. Un mayor seguimiento de su educación mejora los rendimientos. El nivel de aprendizaje, por ejemplo, está relacionado con la implicación (o no) en la educación, por encima de otros factores como que los dos padres trabajen. En un país como España, de alto fracaso y abandono escolar, la implicación debe incentivarse y no son pocos los autores que apuntan a una reestructuración de los horarios laborales para poder conciliar el trabajo y la familia. En realidad, esta cuestión está asociada con la recuperación de funciones y espacios propios de la familia que se han ido delegando, quizás en exceso, a otras instituciones o medios. La familia, es evidente, tiene unas condiciones y estructuras que no son reemplazables, sobre todo cualitativamente, por otras instituciones.

Las relaciones con los hijos son positivas en general, con un alto componente afectivo y con menores diferencias de trato y roles con los padres y las madres. Se han reducido las distancias entre generaciones, tendiendo a la igualdad, con una acentuación de los sentimientos y una preocupación por mantener unas condiciones positivas que permitan un bienestar y una satisfacción tanto personal como familiar.

4.2. Las relaciones en la pareja

Desde una perspectiva histórica, el matrimonio y la familia han tenido unos condicionantes sociales, económicos y políticos que se situaban por encima de los intereses individuales, sobre todo en el caso de mujeres e hijos. La transmisión de patrimonio, el fortalecimiento de alianzas, la ganancia de dotes eran motivos determinantes para casarse. La imagen romántica del matrimonio por amor, por encima de cualquier determinación, es más reciente, y lo tradicional fue más bien dejar los sentimientos como elemento secundario en la formación de familias. Se pensaba que el afecto y el amor llegarían tras el matrimonio y/o con el nacimiento de los hijos.

Será el siglo XVIII el que definitivamente inserte el amor como motivo básico del matrimonio. El afecto debe regir la vida de la pareja y con los hijos, lo que supone un cambio fundamental en las vidas íntimas y la privacidad del hogar. La relación de pareja se convierte así en el eje sobre el que gira todo, y la satisfacción matrimonial depende del nivel de afecto mutuo.

Pero las relaciones de pareja no cambian únicamente por ser el pilar del matrimonio, sino aún más significativo es su giro hacia un carácter igualitario. Si en el pasado era el varón, bajo un sistema patriarcal, quien dominaba las relaciones familiares e imponía su autoridad, esta situación varía. Tanto varones como mujeres están de acuerdo en que la pareja se relaciona a un mismo nivel y en un ámbito de respeto mutuo, comunicación e igualdad. Si esta premisa no existe, la relación es insatisfactoria y se cuestiona.

Las nuevas relaciones de pareja exigen un compromiso del uno con el otro, y la fidelidad como premisa esencial, pues ya no cabe hablar de amantes, como en el

pasado, cuando el matrimonio era insatisfactorio o forzado. La pareja lo es todo y ni siquiera tener hijos es considerado un freno si hay que disolver la unión por falta de amor. Superando los hijos, la pareja valora el respeto, el cariño mutuo, la fidelidad, las relaciones sexuales satisfactorias y el compartir las responsabilidades del hogar.

En su evolución, las uniones han pasado de tener una finalidad de supervivencia a ir introduciendo un marco de solidaridad afectiva cada vez más intenso. De hecho, el propio matrimonio ha sufrido un proceso de desinstitucionalización que lo ha llevado a que la relación en la pareja se considere un contrato privado y rescindible cuya finalidad principal es maximizar las gratificaciones de cada parte. En la nueva pareja se definen los roles ante el mundo laboral y la necesaria distribución de las tareas domésticas, siempre con el horizonte posible de una ruptura, si el consenso desaparece.

Así, se habla de un nuevo pacto conyugal, definido por la simetría en las relaciones, que se concreta tanto en matrimonios como en parejas de hecho. Es precisamente en estas parejas de hecho donde se registra mayor grado de igualdad. La igualdad es posible en un contexto donde las parejas son capaces de dialogar, de comunicarse y tener confianza mutua, único marco posible y que conduce a una estabilidad y felicidad relevante en las parejas españolas.

4.3. Otras relaciones familiares e intergeneracionales

La generación de los abuelos resulta en muchas ocasiones imprescindible para la atención de los nietos, pues dedican su tiempo a apoyar a los padres en su gestión diaria. Además, son fuente de ayuda en otras dimensiones como aspectos económicos o personales cuando es preciso.

Desde la otra perspectiva, hay abuelos que necesitan ayuda, siendo la mujer quien protagoniza esta dinámica y asiste en sus necesidades a los mayores. La conocida Ley de la Dependencia en España viene a incidir en este aspecto y reconocer y facilitar la labor que realiza la familia en el cuidado de mayores y dependientes. Lamentablemente, su coincidencia con un período de fuerte crisis económica ha condicionado que, en muchos aspectos, esta ley aún no haya sido desarrollada de manera adecuada.

Es preciso tener presente que la disminución del tamaño de los hogares condiciona no un aislamiento de la familia, sino una intensificación de las redes familiares y las interacciones, donde los hermanos son otro elemento clave. En España la relación con familiares es muy frecuente tanto por el alto valor que la familia recibe como por la cercanía física que las familias españolas tienen entre sí.

Ahora bien, para finalizar este apartado debemos tener en cuenta que no todas las relaciones en el ámbito familiar son positivas. Me refiero en concreto a que todavía está vigente la violencia en el entorno familiar. Esta violencia tiene un componente muy presente en la relacionada con la mujer pero, en realidad, tiene múltiples dimensiones, oscurecidas bajo la denominada violencia de género. Una de las violencias que más han aumentado, por citar un ejemplo, es la de hijos hacia sus

padres, y entre las más condenables se encuentran las dirigidas a personas indefensas, como es el caso de menores, o incluso bebés, y hacia los ancianos. Es preciso un mayor conocimiento de todas las formas de violencia doméstica y unas mejores acciones políticas que atajen este problema social.

5. FAMILIAS CON FUTURO

Si hay algo que superando los tremendos cambios permanece estable, es la valoración que los españoles muestran de la familia. Lejos de haber perdido fuerza, la familia es considerada en todas las encuestas como el aspecto más importante de la vida de una persona. Supera a los amigos, el trabajo, el bienestar económico o cualquier otra dimensión.

Prueba de ello es, como indicador auxiliar, que si bien las rupturas matrimoniales tienen una presencia creciente en la sociedad española, no han significado la disminución de segundas nupcias. Esto es, un matrimonio o pareja puede no ser ya la deseada, pero no se elimina la pretensión de tener una nueva pareja o familia. La realidad es que la mayoría de personas forman a lo largo de su vida una familia, o incluso varias.

Las nuevas familias, sus actitudes y comportamientos, son una pieza inseparable de todo un sistema social que en gran medida está globalizado. Las sociedades postmodernas tienen como característica esta globalización sin precedentes que provoca que toda acción social deba de ser comprendida en un marco global.

En este sentido, lo que la familia está experimentando es un aumento de los procesos de individualización característicos de la sociedad actual, donde las opciones individuales se superponen a las «obligaciones» institucionales. El abanico de configuraciones familiares y personales es tal que es muy complejo predecir la vida de las personas; ya no se habla de ciclo vital, pues no hay un ciclo como tal, sino que se emplea el término de «curso vital» para referirse a vidas tan flexibles y tan individuales en sus configuraciones.

El individualismo no implica automáticamente mayor egoísmo, soledad o división social, aquí lo refiero al sentido de poder optar por mayor número de opciones vitales tanto en un determinado momento como a lo largo de la vida.

Lejos de crisis o deterioro, las familias presentan una fortaleza secular y sus transformaciones son el signo de su adaptación y permanencia en el futuro. El siglo XXI presenta unas familias diversificadas con un desarrollo hacia la consolidación de sus cambios, y no tanto hacia la generación de nuevas modalidades.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, I.: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

— FLAQUER, L. e IGLESIAS DE USSEL, J.: *Parejas y matrimonios: actitudes, comportamientos y experiencias*,

Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.
BECERRIL, D.: *Después del divorcio*, CIS, Madrid, 1999.
— «Nuevas formas familiares», *Portularia*, 4, 2004, pp. 219-230.
— y RUIZ BENÍTEZ, B.: *Redes familiares y atención a la dependencia en Andalucía*, Instituto de Estadística de Andalucía, Sevilla, 2008.
CHERLIN, A. J.: «The Deinstitutionalization of American Marriage», en *Journal of Marriage And Family*, 66, 2004, pp. 848-861.
FERNÁNDEZ CORDÓN, J. y TOBIO SOLER, C.: «Las familias monoparentales en España», *REIS*, n.º 83, Madrid, 1998, pp. 51-85.
FLAQUER, L., ALMEDA, E. y NAVARRO, L.: *Monoparentalidad e Infancia*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2006.
FLAQUER, L. e IGLESIAS, J.: «The sociology of the family in Spain: an attemp a interpretation», *Marriage and Family Review*, 23, 1996, pp. 575-598.
GARCÍA PEREIRO, T. y SOLSONA, M.: «El divorcio como nudo biográfico. Una revisión de la literatura reciente desde la perspectiva de vulnerabilidad postdivorcio», *Documents d'analisi geográfica*, 57(1), 2011, pp. 105-126.
IGLESIAS DE USSEL *et al*.: *Matrimonios y parejas jóvenes. España 2009*, Fundación SM, Madrid, 2009.
IGLESIAS DE USSEL, J. y FLAQUER, L.: «Familia y análisis sociológico: El caso de España», *REIS*, 61, 1993, pp. 57-75.
— y MEIL LANDWERLIN, G.: *La política familiar en España*, Ariel, Barcelona, 2001.
MARMOLEJO IBORRA, I.: *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Centro Reina Sofía, Valencia, Serie Documentos, 14, 2008.
MARTÍNEZ PASTOR, J. I.: «¿Solución familiar o desfamiliarización? Pros y contras de los modos de compatibilizar trabajo y familia en los países de la OCDE», *Praxis sociológica*, 14, 2010, pp. 37-68.
MEIL LANDWERLIN, G.: *Las uniones de hecho en España*, CIS, Madrid, 2003.
— *Padres e hijos en la España actual*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2006.
— *Individualización y solidaridad familiar*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2011.
MORENO MÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, E.: *Informe Juventud en España 2012*, INJUVE, Madrid, 2013.
RIVAS, A. M.: «Las nuevas formas de vivir en familia: El caso de las familias reconstituidas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 26(1), 2008, pp. 151-178.
SALIDO, O. y MORENO, L.: «Bienestar y políticas familiares en España», *Política y Sociedad*, 44(2), 2007, pp. 101-114.
SIMÓ, C. y SOLSONA, M.: «El registro estadístico de las rupturas de unión en España. Evolución e ideas para avanzar desde la Demografía», *Papers*, 95(3), 2010, pp. 609-632.
SOLSONA, M. y SIMÓ, C.: «Evolución histórica del divorcio en España desde la aprobación de la ley de 1981 hasta la reforma de 2004», en CABRE PLA, A., *La constitución familiar en España*, Fundación BBVA, Bilbao, 2007, pp. 245-295.
TOBIO SOLER, C.: «Conciliación o contradicción: cómo hacen las madres trabajadoras», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 97, 2002, pp. 155-186.

CAPÍTULO IX

LA MEDIACIÓN FAMILIAR

A) RÉGIMEN LEGAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ANDALUZA

JULIA RUIZ-RICO RUIZ MORÓN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES. 2. LA DIRECTIVA 2008/52/CE, DE 21 DE MAYO, SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. 3. LA LEY 5/2012, DE 21 DE MAYO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. 4. LA LEY 1/2009, DE 27 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. 4.1. *La utilidad de la mediación en el ámbito familiar*. 4.2. *Características de la mediación que contempla la ley*. 4.3. *Ámbito objetivo de la mediación*. 4.4. *La figura del mediador*. 4.4.1. La designación del mediador. 4.4.2. Requisitos para el ejercicio de la mediación. 4.5. *Principios de la mediación familiar*. 4.6. *Procedimiento de mediación*. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES

La mediación es un mecanismo de resolución que se caracteriza por la intervención de un tercero cuya función es ayudar a las partes implicadas a conseguir una solución pactada al conflicto que tienen planteado. A través de la aplicación de técnicas especiales, el mediador, a diferencia del árbitro, no dirime en ningún caso el conflicto existente, sino que se limita a abrir vías de comunicación entre las partes para que éstas sean las que consigan el acuerdo que ponga fin a las cuestiones controvertidas.

Además de la ventaja que representa el hecho de que la mediación puede contribuir eficazmente a descongestionar el sistema jurisdiccional o, en su caso, a aligerar al menos los procedimientos judiciales, así como la rapidez y la sencillez que la caracterizan, el mayor beneficio que comporta la mediación deriva del protagonismo que en ella asumen las propias partes enfrentadas. Son estas mismas las que profundizan en la dimensión y el alcance del conflicto hasta llegar a una solución pactada. El mediador en ningún caso impone una determinada decisión, su cometido es cooperar al objetivo común de lograr un acuerdo facilitando la comunicación entre

ellas. La solución, por tanto, no viene impuesta desde una instancia ajena, lo que la hace más asumible y menos traumática (v. Martín Diz, F., 2010: 39 ss.). Al no existir ganador ni perdedor, la mediación viene a fomentar el mantenimiento en el futuro de las relaciones personales entre quienes con anterioridad habían estado enfrentados.

En España la utilización de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos no sólo fue anterior a su regulación legal, sino que al mismo tiempo quedó enmarcada, en un primer momento, en el ámbito familiar, y más en concreto en el marco de las denominadas crisis matrimoniales, donde cobra especial importancia el mantenimiento de las relaciones de los implicados más allá de la ruptura personal.

La falta de regulación legal no impidió que la mediación se fuera introduciendo tímidamente en la práctica, como había ocurrido en otros países de nuestro entorno. De hecho, en 1990 el entonces Ministerio de Asuntos Sociales aprobó el «Programa para la mediación en la separación y el divorcio», que se aplicó el año siguiente en Madrid. En el caso concreto de Andalucía, en 2001 la Consejería de Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Infancia y Familia, elaboró el Primer Programa de mediación familiar en Andalucía, que en los años siguientes se extendió a todas las capitales de provincia andaluzas. El objetivo principal era evitar que los procesos de separación y divorcio de los padres incidieran negativamente en el desarrollo y bienestar de los hijos menores.

El recurso a la mediación vino favorecido por una serie de circunstancias que, en su conjunto, crearon el ambiente propicio al efecto, eliminando algunas de ellas los obstáculos de tipo legal que existían al respecto.

Especialmente relevante a estos efectos fue la reforma operada en el CC por obra de la Ley de 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio, incorporando el divorcio a nuestro ordenamiento, y amplió el ámbito de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de familia. Para comprender la importancia que tuvo esta ley, hay que tener en cuenta que la función del mediador, especialmente en los casos de separación y de divorcio, es ayudar a los todavía cónyuges a conseguir pactos relativos a las cuestiones implicadas en la ruptura matrimonial. Está claro que si la ley no permite pactos entre los cónyuges, no tiene sentido alguno hablar de mediación. El punto de partida imprescindible tenía que ser el reconocimiento a nivel legal de la posibilidad de pactar los propios interesados los efectos de la crisis matrimonial. Este punto de partida lo proporcionó la citada Ley de 1981. A partir de entonces, y así lo pone de relieve el CC, se concede a los cónyuges la posibilidad de pactar los efectos de la ruptura matrimonial. El instrumento que se proporcionó a estos fines es el llamado convenio regulador. Ciertamente la existencia de convenio regulador no evita el procedimiento judicial; en todo caso corresponde al juez decretar la nulidad, la separación o el divorcio, lo que presupone el correspondiente procedimiento. Pero aunque no lo evite, sí que lo agiliza considerablemente. Cuando hay pactos entre los cónyuges sobre todas las cuestiones implicadas en la crisis, éstos tienen a su alcance el procedimiento del mutuo acuerdo, un procedimiento breve que evita el enfrentamiento de los cónyuges ante el juez, así como que los hijos sean utilizados para fines que nada tienen que ver con su

beneficio. Aunque en ocasiones no se puedan conseguir los acuerdos necesarios para elaborar y presentar el CR, la posibilidad existe, está reconocida legalmente y con ello quedó abierta la vía de la mediación como mecanismo para facilitar dichos acuerdos.

También representó un empuje a la mediación la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998. Como Recomendación no era vinculante, pero sí una invitación a los Estados miembros de la UE a adoptar una determinada conducta. En concreto, esta Recomendación, partiendo del creciente número de conflictos familiares especialmente en las separaciones y divorcios, sus costes y las consecuencias perjudiciales que tienen, y considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, instó a los Estados miembros de la UE a institucionalizar en sus ordenamientos la mediación en el ámbito familiar, o a reforzarla si es que ya la tenían establecida. En la base de esta Recomendación estuvieron presentes los resultados obtenidos en países que ya la utilizaban, en los que se constataba que la mediación permitía mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducía los conflictos entre las partes en desacuerdo, daba lugar a convenios amistosos y, en definitiva, fomentaba el mantenimiento de las relaciones personales en el futuro. La misma Recomendación, que dejaba libertad a los Estados a la hora de organizar y poner en practica la mediación, aconsejaba que se incorporase como un trámite no obligatorio, sino voluntario. Igualmente, disponía que se deberían adoptar las medidas necesarias para asegurar la imparcialidad del mediador en sus relaciones con las partes y su neutralidad en cuanto al resultado de la mediación, resaltando de manera especial que el objetivo del mediador tenía que ser el bienestar y el interés superior de los menores.

Entre los factores que han servido de impulso a la mediación, cabe mencionar también la labor desarrollada por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia, que surgieron con la función específica de colaborar con la autoridad judicial a la hora de detectar qué es lo más beneficioso para los hijos menores de edad, como paso previo a la toma de decisiones relativas a los mismos. Estos equipos psicosociales, como se pone de manifiesto en muchas de las leyes reguladoras de la mediación, fueron ampliando progresivamente su función al asesoramiento también de las partes en litigio, viniendo a desarrollar una auténtica labor mediadora. Precisamente, la práctica, la experiencia acumulada por los equipos y los buenos resultados obtenidos han favorecido la utilización de la mediación en otros ámbitos. De hecho, muchas de las leyes existentes en materia de mediación familiar han tomado como modelo la actuación de los equipos psicosociales (García Villaluenga, L., 2011: 762 ss.).

Sobre la base de los anteriores antecedentes, y ante la pasividad del legislador estatal, que no se pronuncia al respecto hasta el año 2012, las diferentes CCAA, al amparo de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos, empezaron a publicar leyes específicas reguladoras de la mediación familiar. La primera en aparecer fue la Ley de Mediación Familiar de Cataluña de 15 de marzo de 2001,

derogada y sustituida por la de 22 de julio de 2009, como consecuencia principalmente de la Directiva 2008/52/CE y la conveniencia de ampliar el ámbito de la mediación a determinados conflictos antes excluidos de su ámbito de aplicación, algunos de ellos no estrictamente familiares pero que surgen entre personas que necesariamente tienen que seguir relacionándose. A partir de 2001 son numerosas las CCAA que han aprobado y publicado sus respectivas leyes de Mediación Familiar: Ley 4/2001, de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar en Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana; Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de mayo; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2007, de 21 de febrero; Ley de Mediación Familiar del País Vasco 1/2008, de 8 de febrero; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón; Ley de Mediación Familiar de Cantabria, Ley 1/2011, de 28 de marzo.

Paralelamente, se fueron incorporando referencias expresas a la mediación en textos legales de ámbito general. En este sentido, el artículo 770.7.º LECC, en el marco del procedimiento contencioso de separación o divorcio, prevé que las partes podrán solicitar de mutuo acuerdo su suspensión para someterse a mediación. El artículo 777.2 LEC ampara la posibilidad de que las partes, en el escrito en que soliciten la separación o divorcio de mutuo acuerdo, adjunten el acuerdo final adoptado en un procedimiento de mediación.

2. LA DIRECTIVA 2008/52/CE, DE 21 DE MAYO, SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Como pone de relieve el título de la Directiva 2008/52/CE, sus disposiciones no se reducen al marco de la mediación familiar, sino que la extienden a los asuntos civiles y mercantiles, un ámbito pues mucho más amplio que el contemplado por las leyes autonómicas vigentes actualmente en España, con alguna destacada excepción.

Con la finalidad de constituir una legislación marco en la materia, las disposiciones de la Directiva están pensadas directamente para los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, sin perjuicio de que los Estados, si así lo estiman, puedan aplicarlas también a procedimientos de mediación de carácter nacional. De acuerdo con el artículo 2 de la Directiva, se considera litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de

las otras partes.

En la citada norma comunitaria la mediación se califica como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador». Puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Como procedimiento voluntario, las partes se responsabilizan de él, pueden organizarlo como deseen y darlo por terminado en cualquier momento, si bien el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación. Al mediador se le define como «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación» (art. 3).

Como puntos básicos de la Directiva se pueden resaltar los siguientes:

a) La mediación se contempla como un procedimiento voluntario, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto pueda proponer a las partes que recurran a la mediación y que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación. La Directiva, no obstante, deja a salvo aquellas legislaciones nacionales que hagan obligatorio el uso de la mediación, siempre que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

b) Con la idea de garantizar la calidad de la mediación, la misma Directiva establece que los Estados deberán promover la formación inicial y continua de los mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control relativos a la prestación de servicio de mediación, con la finalidad de que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente.

c) Para evitar que la mediación se considere una alternativa peor que el proceso judicial, por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante dependa de la buena voluntad de las partes, se establece que los Estados garantizarán la fuerza ejecutiva de los acuerdos logrados, que se podrá adquirir en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación de cada Estado. En definitiva, se pretende que los acuerdos conseguidos a través de mediación puedan tener la misma fuerza ejecutiva que tiene una sentencia.

d) Partiendo de que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados deberán garantizar —salvo acuerdo contrario de las partes— que ni los mediadores, ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación, estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso. La confidencialidad tiene, no obstante, algunas excepciones establecidas en el artículo 7.

3. LA LEY 5/2012, DE 6 DE JUNIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE se produce a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, derogado pocos meses después por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aunque su finalidad inmediata es la transposición de la Directiva 2008/52/CE, el texto legal presenta una intención mucho más ambiciosa, cual es la de conformar un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto vinculante para las partes. No obstante, lo hace sin perjuicio de las disposiciones, ya existentes, de las CCAA dictadas en el ejercicio de sus respectivas competencias, reconociendo expresamente el impulso que en éstas ha experimentado la mediación en los últimos años.

La Ley estatal, con un ámbito objetivo mucho más amplio que el de la mayoría de las leyes de las CCAA, establece una ordenación general de la figura de la mediación en torno a tres grandes ejes:

1) La desjudicialización de determinados asuntos (civiles y mercantiles) que afectan a derechos subjetivos de carácter disponible. La mediación, como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos.

2) La deslegalización o pérdida del papel central de la Ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto de conflicto. El régimen que se consagra se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad, expresada ésta en el acuerdo alcanzado, que podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. En el modelo adoptado, la figura del mediador aparece como pieza esencial; es el mediador quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, lo que presupone en él una formación concreta y unas habilidades que permitan desempeñar su tarea eficazmente.

3) La desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo, sin perjuicio de su reconocimiento como título ejecutivo.

Con tales premisas de base, la Ley configura la mediación como «un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1). Su ámbito de aplicación lo integran los asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Queda excluida, en todo caso, la aplicación de la Ley en la mediación penal, en la laboral, en materia de consumo y con las Administraciones

Públicas. Si bien las mencionadas exclusiones no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a los que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

En la regulación legal se tiene muy presente el relevante papel de las instituciones de mediación a las que se encomienda la tarea fundamental de ordenar y fomentar los procedimientos correspondientes. Se consideran como tales las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y la administración de la misma, incluida la designación de mediadores. Dichas instituciones, que no pueden prestar directamente el servicio de mediación, son las encargadas de dar a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen, debiendo garantizar la transparencia en la designación de los mediadores (art. 5).

Pieza esencial en el modelo que la Ley conforma es el mediador. Las características de la actividad que está llamado a desarrollar, en tanto que invade ámbitos muy diversos, requieren unas habilidades específicas que presuponen necesariamente una formación general en él. La Ley, con la idea de garantizar el buen resultado de su actuación, delimita el estatuto mínimo del mediador determinando los requisitos o condiciones que ha de reunir para ejercer la mediación. En este sentido, pueden ser mediadores, de acuerdo con el artículo 11, no sólo las personas físicas, que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no se los impida la legislación a la que estén sometidas por virtud de su profesión, sino también las personas jurídicas de cualquier clase que se dediquen a la misma, si bien estas últimas deberán designar para su ejercicio efectivo a una persona física. En todo caso, el ejercicio de la mediación requiere estar en posesión de título oficial universitario, o de formación profesional superior, y contar con formación específica al respecto, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. El mediador deberá, además, suscribir un seguro, o garantía equivalente, que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 14, la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta frente a los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

Como principios informadores de la mediación, la Ley, en consonancia con las disposiciones de la Directiva 2008/52/CE y con lo que ya prevén las Leyes de las CCAA existentes en la materia, consagra los siguientes:

— Principio de voluntariedad: La mediación es voluntaria en cuanto a su inicio y nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. La existencia de un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas, o que puedan surgir, conlleva únicamente el deber de intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial (art. 6).

— Principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores: En el procedimiento de mediación se garantiza la plena igualdad de oportunidades de las partes, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas (art. 7). En la misma línea, al delimitar el contenido de la actuación del mediador el artículo 13 dispone que el mediador, antes de iniciar o continuar su tarea, deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses y no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando ello ocurra. Como circunstancias que pueden afectar a la imparcialidad, la Ley incluye la existencia de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, tener interés directo o indirecto en el resultado de la mediación y haber actuado anteriormente a favor o en contra de alguna de las partes.

— Principio de neutralidad: La actuación del mediador se desarrollará de forma que permita a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo (art. 8). «El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y asesoramiento suficientes» (art. 13).

— Principio de confidencialidad: La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, y alcanza a la documentación e información que hubieren podido obtener derivada del procedimiento. En lo que respecta al mediador en particular, que queda protegido por el secreto profesional, la confidencialidad impide que esté sujeto a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. No obstante, el artículo 9 establece, como excepciones, cuando las partes de manera expresa, y por escrito, dispensen de la obligación de confidencialidad, y también cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada la información por los jueces del orden jurisdiccional penal.

La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

— Principio de buena fe y respeto mutuo entre las partes y con respecto al mediador (art. 10).

Sin perjuicio de los principios establecidos legalmente, el procedimiento de mediación se califica como de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo («Será lo más breve posible y […] se concentrará en el mínimo número de sesiones, art. 20). Se pone en marcha a partir de una solicitud que se ha de formular,

de común acuerdo entre las partes, o por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación, ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto o ya designado por las partes (art. 16). Si estuviera en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. Por expresa disposición legal, la sola presentación de la solicitud de mediación trae consigo la suspensión de la prescripción o la caducidad de las acciones correspondientes. Además, una vez iniciada la mediación, y durante el tiempo en que se desarrolle, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. Al mismo tiempo, el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a ella, siempre que la parte a quien interese así lo invoque.

Como primer paso del procedimiento se ha de citar a las partes para la celebración de una sesión inicial de carácter simplemente informativo, considerándose legalmente como desistimiento la inasistencia injustificada de alguna de ellas. En dicha sesión, el mediador informará acerca de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva, así como de su profesión, formación y experiencia, y de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad (art. 17).

El procedimiento propiamente dicho comienza con una primera sesión constitutiva en la que las partes manifiestan su voluntad de desarrollar la mediación. De dicha sesión se levanta acta, firmada por las partes y el mediador, en la que constarán, además de la declaración de aceptación voluntaria de la mediación y de las obligaciones que derivan de ella, todos los extremos que determina el artículo 19: identificación de las partes, designación del mediador y en su caso de la institución de mediación, el objeto del conflicto, el programa de actuaciones, la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, el coste de la mediación o las bases para su determinación, el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. A partir de ese momento, el mediador convocará a las partes para cada sesión de las que se hayan programado, facilitando la comunicación entre éstas de modo igual y equilibrado. Atendiendo a la complejidad de la materia o a la simple conveniencia de las partes, la mediación se puede llevar a cabo, como prevé el artículo 18, por uno o varios mediadores. Igualmente se contempla la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que exista acuerdo en tal sentido de las partes, y quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación (art. 24).

El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar éste. En ambos casos el acta final, que deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador (o mediadores), determina la conclusión del procedimiento y reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier

otra causa. Se entregará un ejemplar original de la misma a cada una de las partes (art. 22).

Los supuestos que pueden provocar la terminación sin acuerdo de la mediación son variados: ejercicio por alguna de las partes de su derecho de dar por terminadas las actuaciones; el transcurso del tiempo máximo acordado para la duración del procedimiento; la apreciación justificada por parte del mediador de que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurre otra causa que determina su conclusión. Sin embargo, la renuncia del mediador a continuar su actuación o el rechazo de éste por las partes no provoca necesariamente la terminación del procedimiento, sino sólo el nombramiento de un nuevo mediador. En tales hipótesis, como señala el artículo 22, sólo se producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

Cuando el procedimiento termina con éxito, el acuerdo conseguido, que puede alcanzar a todas o a una parte sólo de las materias sometidas a mediación, será firmado por las partes, o sus representantes, y se entregará un ejemplar a cada una de éstas, reservándose otro el mediador para su conservación (art. 23). Dicho acuerdo tiene carácter vinculante y se podrá instar su elevación a escritura pública para convertirlo, por esta vía, en título ejecutivo. Como acuerdo de voluntades que es, solamente quedará sin efecto cuando se anule con fundamento en alguna de las causas de nulidad que invalidan los contratos.

4. LEY 1/2009, DE 27 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

4.1. La utilidad de la mediación en el ámbito familiar

Como la mayoría de las leyes de las CCAA en la materia, la Ley andaluza 1/2009 (LAMF) reduce su ámbito de regulación a la mediación familiar al amparo de las competencias asumidas a través del Estatuto de Autonomía. La citada Ley, que tiene por objeto regular las actuaciones de mediación familiar que se refieran a los supuestos previstos en su artículo 1.2 cuando se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como su régimen jurídico, ha sido objeto de desarrollo a través del Decreto 37/2012, de 21 de febrero, que aprobó el Reglamento correspondiente.

La utilidad de la mediación como alternativa para la resolución de conflictos familiares resulta indudable. Por una parte, por ser un procedimiento que se caracteriza por la participación eficaz de los propios familiares en conflicto. Ciertamente interviene siempre un tercero ajeno a las partes, pero ese tercero (mediador) nunca dirime el conflicto imponiendo una determinada solución, su participación consiste en ayudar a las partes, abriendo vías de comunicación entre ellas, para que sean las mismas partes las que lleguen a una solución pactada. Al

tratarse de una solución acordada, no hay perdedor ni ganador, lo que a su vez contribuye al mantenimiento en el futuro de las relaciones familiares en términos de cordialidad. Por otra parte, la mediación es un procedimiento que permite considerar las diversas dimensiones que concurren en los conflictos familiares donde coexisten aspectos legales y económicos con aspectos emocionales y afectivos. Es muy expresiva en este sentido la definición de mediación familiar que ofrece la LAMF en su artículo 2: «Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asisten facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto».

También en línea similar a las restantes leyes, la LAMF parte de la diversidad de conflictos que se están produciendo en el ámbito familiar en la actualidad. No sólo los que se ocasionan con motivo de la ruptura de la pareja, de especial relevancia para el bienestar de los menores cuando están relacionados con el incumplimiento de acuerdos en materia de pensiones alimenticias o de régimen de visitas, sino también los de naturaleza aún más compleja que vienen propiciados por la aparición en la realidad de nuevas formas de convivencia (uniones de hecho, familias monoparentales, familias compuestas por miembros que provienen de rupturas previas, con hijos por una o ambas partes, hermanos de un solo progenitor…), o los conflictos intergeneracionales que están afectando, cada vez con más frecuencia, a padres, educadores y a la sociedad en general. A lo anterior se añade la conveniencia de habilitar un procedimiento que prepare a la familia adoptiva, el adoptado y la familia biológica para afrontar el encuentro entre ellos en condiciones idóneas. La citada diversidad, y mayor complejidad de los conflictos familiares, así como el hecho cierto de que las partes implicadas deban seguir relacionándose en el futuro, ponen de relieve la dificultad de resolverlos adecuadamente por vía judicial, y la conveniencia de arbitrar nuevos mecanismos que no sean de carácter estrictamente jurídico.

4.2. Características de la mediación que contempla la ley

En la LAMF la mediación que se contempla presenta tres características:

1) Se lleva a cabo en el marco de un servicio que oferta y organiza la Administración pública competente, que es también la que determina las condiciones de prestación del servicio y las tarifas aplicables a la mediación.

Para prestar este servicio se echa mano de mediadores que, además de reunir determinados requisitos, han de estar inscritos en el Registro que se crea al efecto (Registro de Mediación Familiar de Andalucía, en adelante RMFA), quedando sujetos en el desarrollo de su función al control y supervisión de un órgano de la Administración.

El acceso al servicio de mediación que la ley prevé no es siempre gratuito, sino que depende de la capacidad económica de quienes lo soliciten. En este sentido, la LAMF reconoce expresamente en su artículo 4, entre los derechos de las partes en conflicto, el de recibir prestación gratuita de la mediación de acuerdo con las condiciones fijadas en el artículo 27, así como el de acceder al recurso de mediación abonando las tarifas correspondientes cuando se superen los límites establecidos en dicho precepto. Correlativamente, entre los derechos de la persona mediadora se incluye el de percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan, pudiendo los colegios profesionales establecer honorarios orientativos en función de la complejidad y duración de la mediación. En todo caso, en los supuestos de mediación gratuita las tarifas son establecidas reglamentariamente.

Concretando los derechos mencionados, el artículo 27 dispone que la mediación será gratuita, previa presentación de la solicitud correspondiente, para aquella parte que cumpla los requisitos económicos para ser beneficiaria del derecho de asistencia jurídica gratuita de acuerdo con la ley reguladora de este beneficio y no supere los ingresos o recursos económicos indicados en el Reglamento de 2012 (art. 18). Cuando todos los solicitantes del servicio de mediación gocen del beneficio de asistencia gratuita, el órgano competente retribuirá al mediador según las tarifas establecidas reglamentariamente. Si sólo disfruta de dicho beneficio alguno de los solicitantes, la otra parte o partes tendrán que abonar el coste de la mediación que proporcionalmente corresponda, con arreglo a las tarifas dispuestas normativamente.

2) En la LAMF se presenta la mediación como un procedimiento no jurisdiccional y voluntario (arts. 2 y 6). No jurisdiccional, porque se lleva a cabo fuera del ámbito judicial. Es voluntario, porque no se contempla como un trámite previo que necesariamente se haya de cubrir antes de acudir a la vía judicial. Esto no impide, tal y como prevén expresamente algunas leyes, que iniciado un procedimiento judicial, el juez recomiende, proponga o indique a las partes que se sometan a un proceso de mediación a fin de conseguir acuerdos que pongan fin al procedimiento judicial en marcha, o lo agilicen. Pero el juez nunca solicita la mediación ni obliga a solicitarla. En este sentido, el Reglamento de 2012 especifica que el procedimiento de mediación se iniciará a instancia de las partes interesadas, bien por iniciativa propia, o, en su caso, mediante propuesta del órgano judicial o de los servicios públicos competentes, atendiendo siempre al principio de voluntariedad en la materia (art. 16).

3) La mediación puede servir, en unos casos, para evitar el procedimiento judicial; en otros, para canalizar el procedimiento judicial por una vía más rápida y menos traumática. Señala al respecto el artículo 2.1 LAMF que la mediación tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados.

Precisamente la agilización del procedimiento judicial es uno de los resultados que se pueden obtener en particular en los casos de separación conyugal y de divorcio. Si los todavía cónyuges consiguen, a través de la mediación, los acuerdos necesarios para elaborar y presentar el convenio regulador, se podrán beneficiar del

procedimiento del mutuo acuerdo previsto en la LEC, procedimiento este mucho más rápido que el contencioso en tanto que el juez se limita prácticamente a ratificar u homologar los acuerdos a que han llegado los cónyuges. Incluso puede ocurrir también que, iniciado el procedimiento contencioso porque los cónyuges no estén de acuerdo en la separación o el divorcio, decidan someterse a mediación, bien a iniciativa propia o a propuesta del juez; en tal caso, se suspenderá el curso del procedimiento judicial mientras la mediación tiene lugar, y si se consiguen los pactos necesarios, el procedimiento judicial pasará al de mutuo acuerdo. En el supuesto de que no se consigan pactos respecto de todas las cuestiones implicadas en la crisis, pero sí en alguna de ellas, el procedimiento judicial quedará limitado a esas cuestiones concretas en las que no ha habido acuerdo. En este sentido, algunas leyes de las CCAA apuntan de manera muy expresiva que la mediación pretende evitar la apertura de procedimientos judiciales contenciosos, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

4.3. Ámbito objetivo de la mediación

En el marco de la LAMF los conflictos susceptibles de mediación son los que se producen en el seno de la familia. No obstante, a diferencia de otras leyes que se sirven de un concepto de familia más estricto, la ley andaluza parte de un concepto de familia en sentido amplio que abarca a las personas relacionadas por vínculos de parentesco, por vínculo conyugal, por vínculo convivencial similar al conyugal, e incluso a quienes, sin mantener ninguno de los vínculos mencionados, son titulares de potestades protectoras o tuitivas sustitutivas de la patria potestad. Esta circunstancia hace que el ámbito objetivo que reconoce a la mediación sea de los más amplios dentro de las leyes que existen en la materia.

De acuerdo con los artículos 1 y 3 LAMF, pueden ser objeto de mediación familiar:

— Los conflictos entre cónyuges, surgidos con motivo de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, relacionados con todas o con algunas de las cuestiones que hay implicadas en la crisis matrimonial (guarda de los hijos, el régimen de visitas del progenitor no custodio, atribución del uso de la vivienda familiar, liquidación del régimen económico matrimonial, pensiones alimenticias que procedan o la pensión compensatoria que corresponda al cónyuge que sufra un desequilibrio económico).

— Los conflictos que se produzcan en el seno de un pareja de hecho cuando se produzca el cese o la ruptura de la convivencia. Pueden estar relacionados con la guarda de los hijos, el régimen de visitas, la liquidación de las relaciones económicas existentes hasta entonces, la atribución del uso de la vivienda, las pensiones alimenticias o incluso las compensaciones e indemnizaciones que en su caso procedan a favor de alguno de los ex convivientes.

— Los conflictos que surjan en el ejercicio de la patria potestad y en el marco de las instituciones tutelares. Estarán incluidos en este apartado los conflictos entre los

padres, casados o no entre sí, en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad o incapacitados, producidos al margen de una situación de crisis de la pareja; los conflictos entre padres e hijos menores de edad (conflictos intergeneracionales), así como los que se produzcan en el marco del ejercicio de las instituciones tutelares entre las personas que desempeñan el cargo de tutor o curador, o entre tutor o curador y la persona sujeta a tutela o curatela.

— Las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones de los menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado, de consanguinidad o afinidad, y en especial los conflictos derivados del régimen de visitas o de comunicación entre abuelos y nietos, que han planteado muchos problemas en la práctica, especialmente en el caso de separación o divorcio de los padres.

— Los conflictos que se produzcan en el marco de la obligación de alimentos, entre alimentante y alimentista, por motivo de la forma de cumplimiento o las circunstancias de la prestación, así como los que ocasione el cuidado de personas en situación de dependencia, conforme a la definición ofrecida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

— La mediación familiar también está pensada para resolver los posibles conflictos que surjan entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica, e igualmente los que se produzcan entre la familia adoptante, el adoptado y la familia por naturaleza, cuando el adoptado, mayor de edad, decida materializar el derecho a conocer sus orígenes.

El ámbito objetivo de la mediación familiar en la ley andaluza es ciertamente amplio. No obstante, en esta ley, al igual que en las restantes leyes de las CCAA, la mediación queda expresamente excluida en los casos en los que exista violencia, amenaza para la vida o integridad física de alguna de las partes o integrantes de la unidad familiar [arts. 2.1 y 16.*h*)]. Si una vez iniciado el procedimiento de mediación, se infiere, a través de la información obtenida, la existencia de hecho delictivo o de amenazas para la vida o integridad física de alguna de las partes o los integrantes de la unidad familiar, el mediador está obligado a suspender el procedimiento y a poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente.

4.4. La figura del mediador

Tanto la LAMF como el Reglamento que la desarrolla dedican una especial atención a la figura del mediador como pieza clave del procedimiento de resolución aunque no tenga capacidad de decisión al respecto.

4.4.1. La designación del mediador

Como norma general, la designación del mediador concreto corresponde a los propios solicitantes de la mediación. La ley les reconoce expresamente el derecho de solicitar al RMFA el listado de personas mediadoras y elegir de común acuerdo al profesional o la profesional que va a intervenir en su proceso de mediación [art. 4.*e*)].

Sin embargo, cuando las partes implicadas, estando de acuerdo en someterse al proceso de mediación, no se ponen de acuerdo en la elección del mediador, la designación la hará el órgano encargado del RMFA y recaerá en la persona a la que corresponda según el turno de reparto establecido para la localidad donde vaya a realizarse la mediación. Lo mismo procederá en los supuestos en que alguna de las partes tuviera reconocido el derecho de mediación gratuita.

4.4.2. Requisitos para el ejercicio de la mediación

Con la idea de garantizar una eficaz y adecuada prestación del servicio, la LAMF reserva el ejercicio de la mediación familiar a profesionales en la materia, considerando como tales a quienes reúnan los requisitos que establece la propia Ley y el Reglamento que la desarrolla. Estos requisitos son varios:

Por un parte, para ejercer la mediación es necesario estar en posesión de titulación universitaria, título de grado o de formación profesional superior, y suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada del procedimiento en el que se intervenga. La LAMF, a partir de la reforma operada por obra del Decreto Ley 5/2014, de 22 de abril, no especifica ya las disciplinas concretas a que han de venir referidas las titulaciones mencionadas (art. 13).

Por otra parte, es igualmente requisito a los mismos efectos la inscripción en el RMFA. Aunque la LAMF parece consagrar el carácter potestativo de la inscripción en el Registro («Cualquier profesional que quiera desarrollar la mediación familiar como persona mediadora o, en su caso, como parte integrante del equipo de personas mediadoras […] podrá solicitar su inscripción en el Registro, a efectos de publicidad e información y, en su caso, a efectos de su adscripción al sistema de turnos», art. 18.2); sin embargo, el artículo 2 del Reglamento de 2012 se decanta por el carácter obligatorio de la misma, lo que permite concluir que para ejercer la mediación en el marco del servicio que oferta la Administración andaluza es requisito previo la inscripción del mediador («Para el ejercicio de la mediación familiar en Andalucía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, deberán solicitar la inscripción en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía quienes reúnan los requisitos establecidos en este Reglamento y vayan a desarrollar su actividad profesional en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía», art. 2).

En todo caso, la inscripción en el RMFA presupone la necesidad de acreditar una formación específica o la experiencia en el ámbito de la mediación que reglamentariamente se establece (art. 13 LAMF). El Reglamento de 2012, completando la regulación legal, dispone que la formación específica será de posgrado, impartida u homologada por las Universidades y deberá consistir en superar un curso con una duración no inferior a trescientas horas o su equivalente en el Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS), de las cuales al menos sesenta tendrán carácter práctico, con un mínimo del 80 por 100 de asistencia y con el contenido que se establezca por Orden de la Consejería competente. Además, aunque no como requisito para conseguir la inscripción en el RMFA sino para que se

prorrogue la vigencia de la inscripción practicada una vez transcurridos tres años desde la misma, el Reglamento exige que se deberá acreditar una formación continua con carácter trienal, consistente en la realización durante ese período de nuevos cursos de formación de al menos sesenta horas acumulables en materias relacionadas con la mediación familiar (art. 5). Por Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de 16 de mayo de 2013, se han establecido los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras.

A diferencia de otras leyes, la LAMF contempla expresamente los que denomina equipos de personas mediadoras. Son agrupaciones de profesionales de la mediación, cualquiera que sea la fórmula que adopten al respecto, que se organizan al objeto de fomentar la colaboración interdisciplinar en el ejercicio de la mediación. Es ésta una previsión que puede ser de gran utilidad, dado que en los conflictos familiares hay implicadas cuestiones de muy diferente alcance que hacen aconsejable, cuando no necesario, el recurso al conocimiento y experiencia de profesionales de ámbitos distintos. En todo caso, la mediación implica la actuación individual de un profesional; el resto de los que integren el equipo de mediación se limitan a prestar su apoyo al mediador principal cuando fuere preciso, de manera que éstos no van a tener relación alguna con las partes en conflicto. No obstante, el Reglamento de 2012 permite al mediador proponer, en cualquier momento del proceso, la presencia de otras personas cualificadas profesionalmente, previa aceptación de las partes (art. 23.2). Para constituir un equipo de personas mediadoras es imprescindible que al menos tres de ellas tengan titulaciones distintas, dentro de las establecidas en el artículo 13 LAMF.

4.5. Principios de la mediación familiar

En la misma línea de las restantes leyes de las CCAA, la ley andaluza consagra los principios que han de informar la mediación, muchos de ellos presidiendo la actuación del mediador.

— Principio de voluntariedad.

La decisión de someterse a un proceso de mediación corresponde adoptarla, con plena libertad, a los propios implicados en el conflicto: «… podrán iniciar el procedimiento de mediación cuando libre y voluntariamente así lo decidan todas las partes en conflicto, ya sea antes de la iniciación de las actuaciones judiciales, en el curso de las mismas o incluso una vez finalizadas» (art. 6 LAMF). Además, una vez iniciada la mediación, las partes pueden manifestar su voluntad de desistimiento en cualquier fase del procedimiento [art. 4.*a*)].

La voluntariedad también alcanza, en cierto sentido, a la persona mediadora. El mediador, si bien debe iniciar la mediación en los plazos que en su caso se establezcan, y no puede declinar el nombramiento a su favor salvo que esté comprometida su imparcialidad, también puede renunciar a iniciar un procedimiento de mediación, o a continuarlo, desde el momento que aprecie falta de voluntad por

alguna de las partes, o exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento de mediación (signos de violencia, falta de colaboración, falta de respeto a las condiciones establecidas o a los principios...) [arts. 15.*b*) y 25.*d*)]. La renuncia debe ser razonada y comunicada por escrito al órgano competente, cuando la mediación sea gratuita.

— Principio de imparcialidad.

El mediador no puede tener interés alguno, a favor o en contra, de una de las partes. Como establece el artículo 8 LAMF, deberá ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas. El artículo 16, por su parte, incluye entre los deberes del mediador el de mantener la imparcialidad, preservando la igualdad y equilibrio de las partes durante el proceso de mediación.

Para garantizar la imparcialidad, la ley impone al mediador el deber de declinar la designación que se hubiere hecho a su favor, y apartarse del proceso de mediación, cuando concurra alguna circunstancia o causa legalmente contemplada. Son motivos de abstención en concreto, según el artículo 17, haber realizado actuaciones profesionales a favor o en contra de alguna de las partes con anterioridad, la existencia de vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el 4.º grado o de afinidad hasta el 2.º grado, o amistad íntima o enemistad manifiesta entre el mediador y alguna de las partes, así como la existencia de un interés directo (económico o personal) en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pueda influir el resultado de la mediación (art. 17 LAMF). En supuestos así, si el mediador no se abstiene de intervenir, las partes en conflicto podrán promover la recusación en cualquier momento del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establecen. De hecho, el artículo 4.*c*) reconoce expresamente, como derecho de las partes en conflicto, el de recusar al profesional designado para el proceso de mediación si se da alguna de las causas legales de abstención.

— Principio de neutralidad.

Partiendo de que en la mediación el poder de decisión reside en las partes, este principio impone al mediador abstenerse de dar su opinión. El artículo 8 LAMF señala que el mediador no podrá imponer soluciones o medidas concretas y respetará los distintos puntos de vista. Queda de manifiesto con ello que la función del mediador no es dirimir el conflicto, sino abrir vías de comunicación entre las partes para conseguir que sean ellas mismas las que lleguen a soluciones pactadas. No en vano, el artículo 16, entre los deberes del mediador, incluye el de propiciar que las partes tomen sus propias decisiones y que dispongan de la información y asesoramiento suficientes para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria libre, voluntaria y exenta de coacciones.

— Principio de confidencialidad.

Este principio impide que la información obtenida a través de un proceso de

mediación pueda ser revelada al exterior. El artículo 16 LAMF impone al mediador el deber de mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación, lo que completa el artículo 9 disponiendo que no podrá desvelar durante el proceso de mediación, e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado.

El principio de confidencialidad trae consigo que el mediador, una vez finalizado el proceso de mediación, no pueda asistir ni representar a ninguna de las partes en un litigio posterior relacionado con ese proceso, debiendo comunicar al tribunal el haber ejercido de persona mediadora en caso de ser citado como testigo o designado como perito/a (art. 17.3). A diferencia de otras leyes de CCAA que se pronuncian en un sentido mucho más tajante prohibiendo directamente al mediador actuar como testigo o perito, la fórmula que utiliza la LAMF («deberá comunicar...») parece dar e entender que el mediador puede ampararse en el secreto profesional para justificar su no concurrencia como testigo o perito, o bien la no revelación de datos que haya obtenido a través del proceso de mediación.

El deber de confidencialidad no es sin embargo absoluto. Por una parte, cede y es sustituido por el contrario —el deber de información a las autoridades competentes— cuando a través del proceso de mediación se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o integridad física de alguna de las partes o de cualquier persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación con éstas, descendientes o ascendientes que integren el núcleo familiar, aunque no sean parte del proceso de mediación [art. 16.*h*)]. Por otra parte, el deber de confidencialidad no se infringe cuando la información que obtiene el mediador en el curso de la mediación se utilice con fines de investigación o de formación, siempre que no se aporten datos que permitan identificar a los protagonistas y con el consentimiento expreso de quienes estén directamente afectados (incluidos los niños/as mayores de doce años y debiendo ser oídas las personas menores de esta edad).

— Principio de prioridad del beneficio de menores y personas dependientes.

Lo consagra el artículo 7 LAMF como principio básico que ha de regir las actuaciones de mediación. En la misma línea, y de manera más expresiva, el artículo 21 del Reglamento de 2012 establece que la persona mediadora debe procurar que en los acuerdos que se adopten se priorice el interés superior y el bienestar de las personas menores y de las personas con discapacidad o en situación de dependencia. Este mismo precepto determina también que el mediador debe procurar que no se produzca un desequilibrio de poder entre las partes. Aunque la LAMF, a diferencia de otras leyes, no formula de manera expresa el principio de igualdad como rector también de la mediación, puede considerarse incluido en ese apartado del artículo citado. Hay que tener en cuenta que el acceso a la mediación ha de producirse cuando los implicados en el conflicto se encuentren en un plano de paridad, no existiendo predominio de una parte sobre la otra. Una posición de superioridad de una de las partes hará que la solución adoptada pueda considerarse como impuesta a la otra.

— Principio de buena fe.

Las partes implicadas en la mediación se han de comprometer a colaborar con la persona mediadora durante el desarrollo del procedimiento y en orden al cumplimiento de los acuerdos que se adopten (art. 11 LAMF). En lo que incumbe al mediador, deberá conducir el proceso de mediación con una adecuada práctica y ética profesional.

— Principio de inmediación.

Todas las personas participantes en el proceso de mediación están obligadas a asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de personas intermedias o representantes [art. 10 y 5.*d*) LAMF, art. 23 Reglamento de 2012].

Algunas leyes de mediación, para situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, permiten la utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos que faciliten la comunicación a distancia, siempre que se produzca con las debidas garantías de autenticidad e identidad. La LAMF no contiene una previsión semejante. El Reglamento de 2012 se limita a declarar, con carácter general, que «en los procedimientos administrativos que se regulan en el presente Reglamento se podrán utilizar medios telemáticos, informáticos y electrónicos adecuándose al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal…» (art. 4).

— Principio de flexibilidad.

El procedimiento de mediación deberá desarrollarse de una manera flexible, adaptándose a la situación concreta a tratar y a las circunstancias y disponibilidad de las partes en conflicto, si bien respetando las normas mínimas establecidas en la ley como garantía de calidad (art. 12 LAMF). La flexibilidad es una de las ventajas de la mediación.

4.6. Procedimiento de mediación

En consonancia con el principio de voluntariedad, en la LAMF es necesario para iniciar el proceso de mediación una petición en tal sentido de las partes en conflicto que puede formularse por todas ellas, actuando conjuntamente, o a instancia sólo de alguna, si bien en este último caso, como señala el artículo 20, la aceptación o consentimiento de las otras partes ha de acreditarse con posterioridad, dentro del plazo que la propia ley marca, que es el de un mes a contar desde que se solicita la mediación. Al mismo tiempo, en su caso, se realizará la solicitud de mediación gratuita por la parte o partes interesadas.

Presentada la solicitud y designada la persona mediadora que haya de intervenir, bien por partes solicitantes, bien por el órgano encargado del Registro RM, convocará a las partes a una reunión inicial en la cual les informará de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración, de los honorarios profesionales, y, en su caso, de la necesidad de recibir

asesoramiento jurídico o sobre la conveniencia de la intervención de otro profesional para la redacción del acuerdo que se alcance (arts. 22 LAMF y 24 Reglamento de 2012). En la misma reunión inicial las partes expondrán las cuestiones en conflicto y los motivos que les llevan a hacer uso de la mediación, y se planificarán las sesiones que se consideren necesarias. De la reunión inicial se levantará acta, que será firmada por las partes y el mediador (art. 23 LAMF y art. 4 Reglamento de 2012). En esta primera fase previa se obtienen dos elementos importantes: la prestación del consentimiento libre y voluntario por cada una de las partes en conflicto para la celebración de la mediación, y la información suficiente para conocer todas las circunstancias relevantes del proceso de mediación.

A partir de la reunión inicial es cuando comienza el procedimiento de mediación propiamente dicho. Las partes tendrán que asistir a las sesiones previstas y lo han de hacer personalmente (art. 10 LAMF y art. 23 Reglamento de 2012). Estas sesiones se realizarán bajo las directrices del mediador y con la aplicación de las técnicas y habilidades propias de la mediación. De cada una de éstas se podrá redactar, a petición de cualquiera de las partes, el correspondiente documento justificativo de asistencia (art. 23 LAMF). En el caso de que no comparezcan todas o alguna de las partes a cualquiera de las sesiones a las que hayan sido convocadas por causa justificada, deberá señalarse una nueva sesión por una sola vez, en los diez días siguientes. Si el proceso de mediación no se puede llevar a cabo por inasistencia injustificada de alguna de las partes, se levantará acta y se dará por terminada, comunicándolo a las partes, a la Delegación provincial de la Consejería competente y al órgano encargado del RMFA.

La duración del procedimiento de mediación dependerá de la naturaleza, complejidad y conflictividad de las cuestiones objeto de debate. Precisamente, a la vista de estas circunstancias, el mediador, como indica el artículo 26 Reglamento de 2012, realizará una previsión razonable de su duración. No obstante, seguramente para que evitar que se pueda utilizar como un mecanismo dilatorio de la crisis, especialmente en los casos de separación y de divorcio, la LAMF fija un límite temporal que es de tres meses a contar desde que se levante el acta inicial (art. 24). Este plazo se puede proponer que se prorrogue, «cuando se aprecie la necesidad de ampliarlo para la consecución del acuerdo», por un nuevo período de tres meses.

Si en el plazo previsto se consiguen los acuerdos pretendidos, terminará el proceso de mediación. Se levantará acta final, que será firmada por las partes y el mediador. Los acuerdos alcanzados, según establece el artículo 26 LAMF, serán vinculantes, válidos y obligatorios para las partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA VILLALUENGA, L.: *La mediación familiar*, en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, capítulo 16, 2011.

MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2010.

B) DERECHO DE FAMILIA Y MEDIACIÓN FAMILIAR

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesora Contratada Doctora. Acreditada a Titular
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO DE FAMILIA Y MEDIACIÓN. 2.1. *Derecho de familia*. 2.2. *Mediación familiar*. 2.3. *Materias objeto de mediación familiar*. 3. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación es uno de los fenómenos que la sociedad ha empezado a conocer positiva y progresivamente desde hace ya algún tiempo. Abordar este tema implica que nos situemos inmediatamente en el contexto de los ADR o *Alternative Dispute Resolution*, que junto con el arbitraje se presentan como los dos principales mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Surgió en EEUU a causa de la necesidad de otro tipo de vías, privadas, que solucionaran conflictos entre particulares. Los órganos jurisdiccionales se veían desbordados por el gran número de controversias y el sistema judicial no estaba capacitado para dar solución a los mismos. La idea inicial de este movimiento era poder formar a un profesional, en este campo, a través de unas técnicas de comunicación para, con la colaboración de las partes, poder resolver el conflicto.

El éxito del movimiento ADR se debe, en primer lugar, a la aparición en la sociedad civil de nuevas instituciones, con la pretensión de ofrecer respuesta a las crisis de representatividad que padecen las sociedades actuales con los profundos cambios sociales y la complejidad de unos conflictos cada vez más concretos y específicos que requieran un tratamiento especializado. Y en segundo, al aumento de los litigios, ante una sociedad que crece en cultura democrática y en consecuencia acude en mayor medida a la justicia para resolver los conflictos y la ineficacia del sistema judicial para resolverlos (Rondón García, L. M., 2012: 25-26).

Indudablemente el protagonismo que están alcanzando estos sistemas alternativos de resolución en la sociedad es progresivo y cada vez mayor. El fenómeno de la mediación se estructura como punto de partida sobre el contexto de que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes que tienen el conflicto para que negocien sobre las cuestiones objeto de tal forma que adopten acuerdos comunes. Se trata de un recurso con numerosas ventajas, como se verá a lo largo del presente

trabajo y de toda la obra. Son numerosas las leyes que a lo largo de estos años han regulado, abierto y, por tanto, implantado con fuerza, el camino de la mediación, especialmente la familiar. Así ocurre en las Comunidades Autónomas, que lo hacen a través de ley propia desde el año 2001 en Galicia, Cataluña y Valencia, y progresivamente en las demás, Canarias y Castilla-La Mancha 2005, Castilla y León 2006, 2007 Principado de Asturias y Madrid, País Vasco 2008, Andalucía, Baleares 2010, y Cantabria y Aragón 2011. Todas ellas se acompañan de numerosas normas autonómicas en mediación familiar.

Ya en 1998, la Recomendación n.º R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, recomendaba, como indica el propio texto, a los gobiernos de los Estados, instituir o promover la mediación familiar o reforzar la existente, así como adoptar todas las medidas necesarias para la promoción y utilización de la misma como forma de resolución de los conflictos familiares, en base a unos principios generales. Todo ello surge por el creciente aumento de separaciones y divorcios, y las consecuencias perjudiciales para las familias, sumado al coste económico y personal que se deriva. Igualmente por la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor en este tipo de conflictos y especialmente por las características que se derivan de este tipo de situaciones familiares: relaciones que continuarán en el tiempo, contexto emocional que las agrava, impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente los hijos, entre otras.

Indica, la citada recomendación, que recurrir a la mediación puede: *a*) mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; *b*) reducir los conflictos entre las partes en litigio; *c*) dar lugar a acuerdos amistosos; *d*) asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos; *e*) reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados; *f*) reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos.

De forma breve, pero necesaria, hemos de referirnos a la normativa existente a nivel nacional. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, supuso una de las reformas más importantes en el Derecho de familia. Basada en principios tan asumibles como el de libertad de los cónyuges, voluntad para decidir su estado marital, dignidad o libre desarrollo de la personalidad, supuso, a pesar también de sus carencias, un nuevo paso trascendente para situar la figura del divorcio con autonomía respecto a la separación, pudiendo solicitarse ambos por la sola voluntad de los cónyuges y sin concurrencia de causa alguna. Esta reforma posibilitó nuevas respuestas al reclamo de una aplicación más rápida, fácil y sustentada en la propia voluntad de los cónyuges.

Igualmente modificó los artículos 770.7 y 777.3 LEC, de forma que las partes pueden pedir en cualquier momento al juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. Todo ello con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior

del menor. Se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador imparcial y neutral.

Indica en su disposición final tercera que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

El plazo de transposición de la Directiva, mencionada anteriormente, finalizó el 21 de mayo de 2011, y, para evitar que se prolongara en exceso la situación de retraso en el cumplimiento, en cumplimiento de lo establecido en su artículo 12, se reguló la materia a través del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el 7 de marzo de 2012. Este RD-L transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva (cuyo ámbito de aplicación se reducía a asuntos transfronterizos), y además viene a regular la mediación en Derecho interno, desde el ámbito de la competencia del Estado, dando cumplimiento a la disposición final 3.ª de la Ley 15/2005.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, expone en su preámbulo que, entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

El objeto de la mediación son las controversias sobre asuntos civiles o mercantiles. Por lo que respecta a los asuntos civiles, excluyendo la mediación familiar que se verá con más detenimiento, éstos han de versar sobre materias referentes a la normativa contenida en el ámbito del Derecho civil. Es por ello que acoge conflictos derivados de los contratos, de la propiedad horizontal o de las sucesiones, entre otras materias. Frente a la distinción tradicional entre mediación civil y mediación familiar, la Ley catalana aboga por una uniformidad en su regulación, ya que en relación al resto de normas autonómicas sobre esta materia se decanta por una única regulación que comprende aspectos civiles de forma general. Desde este prisma, la Ley catalana incide en que la función mediadora comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro. Especialmente, la Ley alude a los supuestos de conflictos surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones. Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los Juzgados. Cualquier otro conflicto

de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los Juzgados.

Respecto a las sucesiones, y aunque el Tribunal Supremo no es muy proclive a hablar de mediación, sorprende que, en ocasiones, lo ha hecho para referirse a asuntos derivados de las transmisiones *mortis causa*. Destacar, en este sentido, la referencia que a la misma se hace en la STS 11/2012, de 19 de enero, al indicar que «la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación».

El ámbito material de aplicación de la Ley 5/2012 se completa con las exclusiones contempladas en el artículo 2.2, al disponer que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Ahora bien, hay que señalar que las referidas exclusiones no lo son para establecer la limitación de la mediación en esos ámbitos, sino más bien para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

Por otra parte, el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, parte de una concepción abierta de la formación, acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores. Por ello no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de esa formación, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios. De éstas dependerá la formación que haya de recibir un mediador para contar con la preparación necesaria.

No obstante, dentro de esa concepción abierta de la formación, sí parece necesario establecer algunas reglas básicas que preserven el objetivo de aquélla de dotar a los profesionales de la cualificación idónea para practicar la mediación. Este Real Decreto tiene por objeto desarrollar las disposiciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en relación con la formación y el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Importante es destacar en este sentido los datos emitidos por el CGPJ en su memoria de 2013, que hace una comparativa de los distintos ámbitos de la mediación durante 2011 y 2012. Es positivo el impacto de la misma, aunque a nivel autonómico, como se ha señalado los ciudadanos la conocen.

En 2011, y por lo que a la mediación familiar se refiere, se derivaron a mediación 3.181 casos, cerrándose 2.728, efectuadas 1.059, terminadas con acuerdo 358, y sin acuerdo 701. En 2012, se derivaron 3.056, se cerraron 2.678, de las que se efectuaron

910, finalizando con acuerdo 286 y sin acuerdo 624.

Las conclusiones del CGPJ en referencia a éstos son que: 1. La mediación familiar es la mediación más consolidada en los Juzgados, sobre todo por las numerosas leyes autonómicas desarrolladas con anterioridad a la publicación de la Ley 5/2012; 2. Funciona, evidentemente, más y mejor en aquellas CCAA que la tienen integrada dentro de sus servicios y hacen una apuesta a largo plazo; 3. En el segundo semestre de 2012 nos encontramos con una disminución tanto del número de Juzgados que han hecho derivaciones, como del total de derivaciones efectuadas (han disminuido un 23,56 por 100 en el segundo semestre respecto al primero). Probablemente la crisis, la falta de dotación presupuestaria que ha afectado a muchos Equipos de Mediación tenga su repercusión en este dato; 4. La disminución de derivaciones, en la comparativa anual 2011/2012, se sitúa en el 3,93 por 100; 5. El índice de acuerdos en las mediaciones efectuadas se sitúa en el 31,42 por 100, cifra que, dada la dificultad por el enquistamiento de las relaciones que supone, en la mediación familiar resulta muy interesante. Además se ha comprobado en algunos Equipos de Mediación que en muchas situaciones, aun no llegándose a acuerdos en la mediación, se han alcanzado después en vía judicial, y que el simple hecho de asistir a la mediación tiene una incidencia en el conflicto en vía jurisdiccional.

2. DERECHO DE FAMILIA Y MEDIACIÓN

Situada ya la mediación en sus parámetros más generales, conviene ahora centrarnos en la incidencia y asuntos en los que se refleja la mediación familiar en el ámbito del Derecho civil. Las relaciones jurídicas derivadas de los procesos de familia son en la mayoría de los casos personalísimas y todas presentan como denominador común una fuerte carga emocional, que ha de ser tratada por distintos profesionales debido al carácter interdisciplinar que presentan las relaciones familiares desde la perspectiva del Derecho.

2.1. Derecho de familia

En una aproximación muy inicial al concepto de familia en general, y nuclear en particular, entendemos que se trata del conjunto de personas unidas por vínculos derivados del matrimonio o del parentesco por consanguinidad. Dentro del Derecho civil, el Derecho de familia se configura con unas características propias y definidas que permiten diferenciarlo de cualquier otra rama. Su objeto de regulación, la familia, presenta una dimensión jurídica, dada la relevancia personal que predomina, fuertemente implicada por aspectos históricos, sociales, culturales y religiosos.

Todas las materias que recogen las leyes sobre mediación familiar derivan de los pilares básicos en que se asienta este Derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Las relaciones básicas de la familia que se regulan en nuestro Código Civil parten del matrimonio, considerado como el modelo más extendido socialmente de creación de

la familia, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales. Matrimonio y su ruptura son los dos ejes fundamentales que sustentan el punto de arranque de este Derecho de familia. Requisitos para contraer matrimonio, forma de celebración, inscripción en el Registro Civil, derechos y deberes de los cónyuges constituyen la normativa básica en cuanto a esta institución. Si bien todo ello se basa en nuestro pasado histórico común; sin tener en cuenta, hoy en día, otro tipo de relaciones que puedan tener la trascendencia jurídica que generan a partir de los usos y costumbres. Nulidad, separación y divorcio son las consideradas como crisis matrimoniales, basadas fundamentalmente en la libre voluntad de los contrayentes.

Con igual intensidad recoge nuestro Derecho de familia las relaciones paterno-filiales, tanto en su vertiente personal como patrimonial. Filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. Derechos y deberes de los padres y de los hijos, ejercicio de la patria potestad, representación legal de los hijos, teniendo en cuenta su grado de madurez en relación a los derechos de la personalidad y otros que pueda realizar por sí mismo, así como la administración de sus bienes. Por razones históricas, es habitual incluir en el Derecho de familia las relaciones derivadas de la tutela y otras instituciones de guarda de menores o incapacitados no sujetos a patria potestad. Destacando el acogimiento y la tutela y guarda administrativa. Y por último, se incluyen, aunque quizás con menor relevancia, las relaciones de parentesco.

Aun cuando el modelo actual de familia ya no se circunscribe únicamente al de la pareja heterosexual basada en el contrato matrimonial. Parece encontrarse hoy un denominador común: el elevado número de parejas que entran en *crisis* y la conflictividad en el seno de las relaciones familiares. Esta dinámica ha provocado la necesidad de un redimensionamiento de los principios que inspiran al Derecho de familia y, por tanto, del propio Derecho matrimonial. Ante esta situación, es de indudable importancia la mediación familiar, como la forma de favorecer la comunicación y cooperación entre las partes que tienen el conflicto en cualquiera de las relaciones que se derivan del concepto de familia.

La adaptación del Derecho de familia a la evolución de la sociedad supone un objetivo necesario para la puesta en práctica de una política social y jurídica favorable a la pareja y a la familia. A la par que se reconoce un amplio margen de autonomía y libertad a los sujetos, desde un plano de igualdad, se debe incidir también en la exigencia del cumplimiento de los deberes éticos surgidos del compromiso adquirido, tales como la lealtad, la solidaridad, el respeto mutuo y la responsabilidad. Deberes que han de extenderse a la ruptura del vínculo y en los que la mediación familiar constituye un medio idóneo para la solución de los conflictos familiares que subyacen, manteniendo estos principios en la búsqueda de soluciones consensuadas.

2.2. Mediación familiar

Según lo expuesto, la mediación familiar deriva a grandes rasgos de las materias que componen el Derecho de familia. Se define la misma como un sistema

cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, el cual, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas y atienda también a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados; dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión (García Villaluenga, L., 2006: 275).

Se trata, en esta línea, de un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares (Ortuño Muñoz, P., 2005: 1104).

De forma muy esquemática hemos de resaltar que la mediación se basa en principios como la voluntariedad de las partes, la imparcialidad del mediador, la neutralidad del mismo para facilitar la comunicación entre ellos, la confidencialidad, el respeto a los intereses de los menores o la buena fe, entre otros. En cuanto a los que inspiran el procedimiento, básicamente resaltar la inmediatez y el carácter personalísimo, la transparencia, antiformalismo y flexibilidad, en el sentido de que se trata de un funcionamiento abierto, flexible y sin condicionamientos previos, la sencillez y celeridad, entre otros. Importante saber que la mediación complementa que no sustituye, en muchos casos, la vía judicial.

Fundamental resulta la colaboración y el apoyo permanente al mediador. La figura de éste es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. Algunas leyes de Comunidades Autónomas recogen el supuesto de que el mediador solicite asesoramiento y/o información de otros profesionales para poder llegar a una mejor resolución de la controversia planteada.

En cuanto al procedimiento, la mediación supone una actividad en la que las partes procuran alcanzar la mejor solución para solucionar un determinado problema. El procedimiento de mediación se regula en el Título IV de la Ley 5/2012 (arts. 16 a 24), y asume las siguientes fases: 1. Inicio, de conformidad con el artículo 16 el procedimiento de mediación se puede iniciar de común acuerdo entre las partes o sólo por una de ellas. En ambos casos la solicitud de mediación se debe formular ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes. Cabe la posibilidad que se quiera iniciar un procedimiento de mediación estando ya en curso un proceso judicial. En estos casos, las partes, siempre de común acuerdo, pueden solicitar su suspensión (de conformidad con lo establecido en la legislación procesal) y continuar por la vía de la mediación para llegar a solucionar el conflicto;

2. Información, se informa a las partes de las posibles causas que pueden afectar a la imparcialidad del mediador, de las características de la actividad del mediador, de su formación y experiencia, así como todos los aspectos relacionados con las sesiones; 3. Sesión constitutiva, aquí las partes manifiestan su deseo de alcanzar una solución a su problema a través de la mediación; 4. Desarrollo de las actuaciones de mediación, el mediador convocará a las partes, y esta comunicación puede ser o no simultánea; 5. Terminación del procedimiento, el procedimiento de mediación puede acabar en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo; 6. Acuerdo de mediación, puede tratar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación. El mediador debe informar sobre el carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al efecto de configurar el acuerdo como un título ejecutivo. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo se podrá ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (Febles Yanes, E. M., 2013: 8-10).

2.3. MATERIAS OBJETO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Como hemos apuntado anteriormente, y se desarrolla en otra parte del presente tratado, la legislación autonómica sí recoge minuciosamente las materias objeto de mediación familiar. La Ley 5/2012 manifiesta en su preámbulo las ventajas de la mediación como instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto afecta a derechos subjetivos de carácter disponible, y crea un título ejecutivo mediante la elevación de los acuerdos a escritura pública, si las partes lo desean, pudiéndose instar su ejecución directamente ante los tribunales.

El artículo de 2 de la citada ley establece que se aplicará a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes. Trasladado esto al Derecho de familia, y por ende a la mediación familiar, no creemos que sea posible que de los acuerdos de mediación se pueda crear un título ejecutivo directo, ya que esta materia, en la mayor parte de los casos, afecta al interés del menor y al orden público en general. Es por ello que el acuerdo alcanzado en mediación deberá incorporarse al proceso objeto de la controversia. Sobre todo en casos de crisis matrimoniales y custodia de los hijos.

En principio, se acogen en la ley nacional de forma genérica todos los asuntos civiles. Por lo que respecta al objeto de nuestro trabajo, hemos de señalar que el Protocolo de Mediación Familiar aprobado por el CGPJ indica que la mediación familiar ha de comprender de forma específica las siguientes materias, entre otras: *a*) Situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio que deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador; *b*) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia; *c*) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales; *d*) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos; *e*) Los

conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos; *f*) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar; *g*) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes; *h*) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco; *i*) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico; *j*) Los conflictos familiares derivados de la nacionalidad.

Al hilo de lo anterior, hemos de referirnos al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que añade un nuevo artículo 2 bis a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles cuyo número primero se delimita al ámbito de la mediación familiar en términos generales, mientras que en el número dos se establece un catálogo de materias susceptibles de ser sometidas a la mediación.

En el primero de los puntos se establece que: «La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente». En consonancia con lo comentado anteriormente, esto corrobora, y por tanto es innecesario, lo establecido en el número uno del artículo dos de la vigente ley, que excluye de la mediación los asuntos civiles y mercantiles cuyos derechos y obligaciones no estén a disposición de las partes.

En cuanto al segundo de los puntos, recoge un amplio abanico de los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley y que son los surgidos: *a*) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas. *b*) En los supuestos de sustracción internacional de menores. *c*) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar. *d*) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho. *e*) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia. *f*) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores. *g*) En relación con la obligación de alimentos entre parientes.

En definitiva, como se puede observar, caben dentro de la mediación los conflictos derivados de las relaciones familiares. La mediación se basa en la premisa de que, en el entorno adecuado, las partes en conflicto pueden mejorar sus relaciones y avanzar hacia la cooperación, como señalan las Naciones Unidas en las directrices para una

mediación eficaz. La filosofía de la mediación consiste en empoderar a los ciudadanos y facilitarles herramientas para resolver por sí mismos los conflictos.

3. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

El Protocolo sobre Mediación Familiar desarrollado en el seno del Consejo General del Poder Judicial establece las ventajas de las soluciones de autocomposición o consensuales alcanzadas a través de la mediación frente a los efectos que generalmente provoca el proceso contencioso en el grupo familiar. Éstas son: 1. Construye relaciones y favorece la comunicación; 2. Disminuye tensiones. Aumenta el comportamiento pacífico; 3. Se alienta la cooperación; 4. Se limitan las consecuencias negativas y posibles secuelas en hijos, favorece su ajuste personal, no se les somete a elección, no se sienten culpables, les proporcionan información coherente según su edad, no se les hace protagonistas; 5. Eleva la satisfacción psicológica y personal. Aceptación mejor de su situación futura; 6. Asumen responsabilidades los propios participantes. Retoman su protagonismo; 7. Se ajustan los acuerdos u opciones a sus necesidades reales; 8. Aumenta su información general e información coherente a hijos; 9. Empieza a desaparecer el sentimiento ganador/perdedor; 10. Mirar al futuro; 11. Favorecer la flexibilidad, colaboración ante posibles cambios e incidencias; 12. Disminuye el coste afectivo, económico y temporal; 13. Probabilidad alta de cumplimiento de la resolución judicial.

Dadas las ventajas que plantea, tanto a nivel intrajudicial como extrajudicial, se hace necesario fomentar y estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una «cultura de la mediación». Es y será ésta la forma de reducir litigios en el marco de las relaciones familiares, y llegar a los acuerdos que verdaderamente las partes desean.

En al ámbito familiar, principalmente en las separaciones y divorcios, tiene mayor incidencia cuando se trata de la guarda y custodia de los hijos, máxime si hablamos de la compartida.

El principio rector de la decisión relativa a la modalidad de guarda y custodia ha de ser el interés del menor, representado por el logro de la formación integral de su personalidad, atendida en función de sus aptitudes morales, intelectuales o físicas, de tal modo que en supuestos de divorcio las obligaciones de los padres comprendidas en la potestad parental en lugar de reducirse tienden a aumentar en función de la nueva situación no deseada y, generalmente, rechazada por los hijos, lo que tiende a originarles problemas psicológicos, morales o afectivos que han de motivar la adecuada atención y tratamiento por sus progenitores, atendiendo a las características personales de los menores, dentro de las que han de tener una especial consideración la edad (SAP de Tarragona de 22 de julio de 2011).

Son numerosos los casos en los que el régimen adecuado es el de custodia compartida, pero el procedimiento se dilata por la mala relación de los progenitores. Casos en los que la mediación puede y debe ser, sin duda, el camino para llegar a un

acuerdo, en el que se proteja no sólo el interés del menor, sino también los derechos de los padres a estar con sus hijos.

La STS 257/2013, de 29 de abril, fue determinante para que se planteara y avanzara en una nueva regulación de la custodia compartida y en la importancia de la mediación familiar, dada la situación familiar que se deriva del caso. Se solicita que se atribuya la guarda y custodia de la hija menor de edad al padre. Sin perjuicio de ello, la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, que adoptarán de común acuerdo, y velando siempre por su interés, todas las decisiones que afecten a la menor, decidiendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial. La madre contestó a la demanda, oponiéndose y pidiendo que se declare la guardia y custodia a favor de ella, siendo la patria potestad compartida por ambos, y con un amplio régimen de visitas. Otorgada al padre, recurre a la Audiencia, la cual confirma la resolución. Ninguno planteó la custodia compartida, tan sólo el Ministerio Fiscal al principio, ni mucho menos la derivación a mediación. La Audiencia mantiene la unilateral y niega la compartida en base a las restricciones del artículo 92.8 del Código Civil. El informe psicológico determina que «ambos progenitores tienen suficiente capacidad y voluntad de ejercer la maternidad/paternidad responsable en sus distintas dimensiones cognitiva, afectiva y social y se destacan las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una paternidad/maternidad responsable». El Tribunal Supremo declara la custodia compartida, y lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores.

En supuestos así, y en la mayoría de casos de esta índole, se han de tener en cuenta los beneficios mostrados por la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del CGPJ. Expone la misma que la mediación se ha demostrado beneficiosa aunque no se alcancen acuerdos, ya que se constata una mejora de la comunicación de las partes y una disminución de la tensión entre ellas. No se ha realizado un seguimiento a largo plazo de los progenitores, pero sí hay casos en los que, después de realizar varias sesiones de mediación y finalizar el proceso sin acuerdo, se ha abierto una vía de diálogo que ha finalizado en la liquidación de gananciales y el abono de las deudas de alimentos pendientes que motivaban reiterados procedimientos de ejecución.

Asimismo, manifiesta que se facilita el reconocimiento por ambos de una coparentalidad responsable y la colaboración futura en beneficio de los hijos. Las partes pueden expresar su sufrimiento y aceptar el del otro, favoreciendo el avance sano en las etapas de la ruptura. Las personas que han utilizado la mediación para gestionar su ruptura consideran la mediación como una herramienta de ayuda que mejora la comunicación, favorece el mantenimiento de la relación con los hijos, suaviza las emociones, cambia la percepción del conflicto y disminuye la conflictividad.

Para los hijos: se evita el involucramiento de los hijos en el conflicto y el posible conflicto de lealtades que supone graves consecuencias para los hijos. Se mantiene la autoridad de los padres, que explican a sus hijos los cambios en la familia que han decidido de forma consensuada y coherente, lo que facilita a los hijos el

entendimiento de la separación. Se limitan las consecuencias negativas. Favorece la posibilidad de una custodia compartida o de un amplio régimen de visitas y evita la pérdida de uno de los progenitores.

4. BIBLIOGRAFÍA

COSTAS RODAL, L.: «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Doctrinal Aranzadi*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «La mediación familiar y la vertebración territorial en España», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 2/2013 parte Estudio, Pamplona, 2013.

GARCÍA VILLALUENGA, L: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, Madrid, 2006.

GARCÍA PRESAS, I.: *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*, Jurúa, Lisboa, 2010.

FÁBREGA RUIZ, C. F. y HEREDIA PUENTE, M.: «La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia», *Revista del Colegio de Abogados de Jaén*.

FEBLES YANES, E. M.: «La mediación familiar en España», *Diario La Ley*, n.º 8.163, La Ley.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, S. P.: «Regulación legal y aspectos prácticos La mediación en el derecho de familia. Sucesiones hereditarias y empresas familiares», *Práctica de Tribunales*, n.º 100, Sección Estudios, enero-febrero 2013, La Ley.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: «Mediación Familiar», en González Poveda, P., *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustanciales y Procesales*, Sepin, Madrid, 2005.

RONDÓN GARCÍA, L. M.: *Bases para la mediación familiar*, Valencia, 2012.

SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: «La mediación familiar», *Revista electrónica BAYLIO*.

CAPÍTULO X

LA RELEVANCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA

M.ª JESÚS JIMÉNEZ LINARES
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LA MEDIACIÓN EN LA PATRIA POTESTAD. 2. LA MEDIACIÓN EN LA TUTELA. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA MEDIACIÓN EN LA PATRIA POTESTAD

En el siglo XX tuvieron lugar profundas transformaciones en la sociedad, siendo la familia una de las instituciones que más ha evolucionado en los últimos tiempos. La estructura familiar actual se presenta compleja al aparecer nuevas formas de convivencia tales como las uniones de hecho, familias monoparentales, familias compuestas por miembros que provienen de rupturas previas, con hijos e hijas por una o ambas partes, hermanos o hermanas de un solo progenitor o progenitora. Este hecho provocó que la vía tradicional de resolución de conflictos, entre los que destacaba el incumplimiento de los acuerdos sobre todo en materia de pensiones de alimentos y visitas que afectan directamente al menor, la vía judicial, fuera insuficiente y se necesitara encontrar nuevas vías alternativas y complementarias a ella.

Se han hecho más frecuentes los conflictos intergeneracionales, y hay que ofrecer recursos preventivos adecuados «que impidan las consecuencias negativas que la no resolución de tales conflictos pueda tener para el desarrollo psicosocial de los niños y niñas, así como ofrecer a los progenitores los instrumentos y habilidades necesarios para afrontarlos». Siendo la mediación familiar una forma de solución a estos conflictos y concretamente a los problemas surgidos en materia de patria potestad y tutela (EM L1/2009).

Las leyes autonómicas sobre mediación familiar existentes en España la conciben como un mecanismo de resolución de conflictos que versen sobre materias de Derecho privado dispositivo o, lo que es igual, materias o cuestiones respecto de las cuales el ordenamiento jurídico admita el juego de la autonomía de la voluntad; en definitiva, materias susceptibles de pactos entre particulares. Así lo manifiestan dichas leyes, por ejemplo: la Ley 1/2009 (art. 1.2 en relación con el art. 26.1 y 2); la Ley 9/2011 (arts. 5.1 y 6.1); la Ley 1/2011 (arts. 5.4 y 5 y 21); la Ley 15/2009 [arts.

2.1.*d*) y 2.2]; la Ley 4/2005 [arts. 3.4, 4.*g*) y 8.2]; la Ley 1/2006 (art. 2.1); la Ley 14/2010 [EM III, arts. 4.2, 3.*g*) y 4 y 18.1]; la Ley 1/2008 (art. 5.1 y 4) y la Ley 3/2007 (art. 3.1). Algunas de ellas excluyen expresamente de la mediación las situaciones en las que se dé violencia o maltrato, Ley 1/2011 (art. 5.4); la Ley 1/2006 (art. 2.1); la Ley 1/2006 (art. 2.1); la Ley 1/2008 (art. 5.4).

No en vano la mediación se orienta a conseguir acuerdos o pactos entre quienes se encuentran en situación de conflicto y para poner fin a la discrepancia existente. Incluso va más allá, la mediación constituye una forma benéfica de solventar los conflictos familiares, y sobre todo una manera particularmente idónea para dispensar, a través del acuerdo, una protección global y adecuada a los hijos menores que involuntariamente se ven envueltos en la ruptura y afectados de modo más o menos intenso por sus consecuencias (EM Ley 4/2005).

En este contexto, la mediación familiar se inserta como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja. La finalidad de la mediación familiar no es la de evitar situaciones de ruptura, sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de las mismas. Se diferencia así la mediación en el ámbito familiar de lo que son otras disciplinas más enfocadas a la vertiente preventiva y terapéutica de los conflictos familiares (EM Ley 1/2006).

El CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) admiten la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de determinar los efectos de la separación o divorcio, a través del convenio regulador (arts. 90 CC, 770, regla 7.ª y 777.2 LEC). La Ley 30/1981, de 7 de julio, fue la que modificó el CC en el sentido de ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyendo el punto de partida imprescindible para la mediación y con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que establece de forma expresa la mediación familiar en el ámbito de los procedimientos de familia en su Exposición de Motivos y en los mencionados artículos de la LEC y en su disposición final tercera.

El ejercicio de la patria potestad —no así la titularidad, que es indisponible— constituye uno de los ámbitos de operatividad de la mediación, no sólo en las situaciones de crisis de convivencia (separación, divorcio o nulidad; o mera ruptura, si se trata de una pareja de hecho), y para determinar, entre otros extremos, el progenitor que va a asumir la guarda y custodia directa de los hijos menores, no se puede obviar la posibilidad de compartir ambos progenitores la guarda y custodia; además, también, es aplicable en supuestos de parejas, casadas o no, bien avenidas que, siendo titulares de la patria potestad, no se ponen de acuerdo a la hora de desarrollar las funciones correspondientes; incluso cabe incluir también los conflictos en el mismo ámbito surgidos entre progenitores que nunca han convivido ni constituido pareja estable.

En principio, atendiendo a los diferentes ordenamientos, los conflictos en materia de ejercicio de la patria potestad encuentran tres posibles vías de solución: las de carácter interno, las externas y el recurso a la autoridad judicial.

En las soluciones internas, fundadas en el respeto a la intimidad y autonomía de la familia, preservándola de la injerencia de poderes o influencias ajenos a la misma, como afirma Seisdedos Muiño (Seisdedos Muiño, A., 1988: 9), la respuesta al conflicto se busca sin salir de la patria potestad. Puede consistir en dejar la solución del problema al acuerdo de los progenitores sin más; o en la atribución por ley de la facultad decisoria a uno de ellos exclusivamente, permitiendo al otro el recurso a la autoridad judicial en los casos de abuso de derecho por parte del primero; o bien, en dar preferencia a la voluntad de uno u otro progenitor en atención a circunstancias diversas, tales como la edad o el sexo de los hijos o la naturaleza de la cuestión discutida.

Las vías de solución externas atribuyen a un tercero la facultad de dirimir los desacuerdos o discrepancias que surjan en el ejercicio conjunto de la patria potestad entre sus titulares. Entre dichas soluciones se encuentran: el arbitraje de equidad, los tribunales domésticos, el consejo de familia y otros remedios, consultorios o instituciones familiares creados *ad hoc* y compuestos generalmente por especialistas en problemas pedagógicos y familiares que pueden ofrecer a las familias una ayuda eficaz.

En relación a los tribunales domésticos, el Código de Familia de Cataluña, de 15 de julio de 1998, afirma en sus artículos 138.2 y 141.3, respectivamente, que «por acuerdo del padre y de la madre, formalizado en documento público, la intervención judicial puede ser sustituida por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el artículo 149 del Código de sucesiones, formalizado también en documento público. A los efectos, los hermanos del hijo no pueden intervenir como parientes más próximos de éste. Si estos parientes no llegasen a un acuerdo, puede instarse la intervención judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1» y que, en relación a los padres menores, se afirma que «en los casos de desacuerdo entre las personas que deben dar la asistencia o entre éstas y el menor titular de la potestad, así como en el caso de imposibilidad de prestación de la asistencia, se requiere autorización judicial. Dicha autorización puede ser sustituida por el acuerdo de los dos parientes del menor indicados en el artículo 138.2, con los requisitos allí establecidos».

La tercera vía posible consiste en el recurso a la autoridad judicial. Es ésta la que sigue el ordenamiento español. Dispone en tal sentido el CC, en el artículo 156, que, caso de desacuerdo de los padres en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien, después de las audiencias pertinentes, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre; y si los acuerdos fueren reiterados, podrá el juez —por un plazo que no podrá exceder de dos años— atribuir total o parcialmente la patria potestad a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones (en esta línea está el art. 138.1 del Código de Familia de Cataluña). La intervención judicial en el ejercicio ordinario de la patria potestad es, en cualquier caso, subsidiaria; en defecto, de acuerdo entre los padres. Algo muy parecido ocurre en las situaciones de crisis de convivencia entre los titulares de la patria potestad: el CC permite que los propios interesados mediante pactos regulen las consecuencias de la ruptura a través

del llamado convenio regulador, que tendrá que ser objeto de homologación judicial a fin de que el juez compruebe que no se ocasiona por esta vía ningún perjuicio para los hijos menores (art. 90 CC). Hay que tener en cuenta que uno de los extremos a los que se ha de referir el mencionado convenio regulador es el relativo a la guarda de los hijos menores y al régimen de visitas con respecto al progenitor que no conviva habitualmente con éstos (por ejemplo, en la Ley 4/2005 en su art. 25 se alude directamente al convenio regulador como objeto de mediación). Como reconoce Seisdedos Muiño (Seisdedos Muiño, A., 1988: 104 ss.). Recoge la autora un estudio detallado de las diferentes críticas favorables y desfavorables a esta solución (Seisdedos Muiño, A., 1988: 120 y 121).

Nuestro Código Civil se decanta, en términos generales, por una mayor intervención del juez en la resolución de los conflictos concernientes a la patria potestad. Destaca también la intervención judicial en los supuestos de desacuerdo entre el menor no emancipado al ejercer la patria potestad sobre sus hijos y los padres de aquél llamados por ley a prestarle asistencia (art. 157 CC); igualmente, cuando se pretenda obstaculizar o impedir las relaciones del hijo con el progenitor que no convive con él, o con sus abuelos u otros parientes o allegados (art. 160 CC). La intervención judicial en la patria potestad en general se ha acentuado tras la reforma del artículo 158 CC por la la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LPJM), y por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores. El artículo 158 CC permite al juez intervenir prácticamente en todos los asuntos de la patria potestad pudiendo dictar «1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: *a*) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. *b*) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. *c*) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio del domicilio del menor. 4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

En la misma línea del artículo 158 están los artículos 161, 163 (sobre el defensor judicial) y 167 (sobre el peligro para el patrimonio del hijo), que determinan una amplia legitimación para solicitar la intervención judicial. Desde el punto de vista patrimonial el incremento de la actuación judicial, buscando una mayor protección y defensa de los intereses patrimoniales del hijo, se manifiesta en el aumento de los supuestos que necesitan autorización judicial (cfr. art. 166 CC); se refleja en el

artículo 167 CC («cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un administrador»). También interviene el juez, entre otras cosas, en las decisiones afectantes a la patria potestad adoptadas en los pleitos de nulidad, separación y divorcio [cfr. arts. 91, 92, 94, 96, 103, 104, 131, 137.*a*), 138 y 159 CC] y en la privación de la patria potestad (cfr. art. 170 CC).

En los últimos años, y en lo que a España respecta, se ha instaurado en la práctica —y ha sido objeto de regulación por leyes específicas de algunas Comunidades Autónomas— la mediación familiar como un técnica de resolución de conflictos que, sin alterar el sistema establecido en lo que al ejercicio de la patria potestad se refiere, sí puede contribuir eficazmente, bien a evitar el planteamiento judicial de las discrepancias surgidas entre sus titulares con motivo del ejercicio ordinario de ésta, o bien, en su caso, a canalizar el procedimiento judicial de separación o divorcio por una vía más rápida y menos traumática, especialmente para los hijos.

La mediación no altera el sistema establecido en lo que al ejercicio de la patria potestad se refiere. El mediador no es un tercero que sustituya a los titulares de la patria potestad aportando la decisión que considere oportuna o conveniente, quedando éstos sujetos a la misma. En la mediación son los propios titulares de la patria potestad, los que llegan a un acuerdo en la cuestión debatida ayudados por el mediador que se limita a proporcionarles la información que precisen y a abrir vías de comunicación entre ellos a través de la aplicación de técnicas específicas. Si se consigue el acuerdo entre los implicados y el conflicto surgido lo fue al margen de una crisis de convivencia de la pareja, la intervención del mediador habrá servido para evitar el recurso al juez previsto en el artículo 155 CC. Si el conflicto surgió con motivo de la ruptura de la pareja (separación o divorcio), conseguidos los acuerdos pertinentes, la intervención del mediador habrá servido para que el procedimiento judicial, en estos casos necesario, se canalice por la vía no contenciosa. Interviene ciertamente un tercero, pero éste no decide, ni tampoco evitará el recurso al juez cuando éste sea necesario o cuando no se logren los acuerdos pertinentes.

Como se manifiesta en las legislaciones autonómicas (EM Ley 1/2009): En el ámbito de los conflictos familiares la metodología de la mediación se aplica frecuentemente con enormes beneficios. La especial naturaleza de estos conflictos, en los que habitualmente las partes implicadas deben seguir manteniendo relaciones más allá del conflicto, conlleva que la resolución implique la preservación de las relaciones familiares, cosa que no puede garantizar el tratamiento tradicional exclusivamente jurídico.

La mediación sirve para afrontar la separación, divorcio, la continuidad de las funciones parentales y otras situaciones de conflictividad intrafamiliar con garantías de encontrar soluciones.

Ante las dificultades, en las que coexisten aspectos legales, económicos, emocionales y afectivos, el sistema judicial encuentra serias limitaciones para su

resolución, presentándose la mediación como un procedimiento extrajudicial muy adecuado para la resolución de estos conflictos.

Las leyes autonómicas que se ocupan de la mediación expresamente mencionan la patria potestad como un ámbito susceptible de aquélla. En tales leyes se constata que están legitimadas para solicitarla tanto los miembros de una pareja casada como los de una pareja estable. Así aparece reflejado, por ejemplo, en los artículos 3 y 13 de la Ley 7/2001, en el artículo 2.1.*e*) de la Ley 15/2009, y en el artículo 4 de la Ley 4/2001, siempre claro está que, como ocurre en circunstancias normales, sean ambos los titulares de la patria potestad.

La mediación tiene por objeto específico, como reconocen expresamente estas leyes, los conflictos surgidos en el ejercicio de la patria potestad, excluyéndose claramente, por imperativo legal, la titularidad de la misma (así, discrepancias en orden a la administración o disposición de los bienes de los hijos; acerca de su educación...). Además, en las situaciones de crisis de la pareja (matrimonial o no) en particular, son susceptibles de mediación todas las cuestiones concernientes a los hijos; así, la determinación de la guarda y custodia, los alimentos, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar y otros aspectos que de acuerdo con la legislación aplicable y las circunstancias del caso corresponda regular. Así en la Ley 4/2001 en sus artículos 3, especificando en su apartado 2 que la mediación se orienta a aproximar criterios de las partes en conflicto «en orden a obtener acuerdos principalmente sobre las relaciones paterno-materno-filiales, la custodia y los alimentos previa ruptura matrimonial o de pareja», 4.2 «aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia y acepten la intervención de una tercera persona mediadora que les ofrezca apoyo para encontrar soluciones pactadas, en particular con respecto a sus relaciones paterno-materno-filiales», 6.1 «las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas aquellas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente» y 2 «las actuaciones de mediación familiar podrán alcanzar a la totalidad de las relaciones personales y paterno-materno-filiales o circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico-patrimoniales y en cuanto a las paterno-materno-filiales a los aspectos del ejercicio de la patria potestad, la custodia o el régimen de visita de los hijos»; la Recomendación del 98, de 21 de enero, habla de tener en consideración «la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente, los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio». Igualmente, la Ley 3/2005 precisa en su artículo 3 que, además de mencionar los conflictos de la ruptura, separación y divorcio, especifica que, con carácter preferente deberá estar dirigida a aquellos conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y relación de padres con menores y de éstos entre sí, los relativos a pensiones, al uso de domicilio familiar, a la disolución de bienes

gananciales o en copropiedad, así como en general aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de relaciones paterno filiales. En la misma línea se encuentran: Ley 9/2011 (art. 1); Ley 4/2005 [arts. 3, 4.*a*), *b*) y *c*) y 5.2.*b*) y *e*)]; Ley 1/2006 [art. 3.*a*), *b*), *c*) y *d*)]; Ley 1/2007 [art. 8.1.*a*), *b*) y *e*)]; Ley 14/2010 [arts. 4.3.*a*), *b*), *c*) y *g*)]; Ley 1/2008 [art. 5.1.*a*), *b*), *f*) y *g*)]; Ley 3/2007 [art. 3.2.*a*), *b*) y *e*)].

Los alimentos y el derecho de visita, reflejo este del deber de velar por los hijos, que aparecen como posible materia de mediación, se dan aunque el progenitor esté privado o excluido de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad (cfr. arts. 110, 111 y 170 CC); constituyen un efecto directo de la filiación. La custodia de los hijos menores y el régimen de visitas, cuestiones estas que también son materia posible de mediación en los supuestos de crisis de convivencia de los padres, sí constituye propiamente una manifestación de la patria potestad; en concreto del derecho-deber de tener al hijo en su compañía. La crisis de la pareja conlleva un cese efectivo de la convivencia que hace posible que, aunque la titularidad de la patria potestad sea conjunta, el ejercicio material pueda corresponder exclusivamente a uno de los progenitores (sin perjuicio de la posibilidad de la guarda y custodia compartida). En lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar, se puede conectar con la patria potestad a través de la guarda y custodia, ya que normalmente corresponderá al progenitor que se quede con los hijos, velando siempre por el interés de éstos (art. 96 CC). La mediación es factible, por otra parte, dentro de los límites genéricos de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 CC). El Código Civil admite la posibilidad de acordar un consentimiento general previo. Pese a que la doctrina, en términos generales, lo admite apoyándose en el artículo 156 CC, en la posible revocabilidad del consentimiento y en que el cónyuge que consiente no elude la responsabilidad. Yo considero que supone dejar vacía de contenido la titularidad de la patria potestad.

Los límites generales a la autonomía de la voluntad, en la legislación del Perú, aparecen recogidos en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Conciliación Decreto Supremo n.º 001-98-JUS, señalando que la autonomía de la voluntad en este ámbito «no se ejerce irrestrictivamente. Las partes pueden disponer de sus derechos, siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo, ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres», y concretamente, a los principios legales de interés y beneficio del menor. El interés del menor es un principio supremo del ordenamiento jurídico (sobre la evolución legislativa nacional e internacional del mismo, véase Jiménez Linares, M. J., 2000: 869 ss.) y también lo es el de igualdad de los cónyuges o convivientes. Debe destacarse que nuestra Constitución consagra en su artículo 39 la protección jurídica del menor además, entre otras cosas, de la protección integral de los hijos, y que el artículo 2 LPJM señala que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Principio esencial como muestra la legislación autonómica en materia de mediación —la Ley 1/2009 [arts. 7, 16.*d*) y 26.3]; DAN (art. 21.2); Ley 9/2011 [arts. 6.2 y 10.*f*)]; Ley 1/2011 [art. 29.*e*)]; Ley 4/2005 [arts. 14, 23, 31.2.*c*)]; Ley 14/2010 (art. 18.3); Ley 1/2008 [arts. 6.2 y 13.*f*)]—.

El principio del interés superior del niño aparece expresamente recogido en el Código de los niños y adolescentes, en su Ley n.º 27337 del Perú artículo IX: «Interés superior del niño y del adolescente: En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos».

El principio de igualdad de los cónyuges o convivientes lo muestra la normativa autonómica —por ejemplo, la Ley 1/2009 [art. 16.*h*)]; DAN (art. 21.1); Ley 1/2011 (art. 5.5)—.

Igualdad que sigue a la normativa internacional, pudiendo reflejarla principalmente en el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977, que dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos», y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en su artículo 16.1 al reconocer el derecho de la igualdad del hombre y la mujer al matrimonio, disponiendo que «los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

Respecto de las parejas estables no matrimoniales, la legislación autonómica reconoce en la autonomía de la voluntad a la hora de organizar sus relaciones personales o patrimoniales, como límites, entre otros, que los pactos no sean contrarios a las leyes, al derecho o a las normas imperativas; y que en caso de disolución de la pareja estable en vida de sus miembros, ha de destacarse cómo expresamente se reconoce como límite de la autonomía de la voluntad el interés del menor o el carácter lesivo a alguno de sus miembros. En este sentido véanse, entre otros, los artículos 11.1 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares; el artículo 10.1 Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra, y el artículo 8.1 Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Esta igualdad, aplicada a la patria potestad, se refleja en la regla general de la titularidad y ejercicio conjunto (arts. 154 y 156 CC), sin perjuicio de las correspondientes excepciones de titularidad, ejercicio y actuación individuales (cfr. art. 156 CC). Sobre este punto se pronunció Clemente Meoro (Clemente Meoro, M., 1997: 342 ss.).

Entre los fines de la mediación destaca la consecución del beneficio de los hijos menores o incapaces, principalmente en las situaciones de crisis matrimonial o de pareja estable, pero el interés del menor, además de un fin es un límite con respecto a

la actuación del mediador y de las partes en conflicto. Ambos aspectos quedan reflejados en la legislación nacional e internacional. El interés del menor o incapaz presupone la satisfacción de las necesidades físicas y psíquicas en cada momento de su vida y en un ambiente decididamente orientado al adecuado desarrollo de su personalidad y de los derechos que le correspondan. En la Recomendación n.º 98, de 21 de enero de 1998, el Comité de Ministros del Consejo de Europa manifiesta que la mediación familiar busca asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre padres e hijos, y que es necesario proteger los intereses primordiales del menor y de su bienestar, como se acuerda en los instrumentos internacionales, teniendo en cuenta especialmente los problemas que conlleva en materia de guarda y derecho de visita la separación o el divorcio. Destaca, entre las características específicas de los litigios familiares, el hecho de que la separación y el divorcio repercuten en todos los miembros de la familia, especialmente en los niños. Se remite al Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del menor y en especial a su artículo 13, que trata de la puesta a disposición de la mediación o de otros métodos de resolución de conflictos referentes a menores. Recientemente la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo, regula aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [véanse sobre este punto sus considerandos (109), (12), (20) y (27) y sus arts. 1.2, 2, 3.2.ª, 5 y 7] que incorporó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En el Preámbulo de la Ley 7/2001 se reconoce que la mediación ofrece vías de solución no agresivas a los miembros de la familia, especialmente a los menores; en su artículo 3.*c*) se establece que tendrá como objeto la mediación familiar «facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado», añadiendo el artículo 21.3 que, en todo caso, los acuerdos que se adopten «deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos». En el artículo 8 de la Ley 3/2005, uno de los deberes del mediador familiar es «inculcar a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos, particularmente de los hijos menores y de los discapacitados». Igualmente, reiteran este límite el artículo 22.3 del Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, aprobado por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, y los artículos 6.3 y 8.3 de la Ley 4/2001.

En la misma línea, el Preámbulo de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar canaria, señala que el mediador «trabajará con y para la consecución de un acuerdo justo, duradero y aceptable para los familiares en conflicto, en el sentido de mantener las responsabilidades de cada miembro de la familia, y especialmente con los más dignos de protección, cuales son los hijos». En la Ley 15/2009 expresa su artículo 19.2 que hay que dar prioridad al interés superior de los menores y las personas incapacitadas, y añade en el artículo 12.3 que «para que pueda haber una nueva mediación debe haber transcurrido un año desde que se haya dado por acabada una mediación anterior sobre un mismo objeto o desde que ésta haya sido intentada sin acuerdo, salvo que el organismo competente aprecie que se dan circunstancias que

aconsejan llevar a cabo antes una nueva mediación, especialmente para evitar perjuicios a los hijos menores, a las personas incapacitadas o a otras personas que necesitan una protección especial».

La Ley de Conciliación de Perú, Ley n.º 26872 (13/11/97), en su artículo 9, declara como materias conciliables «las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes». En el artículo 7 del Reglamento de Conciliación Decreto Supremo n.º 001-98-JUS se afirma que se entienden por derechos disponibles «aquellos que tienen un contenido patrimonial, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley, y para los efectos de la Conciliación en los asuntos relativos a alimentos, régimen de visitas, violencia familiar y la responsabilidad civil proveniente de delito, sólo son conciliables los derechos de libre disposición».

Añadiendo que en asuntos relacionados al Derecho de familia se someten al procedimiento establecido en la presente Ley las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar. Dispone que «no se someten a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme».

Esta Ley va más lejos que la legislación española, al contemplar expresamente la violencia familiar como materia de mediación. En España, la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, confiere un estatuto integral de protección que comprende medidas cautelares de orden civil que podrán consistir, entre otras posibilidades, en la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos. Queda por tanto de manifiesto su trascendencia en la patria potestad.

Podemos ver la aplicación de la mediación en materia de patria potestad en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona 771/2012, de 20 de noviembre, en la que en un divorcio contencioso, en el que se pidieron medidas de modificación que fueron recurridas finalmente, se llegó por la vía de la mediación a un plan de parentalidad en el que se regulaba, entre otras cosas, la patria potestad, afirmándose por la sala en su Fundamento segundo que la sala estima que esos pactos son «plenamente homologables por cuanto incorporan un alto grado de flexibilidad y son beneficiosos, en definitiva, para los dos hijos menores, habida cuenta de que el acuerdo común es el criterio prevalente para la regulación de los efectos de la crisis matrimonial, bien sea por la vía de la transformación del procedimiento a los trámites consensuados en la primera instancia, bien sea por manifestación expresa ante el Tribunal o por acuerdo de mediación al que se refiere el artículo 79.2 del Código de Familia, siempre que lo pactado por las partes sea beneficioso para el interés de los hijos».

No podemos dejar de mencionar los puntos de encuentro como lugares de

ejercicio de la mediación en materia de patria potestad. Así, por ejemplo, entre la legislación que regula los puntos de encuentro está el Decreto 357/2011, de 21 de junio, servicios técnicos de punto de encuentro en Cataluña (arts. 1, 2 y 3); Decreto 11/2010, de 4 de marzo, regula los puntos de encuentro familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento (arts. 2, 4, 5 y 6); Decreto 2/2007, de 26 de enero, sobre Puntos de Encuentro en La Rioja, y Decreto 124/2008, de 1 de julio, sobre Puntos de Encuentro en el País Vasco.

2. LA MEDIACIÓN EN LA TUTELA

La tutela aparece regulada en la legislación española en los artículos 215 a 306 CC, los cuales recogen un sistema de tutela de autoridad en el que el juez tiene un gran peso, pero forma su decisión a la vista, y en base principalmente del interés del tutelado.

La legislación autonómica admite el juego de la mediación en el ámbito de las instituciones tutelares. Aparece referencia expresa a la tutela como ámbito de mediación, por ejemplo, en la Ley 1/2009, artículo 1.2.*c*) y *d*) y artículo 3.*f*); Ley 4/2005, artículo 3.3; Ley 14/2010, artículo 5.*e*). Se ha de tener en cuenta que, además de la referencia expresa a la tutela, la mención que se hace de conflictos entre parientes o familiares puede incidir también en aquélla, ya que las personas que están llamadas a ser tutores son (además de las personas jurídicas, cfr. art. 242 CC) el cónyuge que conviva con el menor o incapaz, los padres, las personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad y el ascendiente, descendiente o hermano que designe el juez [véase el art. 234 CC estudiado por Prats Albentosa (Prats Albentosa, L., 1997: 377)].

Además, el juez, en defecto de las personas señaladas, o porque así lo considere conveniente, puede designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC), siendo posible que lo sea otro familiar distinto de los mencionados o incluso un no familiar. Teniendo en cuenta estos datos, hay que interpretar ciertos artículos de las leyes autonómicas. Así, el artículo 3.*a*) de la Ley 7/2001 expresa que «la mediación [...] tendrá como objeto [...] aquellos conflictos que surjan entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad»; y en el artículo 13.1.*a*) se apunta que podrán solicitar la mediación familiar que regula esta Ley «las personas unidas con vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad», añadiendo en su apartado «y en cualquier otro conflicto surgido en la familia». También se manifiesta de forma indirecta en el artículo 3.1 de la Ley 4/2001 al reflejar que la finalidad de la mediación incluye la resolución de «conflictos de convivencia en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar». En la misma línea se encuentran, entre otros: Ley 1/2009, artículo 1.2.*c*); Ley 1/2006, artículo 3.*d*); Ley 1/2007, artículo 8.1.*b*) y *e*); Ley 14/2010, artículo 4.3.*g*); Ley 1/2008, artículo 5.1; Ley 3/2007, artículo 2.*a*).

Al igual que en la patria potestad, tratándose de instituciones tutelares se impone el respeto de los límites generales de la autonomía de la voluntad. No se podrá mediar así en lo que a las funciones del tutor se refiere, ni acerca de la autorización judicial para los actos en los que la ley la requiera (cfr. arts. 271 ss.). Otro ejemplo lo tenemos en los artículos 243 y 244 CC, en los que aparecen recogidas causas de inhabilidad para ser tutor.

Sí es en cambio susceptible de mediación el conflicto que surja, en el caso de pluralidad de tutores (art. 236 CC), a la hora de convenir lo que proceda. Dispone el artículo 237 CC que: «En el caso del número 4 del artículo anterior, si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario. De no mediar tal clase de nombramiento, en todos los demás casos, y sin perjuicio de lo dispuesto en los números 1 y 2, las facultades de la tutela encomendada a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor». Señala el artículo 237 bis que: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma...». En caso de desacuerdo puede evitarse el recurso al juez a través del sometimiento a un proceso de mediación. Además, dentro del margen que permite la ley, la mediación, al igual que en el ámbito de la patria potestad, puede ayudar a resolver los conflictos que nazcan entre tutor y tutelado.

En cualquier caso, las leyes autonómicas también en este marco concreto imponen el respeto del principio del beneficio de los menores o incapacitados, que ya proclama el CC (arts. 224, 233, 234 y 235). Dispone en tal sentido el artículo 21.3 de la Ley 7/2001 que «en todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos». En otros artículos de las leyes autonómicas se alude al discapacitado [cfr. art. 3.*c*) de la Ley 7/2001, y el art. 22.3 del Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, aprobado por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo]. No obstante, la discapacidad es un concepto distinto de la incapacidad, no necesariamente coincidentes; lo serán cuando el discapacitado sea declarado judicialmente incapaz. Se consideran discapacitados a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100; o física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad). En las leyes autonómicas se habla pues del interés de incapaces, discapaces y también de dependientes (además de

menores). Así lo muestran la Ley 1/2009 [arts. 7, 16.*d*) y 26.3]; DAN (art. 21.3); Ley 9/2011 [arts. 6.2 y 10.*f*)]; Ley 1/2011 [art. 29.*e*)]; Ley 4/2005 [arts. 14, 23, 31.2.*c*)]; Ley 14/2010 (art. 18.3) y Ley 1/2008 [arts. 6.2 y 13.*f*)].

3. BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE MEORO, M.: Obra colectiva, *Derecho de Familia*, coordinada por E. ROCA, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª ed., 1997.

JIMÉNEZ LINARES, M. J.: «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *Libro Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, 2000, Universidad de Almería Servicio de Publicaciones.

PRATS ALBENTOSA, L.: Obra colectiva, *Derecho de Familia*, coordinada por E. ROCA, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.ª ed., 1997.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: *La patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitarapen Zerbitzua, 1988.

LEGISLACIÓN

— Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (DAN).
— Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.
— Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar.
— Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Cataluña.
— Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias.
— Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
— Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, Castilla-La Mancha.
— Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.
— Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.
— Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
— Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia.
— Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.
— Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
— Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco.

CAPÍTULO XI

LA MEDIACIÓN EN CONSUMO

GUILLERMO OROZCO PARDO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada
Presidente de la Junta de Mediación y Arbitraje de Consumo de Granada

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE
Profesor Contratado Doctor (Titular Acreditado) de Derecho Civil Universidad de Granada
Presidente de la Junta Provincial Arbitral de Consumo de la Diputación de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO. 2.1. *Los conflictos de consumo*. 2.2. *Notas características de los conflictos en el ámbito del consumo*. 2.3. *Sobre la naturaleza jurídica de la mediación en consumo*. 3. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN CONSUMO: ESTADO DE LA CUESTIÓN. 4. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA INSTITUCIONAL ARBITRAL DE CONSUMO. 5. LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE CONSUMO. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El mercado de bienes y servicios ha conocido un desarrollo sin precedentes en nuestro país a partir de los años cincuenta del pasado siglo. El movimiento de las poblaciones rurales hacia las ciudades como consecuencia del desarrollo industrial, el aumento de la construcción para su alojamiento, la mayor demanda de bienes y servicios, tuvo como consecuencia que se procediera a atender una demanda en masa de productos y servicios esenciales mediante un tipo de contratos que no se negociaban —por adhesión— y el aumento del poder de las grandes empresas que facilitaban tales productos y servicios «esenciales» —agua, electricidad, transporte, gas…— y, consecuentemente, el abuso de la posición dominante de éstas, con un Estado «ausente» y sólo el Código Civil —nacido en el siglo XIX— que paliaba en lo posible las carencias del sistema. Con la aprobación de la Constitución de 1978, cuyo artículo 51 impone a los poderes públicos —y a los particulares— el respeto a los derechos de los consumidores y usuarios, así como las exigencias de un mercado libre, transparente y competitivo que impone el artículo 38 CE, suponen una piedra angular a partir de la cual comenzará a iniciarse una doctrina «consumerista» en nuestro país. Por influencia de la doctrina extranjera, nuestro acercamiento al contexto europeo y el «detonante» del caso del aceite de colza, llevaron a dictar una primera Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios en 1984, que

supuso la primera piedra del complejo normativo que hoy poseemos sobre la materia. Nuestra posterior entrada en la Unión Europea supuso un paso decisivo en el desarrollo de las políticas de protección del consumidor y el control de los comportamientos en el mercado.

En este contexto, la necesidad de dictar unas reglas que disciplinen adecuadamente el intercambio de bienes y servicios sobre unos parámetros de ética y equidad supone necesariamente dotarle de unos medios adecuados para resolver los conflictos que puedan plantearse, lo que implica la existencia de un adecuado sistema de mecanismos que garanticen el acceso de los consumidores a la justicia, sin que obstáculos contractuales, administrativos o económicos sirvan de elementos impeditivos o disuasorios para ello. Como puso de relieve la Comisión Europea en su Resolución de 1998, el alto coste de los litigios judiciales, el tiempo excesivo en la resolución del litigio y la complejidad de los procedimientos han sido tres obstáculos para el acceso de los consumidores a la justicia. En este sentido, debemos destacar que nuestro país fue pionero introduciendo el Sistema Arbitral de Consumo de una forma «institucionalizada» mediante la implantación de las Juntas Arbitrales de Consumo, órganos integrados —que no dependientes— de las Administraciones Públicas (Estado, Comunidad Autónoma, Ayuntamientos y Diputaciones), que comienzan su andadura en 1993 y que están reguladas por una normativa específica, recientemente reformada, y a las que se les encomienda llevar a cabo tareas de mediación y arbitraje en el ámbito de los conflictos entre empresas, profesionales y consumidores.

2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO

2.1. Los conflictos de consumo

Antes de comenzar a tratar la mediación de consumo, creemos apropiado determinar previamente qué es un conflicto de consumo. La cuestión se sustancia de acuerdo con las definiciones que se contienen en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

En este sentido, de acuerdo con su artículo 3, son «consumidores» o «usuarios», «[…] las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»; y en su artículo 4, se considera «empresario»: «[…] a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial,

empresarial, oficio o profesión». De esta manera, el conflicto de consumo se configura como aquel conflicto intersubjetivo entre un consumidor y un empresario, es decir, lo importante es la condición de los sujetos o partes contractuales en el «intercambio de bienes» o la «prestación de servicios», considerándose a los «profesionales» en el rol de los empresarios.

2.2. Notas características de los conflictos en el ámbito del consumo

La llamada sociedad de consumo supone que el eje central de la actividad económica ya no se centra exclusivamente en la producción, sino que un gran número de personas acceden hoy al mercado de bienes y servicios, lo que incide en un mayor volumen de negocios y, a la vez, debe traducirse en un aumento de la competencia. A partir de la segunda mitad del siglo XX, el aumento del consumo, la contratación en masa, las situaciones de dominio que algunas empresas ostentan en el mercado y la falta de una conciencia individual y colectiva de los consumidores han provocado determinados abusos en distintos sectores del mercado en los que ciertas empresas se valieron de los llamados contratos de adhesión para imponer un concreto contenido negocial como *lex contractus* unilateral y predispuesta por la parte fuerte de la relación, cuya aceptación en pleno se convirtió en condición necesaria para obtener el bien o servicio demandado.

De otro lado, hemos de recordar que la protección del consumidor ha estado planteada desde una óptica predominantemente administrativa ligada a las normas técnico-sanitarias por vincularse a la protección de su salud y las exigencias de los productos de consumo generalizado. Esto provocó una tendencia a que tales normas poseyeran un marcado carácter técnico, lo que exigía una formación que el consumidor no poseía. Además, el control de su aplicación exige unas fuertes inversiones públicas que las Administraciones no siempre han estado en condiciones de aportar. No obstante, esta óptica ha servido para que todas las Administraciones se consideraran competentes para aplicar esta normativa.

A nuestro criterio, los conflictos suscitados en el ámbito de las relaciones de consumo presentan unas notas que podemos sintetizar de la siguiente forma:

a) *Transpersonalismo*: En tales casos suelen resultar afectados intereses individuales, colectivos y difusos. Es decir, tiene un marcado matiz social en cuanto afectan no sólo a sujetos o colectivos determinados, sino al conjunto de la sociedad. Así podemos deducirlo del tratamiento que el Código Penal dispensa a ciertos delitos contra el mercado y los consumidores.

b) *Baja cuantía frente a elevado número de casos*: La cuantía media de una reclamación en consumo no suele ser muy relevante, pero la cantidad de casos suele ser muy elevada. El primer factor se convierte en un elemento disuasorio para el consumidor a la hora de acudir a la vía judicial, mientras que el segundo «impone» a los poderes públicos un especial deber de control de las prácticas en el mercado y la consecuente disciplina, no siempre ágil y eficaz de las Administraciones competentes.

La relación coste/beneficio: Para los infractores de los derechos de los consumidores suele ser muy favorable a su actuación. Dado que el arbitraje es voluntario, al igual que la mediación, y que Administración «sólo» sanciona, pero no repara, hemos de utilizar instrumentos de disciplina social: publicidad de sanciones, acciones colectivas, intervención del Ministerio Fiscal, daños punitivos o la constitución de fondos de reparación con los ingresos procedentes de las multas, para tratar de compensar ese factor disuasorio.

c) *Desequilibrio de posiciones entre las partes*: Tal y como venimos diciendo, las posiciones de las partes están desequilibradas. El consumidor suele reclamar frente a prestaciones o bienes defectuosos que ya a abonado o le vinculan a operaciones crediticias «insoslayables» que condicionan de todo punto su decisión. La falta de formación o asesoramiento jurídico, la utilización de la contratación por adhesión, las dificultades de prueba, la negativa o «negligencia» de ciertas empresas o profesionales a «documentar» adecuadamente las transacciones y la falta de una coercibilidad eficiente del sistema administrativo de protección llevan al consumidor a ocupar la «parte débil» del conflicto. Ello es paliado, sólo en parte, por las normas de interpretación e integración de los contratos «contra el predisponente» o la normativa sobre cláusulas abusivas de los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU.

Asimismo, supone que instituciones como el Ministerio Fiscal o las Administraciones de consumo (OMIC y Juntas Arbitrales) deban actuar con medios de protección del consumidor frente a ese desequilibrio, y también que determinados profesionales (notarios o registradores) tengan un especial «deber de celo» a la hora de intervenir o autorizar las operaciones en las que se afecten intereses de los consumidores. Ello afecta especialmente a los deberes de independencia e imparcialidad del mediador, quién deberá tratar de establecer un desequilibrio equitativo en el transcurso del proceso de mediación para igualar las posiciones de las partes.

d) *La falta de una jurisdicción definida*: Del mismo modo que la doctrina española no es unánime a la hora de aceptar la existencia de una disciplina llamada «Derecho de consumo», o en cuanto a la ubicación sistemática de sus normas y, menos aún, en cuanto a su codificación, sucede con el hecho que las infracciones de tales normas pueden tener un carácter civil, administrativo o penal. No existe pues una jurisdicción científica ni judicial unificada sobre la materia y ello desemboca en una falta de eficacia evidente en la tarea de protección del consumidor. Es por ello loable que la Fiscalía General del Estado prevea la posibilidad de crear unidades especializadas en su seno para tal finalidad. Es necesario paliar esta carencia aplicando las ADR en este campo, si bien con pleno respeto a las limitaciones objetivas que luego se tratarán.

e) *Complejidad de la materia*: La superación de la visión «administrativista» de la temática del consumo y el impulso que han supuesto su entrada en sede constitucional y la labor de la Unión Europea han puesto de relieve que no estamos ante meros conflictos privados, individuales y referidos a materias de segundo orden. Ya hemos aludido al matiz social de tales conflictos, pero la nuevas tecnologías han puesto de relieve que estamos ante lesiones que no sólo abarcan problemas de

interpretación o ejecución de contratos de consumo, sino que cuando afectan a cuestiones como las relativas al derecho a la salud, la seguridad o la privacidad del consumidor, el nivel del agravio cobra bastante relevancia. Lo mismo sucede cuando se trata de actos que perjudican a un elevado número de personas, como por ejemplo las estafas piramidales, quiebras fraudulentas, etc.

Todo lo dicho nos lleva a insistir en la necesidad de asegurar la existencia de medios que permitan al consumidor acceder de una forma rápida, económica y eficaz a la justicia en este campo. Serán la mediación y el arbitraje las vías complementarias más adecuadas para cumplir este objetivo, siempre que se les dote del régimen jurídico y los medios materiales y humanos necesarios para ello.

2.3. Sobre la naturaleza jurídica de la mediación en consumo

La mediación en consumo no es simplemente poner de acuerdo a dos sujetos o partes en un conflicto en materia de intercambio de bienes y prestación de servicios. La vinculación jurídica del acuerdo es motivo suficiente para apreciar los principios en materia de protección del consumidor contenidos en el artículo 8 TRLGDCU. De esta forma, el trabajo del mediador, a nuestro entender, debe amoldarse a dichos principios e instituciones del Derecho.

La verdadera mediación en consumo requiere un ajuste de los derechos en aras del interés particular común de las partes, utilizando las técnicas de interpretación y aplicación de las normas habituales en la resolución de conflictos de intereses en materia de consumo, como se hace por los jueces; además de preservar el interés general (paz social).

La mediación en consumo no debe tender a cualquier acuerdo. En este sentido, no puede convertirse en un mecanismo de incumplimiento total o parcial de los deberes de los sujetos, especialmente del empresario o profesional, sobre todo con el exclusivo argumento de una justicia lenta y costosa. Es, en la actualidad, la gran oportunidad de la justicia privada, en definitiva de la libertad individual; pero ello no quiere decir la gran oportunidad del incumplimiento, de la indeterminación de los derechos o de la inseguridad jurídica para los consumidores. Las bases y fundamentos deben de ser claros, explícitos.

Por ello, nos extraña que todos los impulsos legislativos en torno a la solución alternativa de conflictos se circunscriban al procedimiento o el estatuto del mediador, dejando el fondo o materia a alusiones simples, como que los acuerdos deban de ser «conformes a derecho»; tampoco es suficiente que el acuerdo, de alguna manera, quede supeditado a la revisión judicial en el ámbito de la ejecución.

La normativa sobre mediación debe determinar los principios que en cada materia rigen en nuestro sistema; así, por ejemplo: en materia de Derecho de consumo, el principio de la buena fe objetiva, de justo equilibrio de las prestaciones, interés económico, etc.

De otro modo, la mediación no producirá en los justiciables la suficiente

confianza, se convertirá en un método residual, distante de los sujetos.

La mediación persigue el fin de la controversia, a partir de la cesión del interés de cada parte, constituyéndose, en adelante, en interés compartido de los sujetos. Es una consecuencia de la libertad individual o, más concretamente, de la libertad negocial, con los límites que la propia Ley impone y el principio de la buena fe, frente al abuso del derecho. La mediación, en definitiva, es una decisión rogada de la parte.

Las soluciones mediadoras son complejas, de tal forma que sólo se nos antoja, para su resolución, cierta contraprestación de una parte a otra; pero en materia de consumo, dada la naturaleza imperativa de sus normas, esto puede traducirse, no siempre, en la renuncia, total o parcial, de los derechos del consumidor en beneficio del empresario.

3. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN CONSUMO: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Diversos son los textos que la Unión Europea ha elaborado para incentivar la implantación de las técnicas consensuales de resolución de conflictos en el campo de las relaciones de consumo, en los que se recogen unos «principios comunes» en relación con el alcance de las ADR, el valor de las cláusulas de remisión a ellas, los plazos de prescripción, la confidencialidad, la responsabilidad, etc., y que finalmente cristalizan en la Directiva 52/2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A tal propósito la Directiva, que excluye los conflictos de consumo de su ámbito, dice lo siguiente:

En el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base de datos de los sistemas extrajudiciales que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación.

Nuestra ley, siguiendo la directriz comunitaria, excluye su aplicación a la materia de consumo, creando así un problema de difícil solución, en la medida en que, como veremos, se hace referencia a la mediación en consumo por el legislador casi de forma obligatoria, pero no tenemos una norma que regule dicha práctica. Cabe platearse si determinadas cuestiones «procesales» resueltas en la Ley 5/2012 podrían aplicarse en este campo: suspensión de prescripción, plazos, ejecutividad del acuerdo, procedimiento, requisitos del mediador, responsabilidad, etc.

La mediación presenta una problemática común con otras ADR, singularmente con el arbitraje —como el tema de su obligatoriedad— y otra específica como la eficacia vinculante y ejecutiva de sus acuerdos. Sin entrar a profundizar en la cuestión, recordemos que cuando se suscitó en nuestro país la polémica de la

remisión obligatoria al arbitraje de consumo por parte del legislador, nuestro Tribunal Constitucional se opuso a ello por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE; ese mismo fundamento sirvió de base para declarar nula por abusiva la cláusula contractual que remite, con carácter previo a planteamiento del conflicto, a un sistema arbitral distinto al Sistema Arbitral de Consumo. Ello tendría su razón de ser en la medida en que el arbitraje es una técnica dirimente que «cierra» el paso a la jurisdicción, salvo los recursos frente al laudo. Es decir, la mediación no es una vía dirimente, la voluntariedad alcanza a la hora de decidir aplicarla al conflicto, a permanecer en el procedimiento y a la hora de llegar al acuerdo, por lo que no parece lógico no haber aprovechado la tramitación de la Ley 5/2012 para ser más firmes en su implantación.

Esto ha influido en la idea de que la mediación no puede ser impuesta como trámite obligatorio de carácter previo a la vía judicial, y ello es erróneo en la medida en que no es dirimente, ya que las partes sólo permanecen en el proceso de forma voluntaria y el acuerdo no es «dictado» por el mediador, sino por las partes. Así por ejemplo, la Ley 26.993, de 17 de septiembre de 2014, promulgada en la República Argentina, sobre el «Sistema de resolución de Conflictos en las relaciones de consumo», crea el Servicio de Conciliación Previa en las relaciones de Consumo (COPREC), estableciendo su carácter «previo y obligatorio» (cfr. art. 2) a la interposición de la reclamación ante los Tribunales, siendo gratuita para el consumidor, y sus acuerdos, si se logran, serán ejecutivos una vez homologados por la autoridad creada al efecto. La Ley portuguesa 23/96, que crea los mecanismos destinados a proteger a los usuarios de servicios esenciales, establece la obligatoriedad de acudir a los mecanismos de resolución de conflictos cuando así lo solicite el consumidor.

En materia específica de consumo, es el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, el que «integra» la mediación previa en el procedimiento de arbitraje, si bien existen varias instancias que tienen reconocidas tareas de mediación en este campo, como los servicios de consumo de las Comunidades Autónomas, los servicios de información al consumidor de los Ayuntamientos o las asociaciones de consumidores.

Como venimos diciendo, en nuestro país no existe una legislación uniforme sobre mediación en consumo —ya que la Ley 5/2012 la excluye—, salvo las alusiones en el Real Decreto 231/2008. Ello se debe a que la competencia sobre mediación en consumo se estima que es exclusiva de las Comunidades Autónomas, pues éstas la han asumido en sus Estatutos en lo relativo a los procedimientos de defensa del consumidor (cfr. Andalucía, Baleares, Aragón, etc.), lo que motivó que el anterior proyecto de ordenación del arbitraje de consumo abandonara su idea de regular esta materia. En este sentido, Cataluña ha dictado el Decreto 98/2014, de 8 de julio, *sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo*, que regula cuestiones como: quien puede instarla, entidades que pueden llevarla a cabo —funciones, obligaciones, abstención, plazos de actuación, requisitos para admitir a trámite la solicitud, forma de la mediación, procedimiento a seguir, coste de la mediación,

redacción de actas y del acuerdo—. Se trata, por tanto, de la primera iniciativa legal en este sentido que se aborda en nuestro país, si bien tiene un marcado carácter de regular la «gestión» de la mediación en este campo, más que una norma «procedimental», tal vez porque eso supondría invadir competencias del Estado. Tal vez hubiera sido mejor esperar a la transposición de la normativa de la Unión Europea sobre la materia.

Por tanto, en la mayoría del territorio del Estado seguimos en un panorama en el que se practica la mediación, pero sin someterse a ninguna regla legal que la discipline. En este punto, hemos de recordar que las Juntas Arbitrales tienen encomendada la tarea en lo relativo a los conflictos que replantean en su seno los consumidores y usuarios reclamantes. Se trata de una mediación previa y «no reglada» en su procedimiento, obligatoria para las Juntas, pero no para las partes.

El error reside en percibir la mediación como un instrumento «administrativo» de protección del consumidor y no como un medio alternativo o complementario —voluntario, gratuito y rápido— de solucionar de forma consensuada un conflicto. Es una vía alternativa al arbitraje o los tribunales en la que actúa un tercero «neutral, independiente e imparcial», pues el mediador no es un «defensor» del consumidor, como sucede con otras figuras ya existentes.

En este orden de ideas, es la Directiva 2013/11/UE, *sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno no se ha producido hasta la fecha, el instrumento normativo específico en materia de mediación en consumo.

De esta forma, la mediación en consumo se incardina en el marco general de la resolución alternativa de conflictos, conforme al objeto de la Directiva 2013/11/UE. En este sentido, en su artículo 1 dispone que: «El objetivo de la presente Directiva es contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, "procedimientos de resolución alternativa") que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que ésta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial».

La alusión directa a la mediación se encuentra en su artículo 2.1, al determinar el ámbito de aplicación, cuando dice que: «La presente Directiva se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, "entidad de resolución alternativa"), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa»; es decir, la entidad de resolución alternativa de conflictos

«propone» o «reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa» —mediación—, o «impone una solución» —arbitraje—.

La importancia de la Directiva 2013/11/UE viene determinada porque la mediación en consumo se configura como un derecho de los consumidores y usuarios, de acuerdo con su artículo 5, que dice: «Los Estados miembros facilitarán el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa y garantizarán que los litigios a los que se aplique la presente Directiva y en los que esté implicado un comerciante establecido en sus territorios respectivos puedan someterse a una entidad de resolución alternativa que cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva».

En cuanto al estatuto propio del mediador en consumo, la propia Directiva 2013/11/UE, en su artículo 6, dispone que se deberán tener conocimientos especializados, independencia e imparcialidad. La novedad, frente al régimen que instaura la Ley 5/2012 que obliga a una especialización en mediación, es que el mediador deberá tener conocimientos en Derecho —«estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, así como de un conocimiento general suficiente del Derecho»—.

4. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA INSTITUCIONAL ARBITRAL DE CONSUMO

Conocido es el origen contractual del concepto de mediación; sin embargo, el término mediación, cuando se aplica en el ámbito de las técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos (ADR) y más concretamente a los conflictos que se suscitan en las relaciones entre consumidores y empresarios o profesionales, adquiere un nuevo perfil más relevante, pues cobra una dimensión institucional merced al tratamiento actual del tema en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien no la regula, hace referencia a ella en algunos textos, singularmente el RD 231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consumo.

El arbitraje de consumo en España se regula en el citado Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDSAC), el cual, desde el punto de vista sistemático, regula toda una serie de disposiciones generales, la organización del sistema arbitral de consumo, el convenio arbitral, el procedimiento arbitral, además del arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo. Además, el arbitraje de consumo se rige en lo no previsto en el Real Decreto 231/2008, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

El arbitraje de consumo se configura como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor (art. 1.2

RDSAC).

En cuanto al conflicto de consumo, es decir, las materias objeto de arbitraje de consumo, de acuerdo con el artículo 2 RDSAC, únicamente podrán ser objeto del mismo los conflictos entre consumidores y empresas y profesionales que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 TRLGDCU.

Por tanto, la materia objeto de arbitraje viene determinada por los derechos subjetivos del consumidor y usuario, cuya libre disposición no venga a contravenirse por norma imperativa o dispositiva.

Específicamente, la mediación en consumo, viene referida en su artículo 38.1, el cual dispone que:

> Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

La primera duda que se nos plantea es que, de forma muy diferente a la mediación en otras materias, la regulación específica de la mediación de consumo se plantea dentro del proceso arbitral. De ninguna manera la norma hace referencia a la mediación fuera del proceso institucional de arbitraje de consumo.

Entonces, ¿es posible la mediación en consumo fuera del proceso arbitral? La respuesta, entendemos, es afirmativa, pues partimos de dos principios: el primero de ellos hace referencia a la «libertad individual», la cual se traduce en el marco del tráfico jurídico en la libertad contractual y en la libertad de contratar, es decir, la capacidad de los ciudadanos de «autonormarse» estableciendo pactos que le son vinculantes desde el punto de vista jurídico y en la propia libertad de realizar contratos; el segundo es que, a pesar de que la legislación, más específicamente los principios y normas que se contienen, tienen el carácter de «derecho necesario», es decir, de necesaria aplicación, cuando se trate de normas que otorgan derechos a los consumidores, dicha aplicación es obligatoria en el inicio de la relación contractual; así lo ha expresado la doctrina mayoritaria, pues en esta situación cualquier renuncia de derechos es nula; ahora bien, en la ejecución o cumplimiento del contrato nada obsta para que el consumidor —así como el empresario— pueda renunciar en todo o parte de sus derechos, es decir, puedan llegar a acuerdos y, por tanto, someter la controversia a mediación.

Continuando con el artículo 38, en su apartado 2 dispone que —algo que se nos aventura como cuestión controvertida— es el propio régimen jurídico de la mediación en consumo; así, dice que:

> La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta.

En cualquier caso, el apartado 3 dispone que «quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros».

Así pues, la mediación se ha integrado en el arbitraje de consumo por dos vías diferentes:

— Como actividad precedente a la que se invita a las partes en el inicio del procedimiento, previa admisión a trámite de la reclamación.

— Como conciliación que se realiza ante el propio órgano arbitral; en este caso se alcanza un «laudo conciliatorio» con todas las ventajas que ello comporta para el consumidor. Así, el órgano conciliador tiene un papel relevante en la medida en que puede proponer soluciones al conflicto, habiendo incluso sistemas que admiten sanciones al rechazo injustificado de la propuesta del conciliador.

Tal y como está planteado, el sistema arbitral cuenta con diversas instancias (Junta nacional, Juntas regionales, locales o provinciales), además de ciertos órganos especializados que pueden realizar tareas de mediación. Junto a ello, los Servicios Provinciales de Consumo, las Oficinas de Información al Consumidor o las asociaciones de consumidores, también realizan esta actividad. De esto se han deducido descoordinaciones porque cada órgano actúa con su propio criterio. Por ejemplo, en algunos casos se sanciona a la empresa que se niega u obstaculiza el proceso de mediación «por obstruir las funciones públicas de intermediación en materia de consumo» (cfr. art. 5.1 RD 1.945/1983).

En cuanto al objeto de la mediación en consumo, como ya se ha dicho, en este caso la mediación se aplicará en aquellos conflictos entre consumidores y empresarios o profesionales en los que resulten afectados los derechos de los primeros, siempre que verse sobre una materia en la que las partes tengan poder de disposición; es decir, la mediación alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad. El Decreto 98/2004 de Cataluña lo define así: *cualquier relación establecida entre, por una parte, empresarios, intermediarios o la Administración como prestadora de bienes y servicios y, por otro lado, las personas consumidoras. Esta relación comprende la información, la oferta, la promoción, la publicidad, la comercialización, la utilización, la venta y el suministro de bienes y servicios, así como las obligaciones que se deriven.* Supone un concepto muy amplio que incluye a la Administración Pública cuando es proveedora de bienes y servicios, caso este en el que podría haber impuesto la mediación y arbitraje obligatorios a favor del consumidor.

En cuanto al procedimiento y la posición de las partes, el proceso de mediación en consumo es bastante flexible, como no podía ser de otra manera. Incluso, la actuación más habitual que se produce es la llamada «pre-mediación» o una actuación voluntaria por parte del personal administrativo de la Junta Arbitral, quien se interesa por la posición de las partes e intenta la negociación y acuerdo satisfactorio. El Decreto arriba citado es prueba de esta flexibilidad pues, una vez admitida la solicitud, se dará traslado a la empresa que ha intervenido en la relación de consumo.

Ésta tiene treinta días para manifestar la aceptación o no del procedimiento de mediación, formular la propuesta que considere conveniente o bien presentar las alegaciones que considere adecuadas sobre los hechos planteados por la persona consumidora. Si la empresa no acepta el procedimiento, la persona mediadora debe hacerlo constar, archivar la reclamación y notificarlo a las partes. Si la empresa no contesta transcurrido el plazo de treinta días, se entenderá que no acepta y se archivará la reclamación (cfr. arts. 17 ss. del Decreto 98/2004).

En cualquier caso, la mediación como procedimiento previo y voluntario es una opción del consumidor y la empresa, de tal forma que el presidente de la Junta Arbitral debe incluir en la resolución de admisión a trámite la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, en los supuestos en que proceda, según dispone el artículo 37.3.*a*) RDSAC. Si hay oposición expresa de parte o consta una mediación intentada sin efecto, no habrá lugar a este trámite. En segundo lugar, como se ha expuesto más arriba, el artículo 38.2 RDSAC no regula su procedimiento, sino que se remite a la legislación sobre la materia que resulte de aplicación —que por ahora no existe— y haciendo expresa mención al deber del secretario de la Junta Arbitral de dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como de su resultado. Asimismo, impone al mediador los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.

En cuanto al plazo concedido para llevar a cabo la mediación, siendo la media de dos meses, prorrogable por otro más, el artículo 49.1 RDSAC concede un mes desde que se dicta la resolución de admisión a trámite e invitación a la mediación. Éste es a todas luces un plazo corto, por lo que el número de sesiones y las posibilidades de obtener acuerdo no son muy elevadas. No obstante, si bien se mira, de su texto se deduce que realmente durante todo el plazo del procedimiento arbitral, antes de dictar laudo, las partes pueden llegar a un acuerdo, bien por conciliación ante el órgano arbitral, bien por sí mismas o por mediación, en cuyo caso se dictará un laudo conciliatorio en el plazo de quince días desde que se adopta el acuerdo.

En cualquier caso, la mediación es gratuita y se atiene a los principios ya citados de confidencialidad, contradicción y voluntariedad, por lo que cualquiera de las partes puede abandonarla a voluntad.

En cuanto al acuerdo y su fuerza vinculante, según venimos diciendo, la mediación es un contrato «atípico», y su esencia contractual es evidente. En consecuencia, los deberes de buena fe, confianza mutua y confidencialidad son muy relevantes. Una vez concluido el proceso, si hay acuerdo estaremos ante una transacción en la que se resuelvan la totalidad o parte de las cuestiones planteadas, que será homologada o no por una autoridad según proceda.

En el caso de la mediación en el Sistema Arbitral de Consumo —excluimos el caso de la conciliación ante el órgano arbitral— la fase de mediación es previa a la intervención del árbitro o del colegio arbitral, por lo que del artículo 38.2 RDSAC ordena al secretario de la Junta Arbitral levantar acta del resultado de la mediación. Si no hay acuerdo, el procedimiento sigue su curso. En este caso, entendemos que por

aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil el certificado o acta que emite el secretario de la Junta Arbitral en el que se recoge el acuerdo adoptado por mediación sería documento público en los términos del artículo 1.216 del Código Civil y podría gozar de la eficacia probatoria y ejecutiva prevista por la legislación procesal. Ello comporta un «control de legalidad» del acuerdo que compete al presidente de la Junta Arbitral o al Colegio o Árbitros, si ya hubieren sido nombrados. Sostener lo contrario supone dar preferencia a la fe pública en relación con un órgano de la Administración Pública «especializado». Sin embargo, no queda claro si esa fase de mediación es anterior al nombramiento del órgano arbitral destinado a dirimir, en su caso, el conflicto. Del tenor de artículo 39 RDSAC no se deduce que la mediación previa obste para nombrar árbitro colegial, por lo que en caso de haber acuerdo, se aplicará el artículo 48.2 —del mismo texto— y éste se incorpora al laudo, salvo que el órgano arbitral encuentre motivos para oponerse, en cuyo caso prevalece su criterio, creando una situación difícil de resolver. Si el acuerdo válido es parcial, se continúan las actuaciones para dirimir los puntos no recogidos en el acuerdo. Con ello se le dota de la fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo conforme dispone el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA. ESPECIAL REFeRENCIA AL ÁMBITO DE CONSUMO

Hasta la fecha, la regulación de la mediación electrónica en materia de conflictos de consumo se contiene en la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Muy especialmente, en su artículo 5, el cual regula el derecho de acceso del consumidor y empresario a entidades y procedimientos de resolución alternativa.

Un examen de dicho artículo nos lleva a conclusiones más que elocuentes sobre el futuro de la mediación de consumo electrónica. En este sentido, no sólo regula el derecho de acceso (—o que los ciudadanos— «puedan someterse a una entidad de resolución alternativa que cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva), sino que mediante transposición normativa los Estados miembros han de garantizar que las entidades de resolución alternativa:

— Mantengan un sitio de internet actualizado que facilite a las partes un acceso sencillo a la información relativa al procedimiento de resolución alternativa en un portal web.

— Permita además a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios; es decir, la mediación electrónica.

— Faciliten a las partes, cuando lo soliciten, la información anterior en un soporte duradero; o lo que es lo mismo, en un archivo normalizado (generalmente PDF).

— Cuando proceda, permitan al consumidor presentar una reclamación fuera de línea; nótese que se hace por excepción, es decir, primará el derecho a la mediación

de consumo electrónica.

— Mecanismos que hagan posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica o, si procede, por correo.

— Obligatoriedad de adaptarse al procedimiento de resolución de litigios en línea en materia de consumo [«acepten tanto los litigios nacionales como transfronterizos, incluidos los litigios cubiertos por el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo»].

— El cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales («adopten las medidas necesarias para asegurar que el tratamiento de datos personales cumpla las normas sobre protección de datos personales establecidas en la legislación nacional del Estado, por la que se aplica la Directiva 95/46/CE en el Estado miembro en el que esté establecida la entidad de resolución alternativa).

Por tanto, es clara la vocación de la legislación comunitaria de instrumentalizar la mediación de consumo a través de medios electrónicos.

Por su parte, el Reglamento (UE) 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, contempla los supuestos de mediación de consumo electrónica de resolución alternativa sólo para aquellos asuntos que traigan causa de una transacción electrónica o contrato electrónico. Así se dispone en su artículo 2.1, al tratar el ámbito de aplicación («contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa»).

Dicho Reglamento, fundamentalmente se refiere al establecimiento de una plataforma de resolución de litigios en línea; así, en su artículo 5, dispone que:

> La Comisión desarrollará la plataforma de resolución de litigios en línea y será responsable de su funcionamiento, incluidas todas las funciones de traducción necesarias a efectos del presente Reglamento, de su mantenimiento, su financiación y la seguridad de los datos con los que opere. La plataforma de resolución de litigios en línea deberá ser de fácil utilización por los usuarios. En el desarrollo, el funcionamiento y el mantenimiento de la plataforma de resolución de litigios en línea se velará por el respeto de la intimidad de sus usuarios desde la fase de diseño («protección de la intimidad mediante el diseño») y por que, en la medida de lo posible, dicha plataforma sea accesible y utilizable por todas las personas, incluidos los usuarios vulnerables («diseño para todos»).

La plataforma de resolución de litigios en línea constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión.

Del mismo modo, la Comisión facilitará el acceso a la plataforma de resolución de litigios en línea, de modo apropiado, a través de sus sitios de internet, proporcionando información a los ciudadanos y a las empresas de la Unión y, en particular, a través del portal «Tu Europa» creado de conformidad con la Decisión 2004/387/CE.

La plataforma de resolución de litigios en línea desempeñará las siguientes

funciones:

a) facilitar un formulario electrónico de reclamación que la parte reclamante pueda rellenar;

b) informar de la reclamación a la parte reclamada;

c) determinar la entidad o entidades de resolución alternativa competentes y transmitir la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar;

d) ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las partes y a la entidad de resolución alternativa tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma de resolución de litigios en línea;

e) proporcionar a las partes y a la entidad de resolución alternativa la traducción de la información que sea necesaria para la resolución del litigio y que se intercambie a través de la plataforma de resolución de litigios en línea;

f) facilitar un formulario electrónico del que se servirán las entidades de resolución alternativa para transmitir la información contemplada en el artículo 10, letra *c*);

g) proporcionar un sistema de comentarios que permita a las partes expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea y sobre la entidad de resolución alternativa que haya conocido de su litigio.

La situación se complica, pues recientemente se ha aprobado el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual, como hemos expuesto reiteradamente, excluye expresamente la mediación en consumo.

No obstante, dicho Real Decreto, en su capítulo V, regula el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En general, se circunscribe a asuntos cuya cuantía no exceda de 600 euros.

En cuanto a los responsables del procedimiento, su artículo 31 dispone que:

> 1. El mediador y, en su caso, la institución de mediación que hayan contratado con un proveedor de servicios electrónicos deberá habilitar los mecanismos necesarios para garantizar a las partes la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento y asegurará el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.
>
> Con arreglo al principio de confidencialidad, se dará opción a las partes a indicar si los documentos que entregan o las comunicaciones que entablan no tienen este carácter. De no constar manifestación expresa y por escrito de las partes, se entenderá que la documentación y comunicaciones quedan sometidas al régimen de confidencialidad.
>
> 2. Cuando la institución de mediación o, en su caso, el mediador contraten los servicios electrónicos de mediación con un proveedor, éste tendrá la condición de encargado del tratamiento de aquellos datos y dará cumplimiento a las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad directa del mediador o de la institución de mediación frente a las partes por los daños que se les pudieran causar por el incumplimiento de las obligaciones que les incumban, en particular en aplicación de las normas sobre protección de datos de carácter personal.
>
> 3. Las instituciones de mediación y, en su caso, los mediadores se asegurarán de que los medios

electrónicos utilizados cumplen las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con el fin de lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

4. Los medios electrónicos aplicados a los procedimientos simplificados de mediación deberán incorporar mecanismos de registro de actividad que permitan auditar su correcto funcionamiento.

En cuanto a la acreditación y condición de usuario, el artículo 32 dispone que:

> Las partes y el mediador acreditarán su identidad con arreglo a lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos, en todas las actuaciones que requiera el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En su defecto, las partes y el mediador podrán acreditar su identidad presencialmente ante el mediador o las instituciones de mediación, acordando un sistema de acceso seguro de mutuo acuerdo.

Por otra parte, en la actualidad la mediación electrónica es objeto de un profundo estudio a través del Proyecto EMEDEU-PROJECT (*Online Mediation in Cross-Border Civil and Commercial Matters in the European Union*), protagonizado por las Universidades siguientes: ESTG-Leiria/IPLeiria (PT), Universidad de Salamanca (ES), University of Leicester (GB), University of Urbino (IT) y ESCE-International Business School (ES). Su objeto es el desarrollo de una propuesta prenormativa para la mejora de la mediación electrónica eficaz en materia civil y mercantil transfronterizas a nivel europeo, sentando las bases para una futura aplicación real de las normas europeas sobre ODR y el estudio jurídico y diseño del «Código de conducta europeo para mediadores electrónicos».

En conclusión, se hace necesaria la transposición de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y un desarrollo efectivo del Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo que venga a aclarar la situación de la mediación de consumo electrónica.

6. BIBLIOGRAFÍA

ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OROZCO PARDO, G.: *Mediación y Arbitraje de Consumo*, Tirant lo Blanch, Monografías, n.º 713, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de Consumidores y Usuarios*, Dikynson, 5.ª ed., 2013.

MARCOS FRANCISCO, A.: *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Monografías, n.º 710, 2010.

PIPAÓN PULIDO, J. G.: *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, 2009.

RIBÓN SEISDEDOS, E.: *Manual Básico de Arbitraje de Consumo*, CEACCU, 2008.

SCANNICCHIO, N.: *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori*, Cacucci, 2007.

SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Mediación y arbitraje : los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

VÁZQUEZ DE CASTRO (dir.): *Estudios sobre justicia online*, Comares, 2013.

VILALTA NICUESA, A. E.: *Mediación y arbitraje electrónicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

VVAA: «Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013 (monográfico).

— *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, Reus, 2013.

PARTE TERCERA

MEDIACIÓN MERCANTIL Y COMERCIAL

CAPÍTULO XII

MEDIACIÓN EN ASUNTOS MERCANTILES

JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN MERCANTIL A LA MEDIACIÓN MERCANTIL (INTRODUCCIÓN). 2. LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES (LM). 3. LOS CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO. ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. 4. INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS ASUNTOS MERCANTILES. 5. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN (Y SU INTERÉS EN LOS ASUNTOS MERCANTILES). 6. LAS PARTES Y LA MEDIACIÓN MERCANTIL. 6.1. *Las partes.* 6.2. *La mediación*. 7. ALGUNOS SECTORES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL Y EL RECURSO A LA MEDIACIÓN. 7.1. *Diversos sectores*. 7.2. *Propiedad industrial y competencia*. 7.3. *Transporte y seguros*. 8. CONSIDERACIÓN FINAL. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN MERCANTIL A LA MEDIACIÓN MERCANTIL (INTRODUCCIÓN)

Entre los contratos mercantiles y, en concreto, entre los de gestión o colaboración se ha considerado al llamado contrato de mediación (o corretaje), concertado entre el mediador y su cliente. Fue definido por la Jurisprudencia como contrato «por el cual una persona se obliga a pagar una remuneración a otra para que ésta se obligue una actividad encaminada a ponerle en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna». El mediador se obliga a guardar secreto en cuanto a las instrucciones que le ha dado su cliente, a tenerle al corriente de la marcha de sus operaciones y a aconsejarle, en defensa de sus intereses. El cliente se obliga a suministrar al mediador los datos necesarios para que pueda llevar a cabo el encargo y a pagarle el premio, retribución o corretaje. El Código de Comercio dedica el Título VI de su Libro I a los «agentes mediadores del comercio», distinguiendo entre agentes mediadores y libres, de los que sólo dice que no tendrán fe pública, en una regulación hoy derogada en su mayor parte. Se trata de la mediación como contrato mercantil, propio de este sector del Derecho privado, en el que las partes son aproximadas por otras, para que concierten sus negocios. Quizás en el futuro (art. 544.2 del proyecto de Código Mercantil) sea definido de forma análoga, considerándose mediador al «operador económico de mercado que pone en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio jurídico, sin estar ligado a ninguna de ellas por una relación de dependencia, colaboración, agencia o representación».

En el campo de la resolución de conflictos y entre las técnicas Alternativas de Resolución de Disputas (ADR) se encuentran la negociación, la conciliación, el arbitraje y la mediación, configurada ésta de forma diferente según los sistemas y

ordenamientos que otorgan un papel y función al mediador más o menos amplio. La mediación, como forma de resolución del conflicto surgido entre dos (o más partes), alternativa a la vía judicial, se presenta como un procedimiento único, voluntario (pues ambas partes deben querer someterse al mismo, sin que quepa forzar al reclamado a seguir un determinado trámite), basado en la autonomía de las partes que controlan, en cierta medida, el modo en que se soluciona la controversia, confidencial y con eficacia ejecutiva de la solución (acuerdo) alcanzado, que no tendrá que hacerse público necesariamente y que exige la colaboración de las partes, cuyo interés en usar este mecanismo y someterse a él debe ser coincidente, pues en otro caso es preferible acudir a otra vía, con seguridad de su fracaso.

Como posible vía de resolución de conflictos en asuntos de carácter mercantil, en el comercio y, en una opinión cada vez más extendida, en el mercado, se presenta como atractiva y no extraña a un sector de la contratación en el que (ahora, producido un conflicto que ha de resolverse, pero históricamente, aun antes de iniciarse la relación entre dos partes) un tercero aproxima a las partes para intentar que lleguen a un acuerdo y resuelvan su desaveniencia.

2. LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES (LM)

Tras algunos intentos de la anterior Legislatura (*Anteproyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil* aprobado por el Ministerio de Justicia el 19 de febrero de 2010 y *Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, BOCG* de 29 de abril de 2011), el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación de asuntos civiles y mercantiles (*BOE* de 6 de marzo de 2012) vino a cumplir la obligación de transponer la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este Real Decreto se tramitó como Ley —incorporando todas las enmiendas que se presentaron en el Senado— y se publicó como *Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles* (*BOE* de 7 de julio de 2012): la *LM*. De este modo, la Directiva citada se refiere expresa y concretamente a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero anima a las legislaciones de los Estados miembros a que apliquen sus disposiciones a procedimientos de mediación de carácter nacional. Parte de la base de que la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos que surjan en los ámbitos civil y mercantil, y señala en su parte expositiva algo que adquiere un interés superior cuando se trata de relaciones comerciales o mercantiles («es más que probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes») sin perjuicio de que uno de sus fines, en cualquier sector, pueda ser el de evitar la ruptura definitiva de relaciones personales o situaciones traumáticas que impidan el restablecimiento de las mismas.

La LM está dividida en cinco títulos que se refieren a la disposiciones generales, principios informadores, estatuto del mediador, procedimiento y ejecución de acuerdos.

Alude el primero al mismo concepto de mediación, por lo que habrá de entenderse como «aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1), siendo el concepto válido para la aplicación de esta ley, lógicamente, pero no un concepto único, ya que en todas las leyes de mediación españolas se incluye un concepto propio (y diferenciado en muchas ocasiones), y si no hay un criterio legislativo uniforme en cuanto a la definición, tampoco lo hay a nivel doctrinal. La ley española excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal, que va desarrollándose aunque con cierta lentitud (más que en otros ordenamientos), la mediación con las Administraciones Públicas y la mediación laboral (que en España dispone de un régimen general), además de la mediación en materia de consumo, que queda reservada a la legislación tuitiva y protectora de consumidores y usuarios, con un sistema propio o, al menos, particular y específico. Se completa el Título I con la referencia a la mediación en los conflictos transfronterizos —a los que puede alcanzar la disposición que se comenta, siendo ése el interés del legislador comunitario—, así como en lo relativo a los plazos (de prescripción y caducidad) y a las instituciones de mediación, entidades que tienen por objeto impulsar la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores—. En este título se consagra la existencia de las llamadas «instituciones de mediación», que serán aquellas entidades —de variada naturaleza— que tengan entre sus fines el impulso de la mediación (y también es posible, en cuyo caso deberán tomar las medidas precisas para separar ambas actividades, que fomenten el arbitraje), entidades que no podrán prestar directamente el servicio de mediación, aunque sí designar a los mediadores, con una serie de exigencias de transparencia (informar sobre su formación, su especialidad y experiencia y el criterio para el nombramiento, entre otras) y podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, que pensados en principio para reclamaciones de escasa cuantía económica pueden cumplir un importante papel para resolución *on line*. Las instituciones de mediación han de ser un medio adecuado y eficaz para difundir la mediación como sistema de resolución de conflictos y para extender la mediación en el tejido social, formar a los mediadores, ofrecer a los más cualificados, elaborar códigos éticos, etc.

La LM entró en vigor el 7 de julio de 2012 (a los veinte días de su publicación en el *BOE*) y debió hacerlo coexistiendo con numerosas leyes de mediación de carácter autonómico (hasta quince, en concreto, de las cuales cinco son posteriores a la Directiva de 2008, si bien, de éstas, ni Andalucía —Ley 1/2009, de 27 de febrero—, ni Islas Baleares —Ley 14/2010, de 9 de diciembre—, ni Aragón —Ley 9/2011, de 28 de marzo— legislaron sobre otro tipo de mediación que no fuera la mediación familiar, como por otra parte habían hecho todas las demás Comunidades Autónomas que habían aprobado sus leyes con anterioridad a la Directiva —Cataluña, aunque su

ley fue derogada por una nueva en 2009, Galicia, Valencia, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Asturias y País Vasco—). De este modo, junto a la LM, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, *de Mediación* de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que quiere dar un ámbito integral a la mediación y por ello supera el límite del Derecho privado y alcanza en su articulado a los ámbitos social e incluso penal, y la nueva (porque sustituye a la de 2001, ésta referida a la mediación familiar exclusivamente) Ley 15/2009, de 22 de julio, *de Mediación en el ámbito del derecho privado* de Cataluña, son las leyes que extienden su campo de aplicación al resto de conflictos (independientemente de los de carácter familiar) en materia de Derecho privado, a asuntos civiles y mercantiles, pues.

3. LOS CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO. ASUNTOS CIVILES Y *MERCANTILES*

Las relaciones sociales y las relaciones en Derecho privado, en concreto, pueden provocar conflictos, consustanciales a la condición humana, entendidos como una «forma de interacción entre individuos, grupos, organizaciones y colectividades que implican enfrentamientos por el acceso a recursos escasos y su distribución» (en opinión de Bobbio), problema, cuestión, materia de discusión (en la acepción de la RAE). Las partes entran en conflicto por la existencia de intereses convergentes o divergentes y acuden normalmente a un tercero, el órgano judicial encargado de ello, para encontrar una solución al mismo. Sin volver sobre esta cuestión, se ofrecen métodos normalmente extrajudiciales heterocompositivos, en virtud de los cuales un tercero ajeno a las partes proporcionará una solución (el arbitraje —en el que el árbitro que habrá de dictar el laudo es, realmente, un juez privado que da la razón a una u otra parte—; la conciliación judicial, con intervención del juez en esta ocasión, que antes de entrar en el proceso judicial en sí y con la intención de evitarlo, intenta lograr un acuerdo consensuado con las partes; y algunos sistemas de opinión legal o técnica no vinculante —un informe—, no arraigado entre nosotros), y autocompositivos, como es la negociación, que si logra evitar un litigio judicial, será transacción y, finalmente, la mediación, alternativa sin duda a la vía jurisdiccional pero, a su vez, complemento de ella en algunos casos.

La LM es una ley que, a nuestro juicio, más que distinguir o diferenciar entre asuntos de carácter civil y asuntos de carácter mercantil, sin perjuicio de que así se pueda y se deba considerar, tiende una vez más a la unificación de ambos, y de nuevo lo hace (como ocurrió en la Ley Concursal) refiriéndose a una situación conflictual para la que ofrece una solución unitaria. La LM viene, pues, a ofrecer una solución en materia de asuntos de Derecho privado y, en concreto, de Derecho patrimonial. No ha de silenciarse el proceso de «comercialización» del Derecho civil, que se concreta en la paulatina unificación del Derecho privado. No obstante, queremos advertir de la dificultad que puede encontrarse cuando se trata de calificar un asunto, un contrato (una obligación) como mercantil o como civil. De sobra es conocida la solución

ofrecida por el legislador especial, en el Código de Comercio, cuando precisa (art. 2.2), tras indicar que sus normas se aplicarán a éstos, «sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no contenidos en él» (en las leyes mercantiles, por extensión interpretativa), que son actos de comercio los contenidos en el Código (y, de nuevo, en la ley) y «cualesquiera otros de naturaleza análoga», sin encontrar un criterio concreto y diferenciador que justifique la inclusión en el Código de Comercio de los contratos que son objeto de una regulación específica en el mismo (atendiendo en ocasiones a criterios objetivos, subjetivos, locativos, mixtos, teleológicos, sectoriales, etc.). De cualquier modo, el Derecho mercantil o, mejor, la materia mercantil habrá de incluir la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes, en cuanto tales; el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil; y los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar, como ha señalado el Tribunal Constitucional. De este modo, la materia mercantil o el Derecho mercantil, en su concepto esencial, puede entenderse como el Derecho privado regulador de los empresarios y de la actividad propia de éstos, aunque la legislación española avanza hacia un Derecho mercantil cuyo criterio delimitador sería el mercado, y en esta dirección, superado el concepto esencial, podría entenderse como el Derecho privado de todas las relaciones jurídicas comprendidas en el tráfico económico (Olivencia, 2013), ampliándose también los sujetos operadores del mercado, entre los que habrán de incluirse, junto a los empresarios, quienes ejerzan una actividad intelectual de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado —también las personas jurídicas— y, de otro lado, los consumidores. Con este planteamiento (que ha sido seguido por las propuestas legislativas más recientes —proyecto de Código Mercantil—) puede advertirse de la importancia del empleo de la mediación en la resolución de conflictos en *materia mercantil* (ampliada de manera extraordinaria en nuestra interpretación).

También ha de destacarse la vocación internacional del Derecho mercantil, que se observa de manera muy evidente en el movimiento de unificación legislativa (o de armonización) de los ordenamientos nacionales, por diferentes vías. En este mismo sentido conviene recordar cómo los formularios, los contratos tipo, las condiciones generales, son utilizados de modo uniforme por los agentes del tráfico, que también recurren, de modo cada vez más frecuente, al arbitraje como modo de resolución de conflictos. El avance de las nuevas tecnologías, por su parte, facilita de modo extraordinario las relaciones contractuales entre empresarios de diferentes lugares o países (sometidos a diferentes legislaciones) o entre éstos y sus clientes. Los conflictos transfronterizos serán, pues, situaciones habituales, y la fórmula de intentar un acuerdo amistoso para la resolución de su litigio —en nuestro caso con ayuda de un mediador— será atractiva y apropiada. Sin necesidad de someterse a un órgano judicial, con las dificultades que traerá consigo el determinar cuál sea el competente y, tras ello, someterse a un proceso habitualmente largo y en un foro posiblemente *lejano*, se articula un mecanismo alternativo que permite que las partes lleguen a un acuerdo y que, de alcanzarlo, éste llegue a tener fuerza ejecutiva. Se entiende en la Directiva por conflicto transfronterizo (art. 2) aquel en el que «al menos una de las

partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinta del Estado miembro de cualquiera de las otras partes», en el momento en que las partes decidan hacer uso de la mediación, la dicte un tribunal, sea obligatorio acudir a ella por establecerlo así la legislación nacional o se remita una invitación a las partes para someterse a la misma por parte de un órgano jurisdiccional. Su encaje y conveniencia para las relaciones comerciales (transfronterizas) es más que evidente.

4. INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS *ASUNTOS MERCANTILES*

Regula el artículo 5 LM las llamadas *instituciones de mediación*, debiendo entender por tales las entidades (públicas, privadas, españolas o extranjeras) y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación. No prestarán directamente servicios de mediación, pero sí pueden designar mediadores que forman parte de las mismas para que lleven a cabo esta función. Sin entrar pormenorizadamente en los diferentes tipos de instituciones de mediación, pueden señalarse como tales: asociaciones profesionales constituidas como tales, fundaciones (a modo de ejemplo, entre ellas, puede citarse la *Fundación Signum*, creada por el Colegio Notarial de Madrid, cuya función concreta y precisa es difundir las ADR al margen de los tribunales, ampliando los servicios que el colectivo de notarios ofrece al público), sociedades cuyo objeto social incluya la actividad de mediación, servicios de mediación establecidos por la Administración (que se equiparan a las instituciones) y corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica. En este aspecto, la LM (disps. finales 1.ª y 2.ª) ha modificado la *Ley de Colegios Profesionales* y la *Ley Básica de las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, que se consideran de esta forma instituciones de mediación y que incluyen entre sus funciones las del impulso y desarrollo de la mediación.

La mediación ha preocupado a los Colegios profesionales que han organizado, entre sus colegiados, la actividad de mediación, fundamentalmente los de abogados, psicólogos y trabajadores sociales. Debe resaltarse, entre ellos, a los notariales por una doble razón: alcanzado un acuerdo, tras la mediación, cobra fuerza ejecutiva una vez que se ha elevado a escritura pública (art. 25 LM), función que corresponde al notario; cabe la posibilidad de que el mediador haya sido precisamente un notario que concluirá su función como mediador al alcanzarse el acuerdo. Aunque la elevación a escritura pública del mismo sea un acto diferente, sería razonable que la elevación fuera realizada por otro. Y ésta es la segunda razón, el notario puede intervenir como mediador (siempre que cumpla las condiciones del art. 11 LM) y llevar a cabo sus funciones como tal —independientes de su condición de fedatario público— en el marco de la institución de mediación del Colegio Notarial o de la Fundación correspondiente. En el campo civil, la mediación en materia de particiones hereditarias y la pura mediación mercantil son de gran interés en la esfera de la

actividad notarial.

Por lo que se refiere a las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación, órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas que tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que realicen estas actividades en un determinado ámbito territorial y estén incorporadas —siendo libre la incorporación desde el 1 de enero de 2011— a las mismas, tienen reconocidas expresamente funciones de arbitraje en el ámbito mercantil en su ley reguladora (Ley 3/1993): «desempeñar funciones de arbitraje mercantil nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente». Dado que se les atribuye, igualmente, la función de realizar actividades que contribuyan a la defensa, desarrollo y apoyo del comercio y la industria y a establecer servicios de información y asesoramiento empresarial, podría interpretarse que también podría estar incluido en su ámbito de actuación y sus funciones el desempeño de las funciones de mediación, y de hecho se trata de una función que ya venían desarrollando. Pero la previsión se contempla en la disposición final 2.ª de la LM que, reformando su ley reguladora, incluye expresamente también entre las funciones de las Cámaras «impulsar y desarrollar la mediación». La resolución amistosa de conflictos mercantiles entre empresas (entre empresarios), con el concurso de las Cámaras de Comercio, se ofrece como uno de los servicios de éstas que proporcionan para ello equipos de mediadores homologados por las propias Cámaras, con la garantía de tratarse de una corporación de Derecho público que controlará el procedimiento que podrá seguirse en sus propias instalaciones.

La Cámara de Comercio Internacional ha aprobado un reglamento de mediación (vigente a partir de 1 de enero de 2014) con un anexo sobre honorarios y costos, y otro, especialmente interesante, sobre las cláusulas de mediación (que pueden consistir en recoger en el contrato la posibilidad de someterse a esta vía, la obligación de hacerlo, de intentar la mediación como paso previo al arbitraje si es necesario, entre otras), en el que se recoge lo relativo al inicio de la mediación (tanto cuando hay un acuerdo previo de sometimiento como cuando no lo hay), elección de mediador (con referencia a sus honorarios y a la posibilidad de que, si no se llega a un acuerdo por las partes en lo que se refiere a su elección, la Cámara ofrezca una lista o proponga uno concreto), modo de conducir la mediación, conclusión (con diversas posibilidades), y alusión a la confidencialidad de todo el proceso (salvo acuerdo de las partes).

5. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN (Y SU INTERÉS EN LOS ASUNTOS *MERCANTILES*)

Los principios informadores de la mediación son considerados en el Título II. Se trata de los principios de voluntariedad y libre disposición (art. 6), de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7), de neutralidad (art. 8) y de

confidencialidad (art. 9), además de los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo a los que se someten las partes que organizarán la mediación —con sujeción a los principios informadores señalados— del modo que tengan por conveniente, principios que también pueden considerarse como características de la mediación.

La *voluntariedad* se concreta en tres extremos: de un lado, la mediación es voluntaria y sólo se someten a ella las partes, si así lo quieren; de otro, sólo se permanece en el sistema mientras se quiere, por lo que cualquiera de las partes, en cualquier momento, puede renunciar al mismo, si bien es cierto que hay algunos supuestos en los que se exige intentar una mediación —y concluir esa etapa— antes de poder intentar un arbitraje o acudir a los tribunales, lo que posibilita la propia Directiva 2008/52/CE, que señala que la remisión a la mediación puede ser ordenada por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro; finalmente, como consecuencia de lo anterior, nadie está obligado a mantenerse ni a concluir un acuerdo.

En definitiva, hay que poder entrar en la mediación, hay que poder quedarse y hay que poder retirarse. Es posible que exista un pacto escrito que obligue a someter a mediación una controversia; en ese caso sí debe acudirse a esa vía y hacerlo de buena fe, intentando alcanzar el acuerdo, lo que será más que frecuente en el campo mercantil en el que los empresarios (ya hemos hecho alusión a las posibilidades que ofrecen, por ejemplo, la Cámara de Comercio y la Cámara de Comercio Internacional). En la ley española la voluntariedad es un principio general sin ninguna excepción. El proyecto de ley y el anteproyecto consagraban una mediación obligatoria (para la resolución de determinadas reclamaciones de cantidad) que desapareció del texto final aprobado, aunque sí se conserva en otras leyes europeas [como en la italiana, en la que la mediación es obligatoria en determinadas materias, sin que se admita la demanda si antes las partes no han intentado la mediación, lo que ocurre también en Alemania o en Argentina, cuyo caso es especial, pues en la *Ley 26589 de Mediación y Conciliación* (2010) establece con carácter obligatorio, la mediación previa a todo proceso judicial (salvo alguna excepción), imponiendo una multa a quien no comparezca a la mediación, posibilidad por la que ya optó, en su momento, la *Ley 24753* que vino a sustituir la de 2010 citada, en el ámbito de los procesos civiles y mercantiles].

La *confidencialidad*, por su parte, se configura también como una máxima general del procedimiento. Esta exigencia, común en los diferentes ordenamientos, se ha de referir necesariamente al mediador —que queda protegido por el secreto profesional — y alcanza a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes. Se impide que tanto los mediadores como las personas que participen en el procedimiento de mediación puedan ser obligados a declarar o a aportar documentación, salvo alguna excepción —que las partes lo dispensen o cuando el juez del orden jurisdiccional penal lo solicite [art. 9.2.*a*) y *b*) LM], que rompe, a nuestro juicio, el principio de manera absoluta. La razón lógica de este deber jurídico estriba en que, efectivamente, es éste de la mediación un sistema *diferente* en el que las partes pueden confiarse al mediador, sabiendo que nunca saldrá de ahí —de la mediación— lo que manifiestan,

aporten u opinen, pues en la mediación, a diferencia de otros sistemas, puede «contarse todo» y ha de hacerse con la certeza absoluta de que nunca podrá usarse en su contra lo que contó, ni transmitirse esta información a otros en relación con el asunto en concreto o con cualquier otro. Por ello, no sólo el contenido de las reuniones y de las manifestaciones es por completo privado, sino que este carácter de confidencial alcanza a los documentos mismos, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011. La profesionalidad del mediador —y su régimen de responsabilidad— es garantía del cumplimiento de este deber. También en el ámbito mercantil o comercial cobra especial importancia este principio, pues lo que manifiestan durante la mediación las partes, sus posiciones, compromisos concertados en un caso concreto —que pueden ser diferentes de otros que se alcancen en ocasiones, sin embargo, similares o idénticas—, sus estrategias, puede perjudicarles tanto en su negocio como en las relaciones con terceros (por ejemplo, para posibles nuevos conflictos). Si la confidencialidad es una máxima absoluta del procedimiento, en una relación comercial —de tanto contenido e intereses— habrá de exigirse de un modo reforzado. Hay que remitir, en este punto, al particular caso del mediador concursal (afectado y sujeto a este principio) que deviene administrador concursal (que no lo está).

La *igualdad* de las partes y la *imparcialidad* de los mediadores se enuncian en un mismo precepto, advirtiendo que las partes deben actuar en igualdad de oportunidades, con equilibrio en sus posiciones, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o en interés de cualquiera de ellas. Y a ambos caracteres debe añadirse, en este punto, el de *neutralidad* del mediador, que nunca debe optar por ninguna de las partes. Es cierto que neutralidad e imparcialidad han sido hechas sinónimas en algunas ocasiones (y de modo particular en la aplicación práctica de la Ley), pero han de ser cosas diferentes al diferenciarlas la Ley en sus dos preceptos, el artículo 7 —«en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades…»— y el artículo 8, que lleva como título precisamente «neutralidad» —«las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes… alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación…»—, y mientras que la primera se relaciona con el equilibrio de las partes (y la posición del mediador), la segunda atañe más a la propia resolución del conflicto, que no debe y no puede ser sugerida por el mediador sino alcanzada por las partes. Ser neutral significa, exactamente, «que no es ni de uno ni de otro»; «que entre dos personas que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas»; ser imparcial, por su parte, supone «falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud».

El Código europeo de Conducta para los mediadores (2004), al que se refiere la LM en su Preámbulo, recoge el principio en su articulado con referencia a la imparcialidad del mediador y a la imparcialidad del procedimiento. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, al definir la mediación, recoge el principio como característica primera del mediador: «Proceso por el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes…». Por supuesto, también la Directiva

2008/52/CE («los mencionados mecanismos deben aspirar… a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente»).

Estos principios, necesarios para la existencia y el éxito de la mediación, que ausentes los mismos carecería de sentido, deben darse en el inicio del procedimiento, en todas y cada una de las sesiones y las actuaciones, con lo que podrán alcanzar el pacto de mediación que consideren. El principio de «igualdad entre las partes», de equilibrio entre las mismas, también se exige para otros sistemas, como el arbitraje y, en concreto, para el arbitraje de consumo, si bien en esta ocasión las partes son necesariamente (a diferencia de la mediación) empresario y no empresario (consumidor), lo que hace que se entienda mejor la exigencia de esa igualdad. Pero también en la mediación comercial cobran su sentido. El conflicto surgido entre empresarios va a resolverse por este procedimiento, en el que ambos (no interesa ahora la importancia económica de cada una de las empresas) deben encontrarse y sentirse en una misma posición, en un plano de igualdad (aunque en la relación concreta no se haya dado esa característica o condición en el momento de la contratación, en el que posiblemente una de las partes hizo prevalecer su posición dominante frente a la *debilidad* de la otra e impuso un contenido contractual, quizás previamente redactado e impreso). En el momento de la resolución del conflicto, independientemente de ello, las *partes son iguales*. No debe existir una débil y otra fuerte, lo que es igualmente predicable, o más aún, de una situación en la que quienes se disponen a resolver su conflicto sean un empresario y un particular que no se enfrentan, sino que tratan de llegar a un acuerdo que va, sin duda, a favorecer a ambos de llegar a alcanzarse y que, como ya se ha dicho, permite que se puedan conservar las relaciones comerciales, lo que a ambos interesa pero, posiblemente de modo mayor, al empresario.

De modo resumido señalaremos que los principios informadores (y reguladores de la mediación en los asuntos mercantiles) son el de voluntariedad y libre disposición de las partes (por lo que, empresario-empresario y empresario-cliente se someterán a la misma si así lo pactan previamente al contrato, previendo el modo de solución de un conflicto posible que les evite acudir a un órgano jurisdiccional o a otra solución extrajudicial o cuando éste ha surgido, y organizándolo en la forma que consideren más conveniente); el de igualdad de las partes, desapareciendo las posibles y frecuentes posiciones contractuales diferentes, propias de la contratación, de la contratación en masa y de la contratación mercantil en particular (en la que una de ellas tiene una especial organización) en este momento de resolución del problema e intento de avenencia; el de imparcialidad y neutralidad de los mediadores que lleva a que las partes sean efectivamente las que participen en el proceso de mediación y lo llevan hasta el final, aunque no se llegue a concluir con un acuerdo y que al mediador sólo competa facilitar la comunicación de las partes, facilitarles información y asesoramiento, desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes (si bien es cierto que se le faculta para dar por concluida la mediación cuando el acuerdo al que se llegue sea ilegal o inaplicable —lo que se entiende— o cuando «considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a

un acuerdo» —lo que es criticable, incluso porque puede perjudicar a las partes y quizás no respete por completo el principio—); el de su carácter confidencial, propio de las relaciones comerciales, de modo singular en concretos ámbitos de la contratación mercantil, en algunos de ellos protegido por la propia ley, que logra que se genere el clima de confianza necesario para poder manifestar posiciones, exhibir documentos, hacer propuestas individualizadas, proponer pactos, que logren el acuerdo (si el mediador infringe el deber de confidencialidad, su actuación generará responsabilidad, según señala el art. 9.3 LM). Un último principio es el de libertad de organización de las partes. Siendo la mediación un procedimiento flexible y sencillo (además de breve), a las partes corresponde, con respeto al contenido legal y a las funciones del mediador, determinar si el mediador debe reunirse necesariamente con ambas en todas las ocasiones o si caben las reuniones personales e individuales, si la documentación ha de entregarse simultáneamente, etc., esto es, organizar libremente la mediación. Entre ellas, en sus relaciones, una vez iniciada la mediación, deben mantenerse los principios (conductas igualmente) de buena fe —ínsito en toda relación obligacional y jurídica— lealtad y respeto mutuo, a los que nos referiremos.

6. LAS PARTES Y LA MEDIACIÓN *MERCANTIL*

6.1. LAS PARTES

En el mismo Título II el artículo 10 trata de las partes en la mediación, partes que organizarán la mediación (sin infringir la norma) como consideren, actuando entre sí «conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo», lo que impedirá iniciar el ejercicio de acciones en relación con el objeto de la mediación, con la consiguiente prohibición a los tribunales de conocer de controversias sobre las que pesa un compromiso de sometimiento a la mediación o cuando ésta se haya iniciado y no concluido. Es el mediador el que dirige, pero el procedimiento no está sometido a ningún requisito formal (como ocurre en otros) y la flexibilidad y libertad de formas cobran una importancia capital: no hay un procedimiento institucionalizado, coherente y lógico, sino que es posible que se avance y retroceda si las circunstancias, los nuevos datos o las personas que intervienen así lo exigen. El procedimiento ha de ser simple, fácil, incluso atractivo, inspirado en ese principio de libertad antiformalista (característico, aunque cada vez con más excepciones, de la contratación mercantil), sin que ello llegue a mermar ninguna garantía. También las partes deben mantener una conducta activa, de colaboración y apoyo a la labor del mediador. Hay quien ha enunciado, en este punto, el llamado principio de «autorresponsabilidad de las partes» (Zaera y otros, 2013), pues van a ser ellas las que decidan y adopten el acuerdo que mejor consideren, sin existir la opinión de un tercero ajeno a las mismas.

En la mediación mercantil las partes pueden ser empresario o profesional, por un lado, y cliente, por otro, aunque puedan encontrarse, ya en la mediación concreta,

supuestos en los que los mediados serán dos empresarios o un empresario (profesional) y un no profesional (cliente). Sin entrar en la ampliación del concepto de empresario en la actualidad, que se extiende, más allá del concepto clásico y estricto, a otras figuras que han merecido el reconocimiento legal, como los emprendedores o como los operadores del mercado. Tampoco distinguiremos entre no empresario o no profesional, particular, cliente (sin usar de modo genérico la expresión consumidor, al encontrarse la mediación de consumo excluida de nuestro ámbito de estudio y del de aplicación de la ley). Las partes serán los contratantes entre los que ha surgido el conflicto. Ciertamente que su posición en el contrato, como se ha advertido, puede ser diferente y depender de muy diversas circunstancias (potencial económico, estructura social, dominio del mercado, etc.), pero eso no ha de afectar al proceso de mediación en el que se sitúan en un plano de igualdad. El empresario será persona física (empresario individual, al que, no obstante, se le exige una determinada organización) o persona jurídica (que adoptará la forma societaria que corresponda a su actividad o elija: sociedad personalista, de capital, fundación, etc.) y, en todo caso, grandes, pequeñas y medianas empresas o microempresas. En el proceso de mediación mercantil, sin poder hacer una completa abstracción de su condición y posición, pues al fin eso es lo que le habrá llevado a la misma, simplemente son partes: comerciantes ambos o comerciante uno y particular otro. La naturaleza de las partes, regularmente, es especial y también se caracteriza por que muy frecuentemente no son dos las partes que acuden a la mediación, sino una pluralidad de éstas.

6.2. La mediación

Los Títulos IV y V regulan el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos. Desde la solicitud de inicio de la mediación, bien de común acuerdo por la partes, bien a instancia de una de ellas por existir un compromiso previo, hasta el acuerdo mismo de mediación —si llega éste a producirse— o hasta la conclusión o terminación del mismo sin haberse alcanzado (ya sea porque cualquiera de las partes lo ha dado por terminado, lo que comunicará al mediador, o porque ha transcurrido el tiempo que pactaron, o por opinión del propio mediador, cuando éste instara su conclusión por las posturas irreconciliables o por otras causas, se desarrolla todo este procedimiento especial; podrán ser las partes, pues, por muy variadas razones de toda índole, o el propio mediador, por las prescritas en la norma; pero en el primer supuesto, a diferencia de que se concluya a instancia del mediador, la causa no tiene que ser justificada, lo que sí es exigible en el otro caso. En el mismo se citará a las partes para la celebración de la llamada sesión informativa y en ella debe darles cuenta de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, sobre su profesión y su formación, así como sobre su experiencia y sobre otros extremos referidos al procedimiento y a su actuación. Habrá de existir, necesariamente, una sesión constitutiva de la que se levantará acta, debiendo concluirse las actuaciones en el menor número posible de actuaciones. Será el mediador el encargado de convocar

a las partes a cada una de las sesiones que se lleven a cabo, de dirigir las sesiones y de facilitar la exposición de las diferentes posiciones.

Con carácter general, «parece lógico y razonable que la mediación se divida en tres momentos esenciales», en tres fases: una previa, introductora del mecanismo (fase durante la que se facilita información a los mediados y se organiza y se valida la mediación) y en la que se podrán aclarar dudas que se planteen por una parte como necesariamente previas para decidir si se inicia o continúa el procedimiento, fase que en la contratación mercantil es de capital interés pues quizás en ella pueda una de las partes conocer de una manera adecuada y hasta entender, por ejemplo, el contenido contractual al que se adhirió en su momento, lo que puede hacer innecesaria la continuación del proceso; una segunda relativa a la resolución del conflicto (la fase que puede considerarse como «mediación en sentido estricto»), que no corresponde analizar ahora, y una inherente a la conclusión del acuerdo. Sin embargo, la organización de la mediación y el desarrollo de la misma será estructurado libremente por quienes actúen y participen en el procedimiento, jugando un papel de especial importancia el mediador, pues con su actuación será quien configure el procedimiento y el *iter* a seguir y, a fin de cuentas, las fases de la mediación, que irá amoldando o ajustando, según su juicio, a la marcha y a las circunstancias de cada momento. Por ello hemos señalado como característica de la mediación la *flexibilidad*, sin que pueda existir un esquema rígido y mucho menos exigido o invariable, de funcionamiento y desarrollo. En los asuntos mercantiles será frecuente la existencia de un mediador especializado con conocimientos en la materia que se trate (pues de otro modo, en algunos supuestos, resultará muy complicada o imposible su intervención). De igual forma que para un mediador familiar (ejemplo que se propone por ser referente) se exigen en algunas regulaciones una formación *ad hoc*, en diversos sectores de la contratación mercantil la garantía de éxito será la preparación, profesionalidad (y hasta prestigio) del mediador. Por ello podría hablarse de mediadores *mercantiles*.

Finalizado el trámite, concluirá con la adopción de un acuerdo o sin él, devolviéndose a cada parte los documentos aportados, y aquellos que no sea preciso devolver formarán un expediente que corresponde conservar y custodiar al mediador (o a la institución) durante el exiguo plazo de cuatro meses. Alcanzando el acuerdo, fin que se pretende y que supondrá el éxito de la mediación —pudiendo existir un acuerdo parcial—, debe ser firmado por las partes, y el mediador informará de su carácter vinculante del mismo y de la posibilidad de que se inste su elevación a escritura pública para dotarlo de carácter ejecutivo. En ese caso, el acuerdo se presentará ante el notario (sin ser necesaria la presencia del mediador en este punto) junto a las actas de la sesión constitutiva y de la final. Será competente para la ejecución del acuerdo el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiese firmado el acuerdo de mediación. Modelando el esquema legal, algunas asociaciones han establecido el propio, regulando desde las cláusulas de mediación hasta las tasas y los honorarios del mediador aun antes de la aprobación de la norma general. La Asociación Europea de Arbitraje (Aeade) ha aprobado un Reglamento de Mediación

que está en vigor desde el 7 de marzo de 2012, cuyo principal interés radica en que se detallan todos los pasos, trámites y actuaciones de las partes y del mediador, así como los efectos del procedimiento, suponiendo un rico material para poder comprender cómo se lleva a cabo por una asociación de reconocida solvencia y prestigio. Con fecha 10 de julio de 2012 publicó su Reglamento de Mediación, de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio.

Característica de la mediación mercantil es (y, desde luego, habrá de ser) la rapidez en su tramitación y en su conclusión. Todo el proceso y todas las fases señaladas podrán integrarse en muy pocas jornadas, consecutivas en la mayor parte de los casos. Creemos, igualmente, que al tratarse de una mediación, en cierto modo especializada, y dada la implicación económica siempre presente, la asistencia a las sesiones de los letrados de las partes y de sus asesores no sólo no dificulta el proceso, sino que se considera muy conveniente.

7. ALGUNOS SECTORES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL Y EL RECURSO A LA MEDIACIÓN

Sin perjuicio de que en esta obra se dediquen algunos capítulos a la mediación en algunos ámbitos concretos de la contratación mercantil, hemos de considerar, con carácter general, aquellos sectores en los que más fácilmente puede desarrollarse. Se ha señalado (Rogel, Gómez y Blanco, 2012) que la LM se refiere a la mediación en los asuntos propios del ámbito patrimonial (sin perjuicio de los existentes en el ámbito del Derecho de la persona o del de sucesiones), ya en el campo de los derechos reales —propiedades especiales como la propiedad intelectual, la industrial o la horizontal, entre otras—, los derechos de crédito y en el de las obligaciones y contratos con singular referencia a los societarios o al concurso. Si antes hemos dicho que la *naturaleza* de las partes es especial, la de la materia, sin duda y más justificada y correctamente, puede también considerarse como especial, pues se trata de relaciones singulares y de contratos, en muchas ocasiones sin reconocimiento ni regulación legal, en las que lo que se va a determinar es una cuestión de índole económica pero que puede tener su causa bien en un incumplimiento contractual, bien en una incorrecta o inadecuada o inexistente información que debió facilitarse, bien en una calificación o evaluación mal hecha o acaso en la incomodidad personal que supone formar parte de una organización (una sociedad familiar, personalista, la minoría de cualquier sociedad) societaria, que puede verse también perjudicada por esa situación.

7.1. DIVERSOS SECTORES

Prácticamente en todos los sectores de la contratación mercantil (internacional, como hemos advertido y nacional) puede darse la mediación y, en unos más que otros, se viene utilizando por los contratantes, si bien aún con muy escasa frecuencia.

Debe igualmente destacarse que el arbitraje privado ha sido la vía extrajudicial elegida para resolver las controversias mercantiles y es preferido a la mediación. Sin ánimos de exhaustividad, nos referiremos a algunos sectores. No será necesario señalar que en el ámbito societario, en el de los contratos de distribución comercial, en el de los contratos y servicios jurídicos, en el de la actividad bancaria y en el del deporte (entendido como actividad comercial), al igual que en el Derecho concursal, la mediación se va implantando y desarrollando en los últimos tiempos (inclusive en su versión electrónica), lo que merece una atención particular (y, por ello, se dedican los siguientes capítulos a cada uno de esos ámbitos).

Con carácter general, el legislador ha entendido que es un medio apto y adecuado para los asuntos mercantiles. La Directiva 2008/52/CE precisa que «debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de sus litigios con la ayuda de un mediador». Como hemos dicho, el carácter transfronterizo del conflicto lo aproxima al ámbito mercantil, pero la Directiva concreta: «Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles». La LM repite que su ámbito de aplicación abarca a los «asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable» (art. 2). La práctica demuestra igualmente que, aun antes de la regulación jurídica, la mediación (con perfiles entonces quizás muy desdibujados) venía utilizándose en algunos conflictos concretos. Finalmente, el Derecho comparado ofrece un panorama legislativo, pero también práctico, que permite augurar un adecuado y útil desarrollo en nuestro entorno interno y externo.

Las materias sobre las que cabrá mediación, en asuntos mercantiles, serán las relativas a un conflicto determinado (o determinable) que merezca la consideración de cosa litigiosa, que sea una cuestión transigible y que tenga un contenido patrimonial.

7.2. Propiedad industrial y competencia

En lo que afecta a una parte, cada vez más desarrollada, del Derecho mercantil, el de la propiedad industrial y la propiedad intelectual (y la explotación empresarial de ambas), hay que citar la existencia de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI). La OMPI es un organismo de Naciones Unidas, del que forman parte 187 Estados miembros y que se considera el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual (PI), expresión que debe entenderse muy ampliamente, pues en ella debe incluirse tanto la propiedad intelectual propiamente dicha (derechos de autor) como la propiedad industrial (signos distintivos y derecho de patentes). La OMPI, de este modo, considera que tal expresión incluye a las creaciones de la mente (invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres e imágenes) utilizadas en el comercio. En el seno de la OMPI se ha creado un órgano de resolución de controversias en la

materia, de carácter neutral —lógicamente—, internacional y sin ánimo de lucro, con procedimientos de mediación, arbitraje, arbitraje acelerado y decisión de experto, que se ofrece a los particulares para la resolución de sus conflictos tanto nacionales como transfronterizos. Es el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI. El Centro ayuda a las partes a seleccionar mediadores, que son expertos en la materia, y ayuda a la mediación, sirviendo de enlace entre partes y árbitros, ofreciendo servicios de apoyo (traducción, interpretación, por ejemplo, o salas), y también, fuera de su esfera de actuación, recomienda mediadores a las partes para su nombramiento, cuando no van a ser administradas las mediaciones por el Centro, prepara e imparte programas de formación de mediadores (especializados) e incluso ofrece servicios de «buenos oficios» facilitando un debate, en un caso concreto, entre las partes, para determinar si una controversia concreta debe someterse a un procedimiento en la OMPI.

También el Centro ofrece servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio y ha establecido para ello una lista de personas, que forman parte del «grupo administrativo de expertos», para que lleven a cabo tareas de mediación en este campo.

En España, con fecha 11 de abril de 2014, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Patentes (que vendrá, en su caso, a sustituir a la vigente norma, Ley 11/1986, de Patentes). En el Título XII del texto proyectado se dedica el Capítulo IV a la solución extrajudicial de controversias y, en ellas, junto a la «conciliación en materia de invenciones de empleados», el artículo 133 prescribe: «Los interesados podrán recurrir a la mediación o someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas entre ellos con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley en aquellas materias no excluidas de la libre disposición de las partes conforme a derecho», aclarando que el acuerdo de mediación suscrito por el mediador y las partes, una vez elevado a escritura pública u homologado por el juez y se constituya en título ejecutivo, se comunicará a la Oficina Española de Patentes y Marcas para proceder a la ejecución del mismo.

De otra parte, la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OHIM) ofrece un servicio de mediación en materia de marca comunitaria. A partir de la publicación de la LM, que no ha excluido a la propiedad industrial de las materias que pueden someterse a la misma, se va desarrollando, a lo que ayuda el período de crisis económica, este método para la solución de los conflictos nacidos en relación con las marcas y con la propiedad industrial (y propiedad intelectual) en general, de modo significativo cuando se trata de conflictos transfronterizos. De otra parte, se observa en los contratos de explotación de patentes (fabricación del producto objeto de la patente, utilización del procedimiento objeto de la patente, licencias, etc.), de explotación de marcas y otros signos o bienes de la propiedad industrial (cesión y licencias) y de la propiedad intelectual (contratos de edición, de representación escénica, musicales, etc.) y otros contratos, la inclusión de cláusulas de sometimiento a mediación en el caso de conflicto.

En Derecho de la competencia y, por referirnos sólo a una parte del mismo, la mediación está llamada a cumplir una importante misión en las relaciones entre

profesionales de la publicidad, y entre éstos y sus clientes. Ya existen algunas iniciativas, de carácter principalmente arbitral, en las que se resuelven los conflictos planteados por los profesionales, los consumidores o las autoridades administrativas.

7.3. Transporte y seguros

La aplicación de la LM a los contratos de transporte y a los contratos de seguro no es discutible. En el contrato de transporte, en el que se da una gran versatilidad en las clases de contratos (transporte terrestre, marítimo, aéreo, por ejemplo), son innumerables y casi inclasificables los conflictos que pueden plantearse entre las partes que intervienen en el contrato. Es cierto que la mayor parte de ellos se resuelven ante los Tribunales o, antes de llegar a ellos, en los Servicios de Reclamaciones, de Atención al Cliente, de Defensa de éste… que se ofrecen por parte de las empresas, sin que se encuentre ni en fase de consolidación la mediación como recurso para la solución del mencionado conflicto. Tampoco en el contrato de seguro puede decirse, a pesar de las ventajas que ello traería consigo, que la mediación sea utilizada por los asegurados como medio de llegar a un acuerdo con la aseguradora; ni siquiera el arbitraje (excepción hecha del caso de grandes riesgos y reaseguros, donde sí se usa con gran asiduidad el arbitraje de equidad). Pero son mecanismos que, obviamente, pueden ser empleados. Señala el artículo 109.3 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP) que las entidades aseguradoras que se adhieran a cualquier sistema de arbitraje deben comunicarlo a la Dirección General de Seguros. Para el caso de la mediación, habrá que entender que existe igual obligación.

Aparte de la complejidad de estos contratos y de sus reclamaciones, pudiera deberse esta poca utilización de estos medios alternativos, en la forma que comentamos, al hecho de que, en la mayor parte de los casos, puede tratarse de contratos de consumo (éstos sí excluidos por la LM).

Se señalan estos dos sectores de la contratación mercantil porque en el Derecho comparado se encuentran algunos ejemplos de figuras que actúan, llamándose de este modo u otro, como mediadores en la resolución de disputas. En Bélgica se creó en 1986 un servicio de mediación en cuestiones relacionadas con los seguros: el *ombudsman* de l'Upea (unión de empresas de seguros belga). Al objeto de que quien celebre un contrato de seguro, cualquier asegurador o asegurado (o terceros que hayan podido intervenir en el mismo), disponga de un mecanismo de consulta o reclamación, previo a los tribunales o sustitutivo de éste, se crea esta figura cuya función es triple: recibe las quejas, denuncias o reclamaciones que se plantean ante él, que deberá llevar a su fin en el plazo más breve posible; comunica al reclamante que la queja ha sido resuelta a su favor, porque así lo ha acordado con la compañía aseguradora; finalmente, facilita todas las informaciones precisas al reclamante para que, caso de que no se resuelva a su favor, pueda comprender el bien fundado punto de vista de la compañía, que le ha hecho resolver de ese concreto modo. Ciertamente es una figura *sui generis* (que se asemeja al defensor del asegurado, al árbitro y al

mediador). Los asegurados presentan la petición y el *ombudsman* intenta que la compañía dé respuesta precisa a la misma. Por lo que se refiere al transporte, citaremos la existencia, también en el Derecho belga, del *mediateur* (de la Sociedad Pública de Ferrocarriles), *ombudsman* de cualquier usuario de transporte por ferrocarril en Bélgica. Los clientes presentarán una reclamación o petición ante él (que está al frente de un órgano colegiado), que intentará una solución amigable, recibiendo al reclamante y tratando de alcanzar un acuerdo con la compañía de ferrocarriles. Si lo logra, lo trasladará al viajero-cliente; si no lo logra, emitirá su parecer, que debe hacer llegar al reclamante por si quiere usarlo en una vía diferente o en otra instancia. Aparte de tramitar las quejas —e intentar solucionarlas— hace sugerencias de mejora, está en coordinación con el Servicio Central del Cliente (este órgano sin funciones de mediación) y asesora, a iniciativa de la empresa, a determinados órganos. Al tratarse, de nuevo, de una institución con variados perfiles, pueden destacarse de ellos, en su tarea de mediador, la gratuidad del sistema, la ausencia de formalismos, la voluntariedad en su uso (por parte del cliente), la rapidez en la resolución y la absoluta independencia en su condición profesional y en su función. En el derecho europeo son muy frecuentes los mediadores públicos y privados, elegidos de un modo u otro, con funciones únicas de mediación o combinadas con otras, pero siempre en la esfera contractual de defensa del consumidor.

8. CONSIDERACIÓN FINAL

Con la regulación jurídica que se hace del mediador mercantil y de la mediación (en la *LM*, en lo que hemos llamado su *Reglamento*, en la *LE* y la *LC* —en lo que se refiere al mediador concursal—) se dispone de un conjunto de normas que, junto a los códigos deontológicos y éticos (de adhesión voluntaria), constituirán el *estatuto* del mediador, si bien resulta aún incompleta la regulación jurídica del sistema. Aun así, se dispone de una regulación flexible y adecuada para este nuevo profesional, llamado a cumplir una importante función social y jurídica, pues la mediación en sí (presencial o electrónica) en asuntos (civiles y) mercantiles se consolida como un medio muy adecuado, eficaz, económico y breve de solución de conflictos, caracterizada principalmente por la voluntariedad en su elección por las partes y en la permanencia de éstas durante todo su desarrollo. Es cierto que las leyes no cambian, por sí solas, la mentalidad de las personas y que habrá que llegar al convencimiento de la conveniencia y utilidad del *nuevo* método. En ello tendrán una responsabilidad indiscutible las personas encargadas del sistema, los mediadores y las instituciones de mediación, que han de velar por la calidad de los mismos en cuanto profesionales y en su función concreta, aunque en definitiva serán los usuarios, superando las posibles lagunas legales y las deficiencias del *estatuto*, quienes harán de filtro selectivo de los mediadores.

La mediación, «entendida como actividad profesional de un amplio contenido

técnico», puede convertirse a medio plazo en un mecanismo de resolución de conflictos a la vía judicial que asuma un porcentaje importante de asuntos y, debido a la situación económica, en el mecanismo de referencia, como está empezando a ocurrir con la mediación concursal y con la negociación y mediación hipotecaria, que coadyuvan a reequilibrar situaciones de poder asimétrico y a resolver problemas de difícil solución, poco satisfactoria para ambas partes.

La mediación, aparte de útil y económica, es necesaria. La posibilidad de que asuntos civiles y mercantiles puedan resolverse por este método, más sencillo, más breve y más barato que los convencionales (y hasta más seguro, que dará satisfacción a quienes recurran a él porque, de no llegar a un acuerdo, buscarán otra vía sin tener una decisión, en contra de sus intereses), es muy atractiva. A la mediación en asuntos de familia, más clásica, o de consumo (más consolidados) o, incluso a mediaciones en otros ámbitos más concretos como la mediación escolar, universitaria, sanitaria, de consumo, etc., se añade ahora una mediación para la resolución de conflictos patrimoniales, empresariales y económicos: la mediación en materia mercantil; la bancaria o societaria sirven de ejemplo de lo que puede ser en el futuro este medio en el que, solucionada la controversia, ni se han roto las relaciones personales (o comerciales) ni ha habido una posición que triunfe y otra que fracase.

Corresponde a los profesionales (fundamentalmente a los profesionales jurídicos) fomentar la mediación, remitir a la misma cuando se crea que es un método adecuado para el caso concreto, y creer en el sistema. Corresponde a los propios mediadores la autorregulación de su profesión y reclamar mecanismos solventes y rigurosos para el control de su formación y de sus condiciones de acceso a la profesión, así como del ejercicio de la misma. A la Administración cumple vigilar el cumplimiento de las normas, que es su obligación que sean claras y útiles y, por supuesto, incentivar su utilización. Finalmente, es propio de la Universidad el ofrecer adecuados cauces de formación en los que junto a docentes deben intervenir profesionales para lograr una formación práctica y teórica adecuada y, a los investigadores, continuar en el análisis de las normas, ofrecer instrumentos de estudio y elaborar propuestas de mejora.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B. y MORCILLO JIMÉNEZ, J. J.: *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid, 2013.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2013.

ANGIULI, A.: «Modelli di conciliazione con consumatori e utendi», *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura N. Scannicchio), Cacucci Editore, Bari, pp. 79 ss.

BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BELLOSO MARTÍN, N.: «Una propuesta de Código Ético de los Mediadores», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 15, 2007, disponible en http://www.uv.es/CEFD/15/.

BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009.

BONET NAVARRO, A. (dir.): *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

CONFORTI, F.: *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*, Alicante, 2013.

FABREGAT, A.: «Ventajas y desventajas de la mediación por medios electrónicos», www.diariojuridico.com, 02/17/2013.
GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (dirs.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
GONZÁLEZ PILLADO, E.: *Arbitraje y Mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012.
GORRIZ LÓPEZ, C.: «Mediación concursal», *Diario La Ley*, n.º 8.384, 24 de septiembre de 2014.
GRANDE YÁÑEZ, M., ALMOGUERA PÉREZ, J. y JIMÉNEZ GARCÍA, J.: *Ética de las profesiones jurídicas*, Bilbao, 2006.
GUMES CHALÉ, A.: «La incorporación en España del instituto de la mediación concursal…», http://www.forjib.org.
HIGHTON, E. y ÁLVAREZ GLADIS, S.: *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, 1998.
HUALDE MANSO, T. (dir.): *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, La Ley, Madrid, 2013.
LIND, M.: «Las ventajas de una formación en mediación breve, intensa y práctica», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, pp. 21 ss.
MARQUÉS CEBOLA, C.: *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
MARTÍN NÁJERA, M. T. y ARSUAGA CORTÁZAR, J.: *La Ley de mediación: experiencia de una magistrada de familia. Régimen jurídico del mediador*, 2013.
MORALES FERNÁNDEZ, G.: *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*, Hispalex, Sevilla, 2014.
MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A.: *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013.
NIETO DELGADO, C.: «El incierto estatuto jurídico del mediador concursal», http://www.eleconomista.es.
OLIVENCIA RUIZ, M.: «La autonomía del derecho mercantil. La Constitución y el Derecho mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho mercantil», *Derecho mercantil, vol. 1. Concepto y fuentes del derecho mercantil. La empresa y el empresario. El empresario individual*, Marcial Pons, 2013, pp. 67 ss.
ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: «Mediación concursal tras la nueva ley de emprendedores», http://www.legaltoday.com, muy especialmente.
ORTUÑO MUÑOZ, P.: «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Revista Jurídica La Ley*, 22 de abril de 2013.
PEÑA YÁÑEZ, M. A.: *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013.
PEREIRA PARDO, M. C., BOTANA CASTRO, V. y FERNÁNDEZ MUIÑOS, B.: *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Dykinson, Madrid, 2013.
PEREZ MARTEL, R.: *Un programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*, Valencia, 2012.
PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: «Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Estudios de Derecho mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99-136.
— «El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la *Ley de Mediación* y en el *Reglamento* que la regula», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 11, La Ley, Uruguay.
— «El servicio de Mediación en el transporte ferroviario y la protección del viajero. El *mediateur (ombudsman)* de la SNCB», *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 247-265.
— «Réflexions sur la systéme d'arbitrage de consommation de Espagne», *Revue européen de droit de la consommation*, marzo 2003, pp. 198-212.
— «El defensor del asegurado. La experiencia belga de la UPEA», *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 105-120.
— «Contratos publicitarios», *Derecho mercantil II* (coord. Jiménez Sánchez), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 625 ss.
PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., GÁLEZ DOMÍNGUEZ, E. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A.: «Explotación empresarial de la propiedad intelectual y otras creaciones del espíritu humano», *Derecho mercantil, vol. 2. Propiedad Industrial. Explotación empresarial de la propiedad intelectual. Régimen jurídico de la competencia*, Marcial Pons, 2013, pp. 133 ss.
PRATS ALBENTOSA, L.: «La mediación (pre)-concursal», *La Ley*, 06/03/2014, pp. 1-20.
QUINTANA GARCÍA, A.: «El papel de las instituciones de mediación», www.lawyerpress.com, 27 de abril de 2013.
RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «Se regula la mediación civil y mercantil y sus efectos, por el Real Decreto-Ley 5/2012 del 2 de marzo», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2012, pp. 15-17.
SÁNCHEZ-PEDREÑO: «La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos»,

El Notario del Siglo XXI, julio-agosto 2011, pp. 30 ss.
SOLETO, H. (dir.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.
TIRADO SUÁREZ, F. J.: «El seguro», *Derecho mercantil, vol. 9, Los contratos de seguro*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 27 ss.
VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dir.): *Prácticum mediación*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
VÁZQUEZ LÓPEZ, E.: «Euromediación on line. La mediación por medios electrónicos», bdrandmed.com/wp-content/.../Euromediación_online-2013.
VVAA: *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades* (dirs. Sáez Hidalgo, C. y Dorrego de Carlos, A.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Lex Nova-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
— *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura N. Scannicchio, Bari, 2007, Cacucci Editore.
— *Practicum mediación* [Vázquez Castro, E. (dir.); Fernández Canales, C. (coord.)], Cizur Menor, 2014.
ZAERA NAVARRETE, J. I., MONZÓN JOSÉ, B. y OLMEDO BUTLER, M. T.: *Guía práctica de mediación. 100 preguntas y respuestas para abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
— *Guía Práctica de Mediación*, Valencia, 2013.

CAPÍTULO XIII

LA MEDIACIÓN SOCIETARIA

EDUARDO GÁLVEZ DOMÍNGUEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. MEDIACIÓN SOCIETARIA. 1.1. *Introducción: sociedad mercantil y conflicto*. 1.2. *Resolución (extrajudicial) de conflictos societarios.* 1.3. *El arbitraje societario en España*. 1.4. *El recurso a la mediación como medio de resolución de conflictos intrasocietarios: las cláusulas estatutarias mixtas mediación-arbitraje.* 2. BIBLIOGRAFÍA.

1. MEDIACIÓN SOCIETARIA

1.1. INTRODUCCIÓN: SOCIEDAD MERCANTIL Y CONFLICTO

La sociedad mercantil es caldo de cultivo idóneo para el florecimiento de múltiples conflictos entre sus miembros. Se ha llegado a afirmar que «si hay un problema inevitable en cualquier sociedad, es la aparición de *conflictos internos*» (Alfaro). Es notorio que en este ámbito societario los principales conflictos pueden surgir, fundamentalmente, en el seno de las relaciones internas del Consejo de Administración, o de las relaciones entre el Consejo de Administración y la Junta General de socios, o —muy especialmente— de las relaciones entre socios o entre éstos y la sociedad (impugnación de acuerdos sociales), etc.

No es en absoluto exclusivo de ellas, pero en las sociedades cerradas el conflicto puede hacerse más patente y virulento, en especial si nos encontramos en el ámbito de la llamada empresa familiar. Como es sabido, en términos generales, en este tipo de empresa, la totalidad o parte de la propiedad y del poder de decisión pertenecen a un grupo de personas que son parientes entre sí. La superposición de las dos instituciones, la *empresarial* (en su doble vertiente de titularidad y organizativa) y la *parental*, cada una por sí sola potencialmente generadora de conflictos interpersonales, determina, casi indefectiblemente, importantes colisiones de intereses, consecuencia muchas veces de la doble condición que concurre en los sujetos implicados de, por un lado, titulares o miembros de la empresa y, por otro, familiares entre sí. El difícil equilibrio que pueda existir en y entre los niveles señalados puede verse gravemente alterado por una fricción en cualquiera de ellos, pues si bien se encuentran superpuestos, cada uno tiene su propio tempo; de modo que, por ejemplo, un problema laboral que se produzca entre el director general de la empresa y un empleado de la misma trasluce inevitablemente a las relaciones familiares cuando tales sujetos, además, ostentan entre ellos la condición de abuelo y

nieto; y viceversa. Y lo mismo ocurre con un acuerdo social mayoritario adoptado en Junta General en el que existan socios disidentes que se consideren perjudicados, cuando todos o la mayoría de los socios son familiares.

Por otra parte, no puede dudarse de que la escritura de constitución de la sociedad y, en el caso de las sociedades de capital, especialmente los *estatutos* comprendidos en aquélla, constituyen la oportuna sede en la que dejar claramente fijadas las reglas del juego. Con demasiada frecuencia, la elaboración de los estatutos de una sociedad de capital se limita en la práctica a la mínima adaptación (denominación, objeto social, cifra de capital social…) que para el caso requieran ciertos modelos estandarizados. Esto no obstante, el amplio juego que a la autonomía de la voluntad permite nuestra LSC a la hora de elaborar los estatutos (especialmente en el caso de la SL, que permite confeccionar un auténtico traje a la medida de las necesidades de la iniciativa empresarial) debiera realmente aprovecharse, pues permite la redacción de un texto eficiente, adecuado a las concretas necesidades de la iniciativa empresarial y familiar en cuestión y que minimice, en la medida de lo posible, las «zonas calientes»: introducción de restricciones o limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones (que garanticen el carácter cerrado de la SA y la permanencia del capital en manos de miembros de la familia); determinación de un adecuado régimen de estatutario de transmisión de las participaciones sociales (en el caso de la SL); imposición, en su caso, de prestaciones accesorias; exigencia de quórum o mayorías reforzadas para la adopción de determinadas clases de acuerdos (que generen amplio consenso de base); fijación de criterios adecuados para la retribución de los administradores, etc. En este punto se hace especialmente relevante para la iniciativa empresarial el adecuado asesoramiento en Derecho prestado por profesionales expertos y competentes.

Téngase en cuenta que, junto a los estatutos, la empresa familiar goza hoy de un potente instrumento convencional de autorregulación que pretende establecer los términos de las relaciones de los miembros del grupo familiar a fin de que, al mismo tiempo que se obtiene el máximo beneficio, que la empresa pueda mantener la estabilidad familiar: el *protocolo familiar*. Aunque su contenido es extraordinariamente flexible —cada empresa familiar tendrá *su propio* protocolo adecuado a sus circunstancias y necesidades—, en el mismo normalmente, además de identificarse claramente a los miembros de la familia (con concreción, en su caso, de las exclusiones: por ejemplo, familiares políticos) y su participación en el capital o patrimonio empresarial, se establece una estructura orgánica paralela a la de la sociedad (como es sabido, en las sociedades de capital, Junta general y órgano de administración) aunque nítidamente diferenciada de ella, propia del círculo de intereses de la familia (Asamblea familiar y Consejo de familia; aunque no es infrecuente la existencia de un único órgano, o el añadido de alguno otro, como el Comité de arbitraje). Se concretan, además, los requisitos para la incorporación a la empresa de los miembros de la familia (titulación, experiencia…), la política económica (dividendos, distribución de capital…) y, muy especialmente, la sucesión. Esto no obstante, es necesario destacar el carácter parasocial de estos acuerdos,

resultando inoponibles a terceros, salvo el caso de inscripción de acuerdos sociales adoptados en ejecución de un protocolo familiar publicado, circunstancia esta que se hará constar en la denominación de la escritura pública y de la que se hará mención expresa en la inscripción, previa su calificación por el Registrador (art. 7 del RD 171/2007, de 9 de febrero).

La adecuada redacción de tales documentos (estatutos, protocolo), fruto del análisis reflexivo, y en su caso la negociación y el consenso constituye, qué duda cabe, una importante labor-herramienta preventiva de los conflictos que pudieran surgir, y a buen seguro que requiere de un adecuado asesoramiento profesional integral. Pero también es importante el reconocimiento de sus propios límites. Y es que la crisis es un germen latente en la familia y en la empresa que cuando se desencadena provoca la frustración en las relaciones personales y, a veces, el propio fracaso de la actividad empresarial. De este modo, se hace necesario atender cuanto antes a su resolución: como venimos señalando, en este ámbito un pequeño problema encallado puede conducir a la crisis familiar y empresarial. Por este motivo frecuentemente se incorpora a aquellos documentos —lo adelantamos ya— algún procedimiento para la resolución de los conflictos que puedan surgir, por ejemplo, en forma de cláusulas de sometimiento a mediación y/o arbitraje.

1.2. Resolución (extrajudicial) de conflictos societarios

En cualquier caso, aparecido el problema, es evidente que es posible acudir a la jurisdicción para la resolución de los conflictos que se planteen, ejercitando ante los jueces y Tribunales las acciones que correspondan para la defensa de los respectivos derechos de las partes. Pero los costes pueden ser brutales. El problema, aparentemente solventado mediante sentencia, en el fondo se enquista. Si unos ganan, otros pierden. Y si alguno pierde, en realidad todos pierden porque se entra en un bucle destructivo de sentimientos contrariados, expectativas frustradas e intereses contrapuestos. Los especialistas en técnicas para la resolución de conflictos recurren a la *teoría del iceberg*, formulada por Freud, para explicar cómo las posiciones que se expresan en la disputa no son más que la pequeña parte visible —como en el témpano flotante de hielo— de todo un conglomerado de sentimientos, expectativas, intereses, deseos, prejuicios que no se expresan, que quedan bajo la superficie (y no se conocen por la otra parte) y que, en definitiva, suelen provocar el conflicto.

No es descabellado afirmar, por todo esto, que la sociedad mercantil representa un ámbito donde claramente puede resultar eficiente la implementación de los llamados mecanismos (o medidas) alternativos (o extrajudiciales) de resolución de conflictos (conocidos por su acrónimo MASC; también como ADR, del inglés, *alternative dispute resolution*); especialmente, el arbitraje y —a nosotros especialmente nos importa ahora— la mediación.

Como sabemos, elemento común de estos mecanismos es la circunstancia de erigirse como alternativa u opción frente a la reclamación judicial para la resolución de un problema. Son mecanismos *extrajudiciales*. Nos encontramos entonces ante

una serie de mecanismos, instrumentos, medios o técnicas que sirven para resolver conflictos o disputas, que surgen en las relaciones interpersonales y tienen relevancia jurídica, evitando el recurso a los jueces y Tribunales. Ello no significa que estén completamente desligados, ya que, casi en todos los casos, éstos pueden revisar la solución adoptada en la ADR, llegando también a perfilarse como instrumento al servicio del órgano judicial. Suelen citarse como ventajas fundamentales de los mismos —de todos ellos—, frente a la reclamación judicial, su mayor *simplicidad, celeridad* y *economía*; pero además debe considerarse su *discreción* (así, el art. 9 LMACM recoge entre los principios que informan este tipo de mediación en España la *confidencialidad*) y en el caso del arbitraje la *especialización*. Especialmente cuando se trata de métodos autocompositivos (como lo es precisamente la mediación), destaca también su mayor *adecuación* a la solución del problema, ya que pueden atender a factores conflictuales fruto de las relaciones personales y que escapan a una mera solución legal. Específicamente en estos mecanismos consensuales, la solución al problema se basa en la negociación y la aproximación de posturas —en un principio contrapuestas— entre las partes implicadas, de suerte que la solución emana de ellas mismas (aunque sea con la asistencia de un tercero neutral: mediador, conciliador).

1.3. El arbitraje societario en España

En España, la resolución extrajudicial de conflictos intrasocietarios es ya un tren de largo recorrido bajo la técnica del arbitraje. Se hace, por lo tanto, indispensable en este punto una referencia al mismo, a los efectos de comprender mejor el alcance que la implementación de la mediación puede tener para la resolución de tales conflictos. En rigor, con la expresión *arbitraje societario* nos referimos a la posibilidad de resolver mediante tal las controversias que puedan surgir en el seno de una sociedad mercantil (los conflictos intrasocietarios: fundamentalmente, entre los socios o entre éstos y la sociedad). La expresión, más restringida, de *arbitraje estatutario* se refiere a la circunstancia de que el convenio arbitral, en su caso, esté comprendido mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad [como alternativa es evidente que cabe que el convenio se produzca específicamente para el conflicto que se plantee (arbitraje *ad hoc*)].

Como apuntábamos arriba, con carácter general, el arbitraje societario tiene un profundo arraigo histórico en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya se contemplaba, con carácter obligatorio, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en el Código de Comercio de 1829. Este arbitraje societario forzoso fue suprimido, sin embargo, en el Código de Comercio de 1885, de conformidad con su carácter eminentemente liberal. Desde entonces, tampoco fue objeto de regulación ni en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, ni en la Ley de Arbitraje de 1988 (téngase ahora en cuenta que, pese a la redacción actual, tampoco se contemplaba en el texto original de la vigente Ley de Arbitraje de 2003). Ante la falta de regulación legal de la figura, la aprobación del LSA 1951, que establecía en su artículo 70 un procedimiento especial

para la impugnación de los acuerdos sociales, contribuyó durante un tiempo a que la doctrina y la jurisprudencia negase la validez de las cláusulas estatutarias de arbitraje y, especialmente, la arbitrabilidad de esta materia, dada su condición de derecho necesario (STS de 24 de octubre de 1956). Esta postura cambió, no obstante, a raíz de la entrada en vigor del TRLSA 1989, que eliminó dicho procedimiento especial de impugnación de acuerdos, y en concreto, a partir de las Resoluciones de la DGRN de 19 de febrero y de 18 de abril de 1998 y, muy especialmente, de la STS de 18 de abril de 1998 (Sala 1.ª, ponente Xavier O'Callaghan), que argumentaron a favor de la posibilidad de sometimiento a arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales. De este modo, y aunque tan sólo fuese a nivel reglamentario, la reforma efectuada en el RRM 1996 por Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, ya permitió la inscripción de las cláusulas de arbitraje societario tanto para la SA como para la SRL —arts. 114.2.*c*) y 175.2.*c*)— al permitir que en la inscripción primera de estos tipos societarios constase «el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos». A nivel legal, ya la LCoop 1999 había admitido la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos en su disposición adicional 10.ª y la LSProf 2007 permitió la cláusula de arbitraje en su artículo 18. Además, el modelo de Estatutos orientativos para la SLNE, aprobados por Orden JUS/1.445/2003, de 4 de junio, contiene en su artículo 15 una cláusula que contempla la posibilidad de sometimiento a arbitraje de toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales.

Así las cosas, se publicó la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que con la pretensión, según su Exposición de Motivos, de aclarar «las dudas existentes en relación con el arbitraje societario en las sociedades de capital», añadía dos nuevos preceptos a la LA 2003 en los que se contiene una nueva regulación del arbitraje societario (especialmente del estatutario) en España: los artículos 11 bis y 11 ter. Si bien desde el punto de vista doctrinal la acogida de tal novedad legislativa fue desigual, multitud de instituciones y organizaciones arbitrales aplaudieron de manera decidida la reforma, especialmente en lo que concierne al impulso que, en cualquier caso, supone para el *arbitraje administrado* (art. 11 bis.3) en materia de impugnación de acuerdos sociales.

1.4. El recurso a la mediación como medio de resolución de conflictos intrasocietarios: las cláusulas estatutarias mixtas mediación-arbitraje

Como ha quedado expuesto, la mediación se configura entonces como un instrumento especialmente adecuado para la resolución de los conflictos que puedan surgir en el seno de una sociedad, especialmente desde la publicación de la LMACM que permite la ejecución de los acuerdos alcanzados previamente elevados a escritura pública u homologados por Tribunal, caso de que el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial (art. 25). Ha de tratarse, sin embargo, de asuntos que, surgidos en el seno de la sociedad, no afecten a

derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2).

Como sabemos, la LMACM, informada por el principio de voluntariedad de la mediación (art. 6), prevé expresamente que el procedimiento pueda iniciarse de común acuerdo entre las partes. En tal caso, la solicitud incluirá la designación del mediador o de la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones (art. 16). Es evidente que, aparecido el problema, las partes pueden decidir acudir a la mediación para intentar solventarlo conforme al —flexible y no sujeto a formalidades— procedimiento previsto legalmente (Título IV, arts. 16 a 24).

Pero mayor interés presenta la posibilidad que contempla la norma de que exista el compromiso escrito de someter a mediación las controversias surgidas o *que puedan surgir*, pues supone dotar a la sociedad de una auténtica ventaja competitiva. En tal caso, «se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial» (art. 6.2), pudiendo iniciarse el procedimiento por una de las partes en cumplimiento del pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas [art. 16.1.*b*)]. Es evidente que tal cláusula puede constar en documento privado, pero también —y esto es lo especialmente importante — puede incorporarse a los estatutos de la sociedad.

Esta suerte de mediación estatutaria generalmente va anudada en la cláusula al recurso al arbitraje caso de que, resultando infructuosa la actuación del mediador, no haya sido posible un acuerdo entre las partes. Ahí cobra su verdadero sentido y utilidad: cuando la cláusula prevé la mediación en primer término y, sólo para el caso de que no se llegue a un acuerdo, la cuestión se resuelva mediante procedimiento arbitral.

Desde luego, no plantea problemas la validez de la cláusula cuando se redacta en los estatutos *originarios* de la sociedad; pero tampoco su inclusión mediante una posterior *modificación* estatutaria, cuestión esta que —como es sabido— sí que ha sido discutida en el ámbito del arbitraje.

Téngase en cuenta que la exigencia de una mayoría reforzada para la inclusión de una cláusula estatutaria de arbitraje que hoy día establece el artículo 11 bis.2 LA se justifica por el hecho de que la misma extendería sus efectos no sólo a quienes fueron parte del contrato fundacional, sino todos los socios actuales y futuros, incorporándose al estatus jurídico del socio. Tratándose entonces de una cláusula mixta mediación-arbitraje, habría de observarse dicha norma para su aprobación: para la aprobación del convenio arbitral comprendido en ella, amparando implícitamente a la cláusula de sometimiento previo a la mediación que contiene. Sin embargo, la naturaleza voluntaria y autocompositiva de la mediación excluiría dicha exigencia, para el improbable caso de que se pactase exclusivamente ésta, puesto que si bien es cierto que las partes deben intentar el procedimiento pactado de buena fe, también lo es que no están obligadas a mantenerse en el mismo ni a llegar a un acuerdo; amén de que la hipotética solución nunca se les impone sino que brota de ellas, de su voluntad.

De este modo, también podría tenerse en cuenta como método alternativo de resolución de conflictos para implementar, en exclusiva (esto es, sin vincularse al arbitraje), en aquellas sociedades en las que resulte imposible alcanzar aquella mayoría.

Y en esta línea, precisamente, la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013 ha venido a reconocer la validez de la sumisión a mediación y a arbitraje de los conflictos que surjan entre administradores de una SL y ha confirmado la admisibilidad de las cláusulas estatutarias genéricas mixtas de sumisión a mediación y a arbitraje, sin que sea preciso que especifiquen todos y cada uno de los tipos de conflictos que puedan estar llamadas a resolver.

2. BIBLIOGRAFÍA

Además de la Bibliografía general:

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *Estudios en Homenaje al Profesor Justino Duque*.

BROSA, M.: «Conflicto societario», *La Gaceta de los Negocios*, jueves 18 de septiembre de 2003 (versión electrónica).

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar», *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, n.º 4, enero 2009.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E.: «El papel de la mediación como medio de resolución de conflictos intrasocietarios en la empresa familiar», *Consejo Consultivo para la pequeña y mediana empresa*, http://www.thinktankjuridico.com/.

OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: «El arbitraje de consumo», en González Montes, J. L. (coord.), *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*, La Ley, Madrid, 2008.

PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: «El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria», *Aranzadi Revista de Sentencias de TSJ y AP*, n.º 18, 2008 (versión *on line*).

CAPÍTULO XIV

LA MEDIACIÓN BANCARIA

JAVIER VALENZUELA GARACH
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LAS CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO BANCARIO: INSTRUMENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL. 1.1. *El Defensor del Cliente Bancario*. 1.2. *El servicio de reclamaciones del Banco de España*. 2. LOS BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN BANCARIA: SUS PRINCIPIOS INFORMADORES. 3. EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA. 4. REGULACIÓN LEGAL DE LA MEDIACIÓN BANCARIA. 5. LAS FASES DE LA MEDIACIÓN BANCARIA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. LAS CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO BANCARIO: INSTRUMENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Son varios los mecanismos de resolución extrajudicial de las controversias surgidas en el ámbito bancario, conocidos como ADR (*Alternative Dispute Resolution Mechanisms*); junto a los instrumentos que ofrecen protección directa a los usuarios de servicios crediticios, caso del Defensor del Cliente Bancario o del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ha tenido un gran impacto en los últimos años el de la mediación; haremos una breve referencia a los dos primeros, para detenernos a continuación en este último.

1.1. EL DEFENSOR DEL CLIENTE BANCARIO

El Defensor del Cliente Bancario (también denominado Servicio de Atención al Cliente) es una figura creada con la publicación de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; es un instrumento de carácter voluntario pero muy habitual en la práctica bancaria, y adscrito a una concreta entidad bancaria. Pese a su función cercana a la del mediador, no podría ser calificado exactamente como tal; si bien su denominación parece indicar que se trata de un abogado asesor del cliente bancario, sus decisiones no son vinculantes para éste, aunque sí para la entidad bancaria, por lo que podría ponerse en duda su imparcialidad (principio necesario en toda mediación, como veremos a continuación) a la hora de resolver el conflicto entre la parte que lo contrata y un tercero ajeno totalmente a él; parece estar, pues, en un punto intermedio entre el arbitraje y la mediación. Es, pues, el primer recurso en el ámbito extrajudicial recomendado a los clientes que se vean perjudicados por la actuación de una entidad de crédito incumplidora de alguna de

sus obligaciones contractuales.

1.2. El servicio de reclamaciones del Banco de España

Constituye un trámite administrativo posterior a la intervención del Defensor del Cliente Bancario, siendo muy frecuentemente el mediador quien asesora al cliente sobre la conveniencia de seguir esta vía. La reclamación ante este ente protector de los derechos de los usuarios bancarios se producirá en alguno de los dos siguientes supuestos: cuando el Servicio de Atención al Cliente deniegue la solicitud original del cliente bancario o en caso de silencio transcurridos dos meses desde la fecha del envío de tal escrito ante este servicio.

2. LOS BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN BANCARIA: SUS PRINCIPIOS INFORMADORES

El procedimiento de la mediación bancaria pretende la intervención de un tercero ajeno a las partes en discordia para buscar una solución extrajudicial a sus controversias; el motivo principal de tal auge reside en la difícil situación económica de los últimos años, que ha generado la necesidad de buscar asesoramiento por parte de los clientes y consumidores bancarios en sus litigios con las entidades de crédito, por medio de profesionales que aseguran un abaratamiento de los altos costes derivados de la solución de los mismos por vía judicial; no puede perderse de vista la frecuencia con la que surgen divergencias por el incumplimiento producido en el entorno de cualquier producto bancario contratado (es el caso actual de la suscripción de participaciones preferentes o la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de hipoteca, por citar sólo dos de los supuestos más habituales).

Se presenta, asimismo, como el instrumento más adecuado para conseguir la normalización de vínculos propios de contratos que, como ocurre con los bancarios, son normalmente duraderos o de tracto sucesivo y obligan a las partes a mantener su relación tras la resolución del conflicto, preferentemente en las condiciones preexistentes al surgimiento del conflicto, algo que puede conseguirse —sin duda— en este caso por la inexistencia de vencedores y vencidos.

Es el propio banco quien suele contratar los servicios de los mediadores con el fin de que los clientes dispongan de un método de solución de sus conflictos más cercano, económico y humano, todo lo cual ha venido poniendo de manifiesto un cambio de actitud de la banca en los últimos años, mucho más flexible y dialogante, con el fin de buscar salidas más airosas y leves que las judiciales.

Se trata, pues, de un servicio económico, rápido (resuelto en menos de seis meses con un coste medio de 700 euros, frente a los aproximados diez años y 3.000 euros de la vía judicial), consensuado (los acuerdos proceden de las propuestas de las partes), voluntario, confidencial (Blanco García, A. I., 2013: 273-290), duradero, y en el que se defienden los intereses de todas las partes. Estos caracteres de la mediación son

calificados por la Ley 5/2012, de 16 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (regulados en sus arts. 6 a 10), como principios informadores de la mediación.

Es preciso partir de un hecho determinante de la necesidad de buscar esta solución consensuada a los problemas de los clientes con las entidades bancarias: el evidente desequilibrio existente entre ellos, ocasionado no sólo por la relación acreedor-deudor que se entabla entre ellos, sino también por la posibilidad de aquéllas —por su gran poderío económico— de proceder a la ejecución forzosa de los bienes de sus clientes, en caso de impago de sus cuotas (normalmente por razones que escapan de su voluntad). Y ese desequilibrio se deja notar en la actuación del mediador en sus negociaciones con los bancos, tanto en la constatación de la existencia de cláusulas abusivas como en la mejora de las condiciones contractuales ofertadas a la parte más desfavorecida.

En los supuestos de existencia de cláusulas abusivas en los contratos bancarios, será función del mediador intervenir activamente en la solución del conflicto; para ello, habría de solicitar de forma previa a la intervención de los letrados ante los bancos la supresión de aquéllas, con la advertencia a tales entidades no sólo de su carácter abusivo sino también de los perjuicios indemnizatorios (incluso por daños morales) y del deber de devolución de las cantidades cobradas indebidamente al cliente (p. ej., en el caso de las cláusulas de redondeo al alza o de la imposición de la contratación de un seguro de vida o de amortización vinculado al préstamo hipotecario), que conllevaría su negativa; de no acceder a dicha petición la entidad bancaria, los mediadores habrían de hacerlo constar en el acta final de la negociación con el fin de dar conocimiento de dicha circunstancia al defensor del cliente perjudicado por la cláusula.

3. EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA

En los últimos años, las intervenciones del mediador bancario se han localizado principalmente en el ámbito hipotecario (por el incumplimiento del pago de la cuota de la hipoteca, entre otros problemas); tales funciones han sido ofrecidas en muchos casos por determinadas instituciones públicas (es el caso de los Ayuntamientos o los Colegios de Abogados, además de forma gratuita), con el fin de conseguir un acercamiento entre las entidades de crédito y los clientes que no pueden hacer frente a sus compromisos derivados de los préstamos hipotecarios tras la adquisición de una vivienda.

La neutralidad que debe presidir la actuación del mediador ha de permitir la creación de un clima de colaboración entre ambas partes, con el objeto de evitar o, al menos, reducir las duras resultas de las situaciones de impagos de las deudas de los clientes, principalmente las derivadas del disfrute de un bien de primera necesidad como la vivienda; ello podría llevarse a cabo a través de la oferta por parte del mediador de diferentes mecanismos atenuantes del daño económico, tales como: la

dación en pago; la quita en las diversas deudas, interesante para el banco —como ha de hacerle ver el mediador— ya que permitiría, al menos, el cobro de una parte del crédito hipotecario; y, en cualquier caso, el acercamiento a la Administración para el disfrute de determinadas medidas sociales o la modificación de la modalidad de pago de la deuda.

Dentro del ámbito hipotecario es también habitual la intervención del mediador para resolver litigios no derivados de un incumplimiento de alguna de las obligaciones del deudor, sino de la vigencia o aplicabilidad de determinadas cláusulas en los contratos bancarios que puedan ser consideradas nulas por abusivas; sería el caso de las cláusulas suelo. En caso de que el mediador goce de certeza sobre el carácter abusivo de éstas, el primer paso consistirá en el requerimiento a la entidad bancaria para que realice un nuevo cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario firmado originariamente, junto a la advertencia de los perjuicios que podrían originarse al banco por el inicio de un procedimiento judicial por nulidad de la cláusula o, incluso, por nulidad del contrato; sin perjuicio, claro está, de la reclamación por parte del cliente a la entidad bancaria de las cantidades que hayan sido cobradas en exceso antes de la declaración judicial de nulidad de tal cláusula. Situación similar sería la planteada por la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula de vencimiento anticipado que facultara a la entidad bancaria a extinguir el contrato por el simple incumplimiento del pago de una cuota por parte del cliente.

4. REGULACIÓN LEGAL DE LA MEDIACIÓN BANCARIA

Como norma básica en esta materia contamos con la Ley 5/2012, de 16 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo artículo 1 permite su aplicación directa a los conflictos surgidos en el ámbito bancario, al definir genéricamente la mediación como «medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».

Dicha Ley 5/2012 es desarrollada en algunos aspectos por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre; asimismo, el legislador español ofrece de forma coetánea otras dos nuevas muestras del creciente interés en incentivar la colaboración y diálogo entre las entidades bancarias y sus clientes, lo cual puede materializarse mediante el mecanismo de la mediación:

a) El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuyo Anexo contiene el Código de Buenas Prácticas Bancarias, instrumento de gran valor para que las entidades bancarias valoren la posibilidad de ofrecer nuevas condiciones contractuales a sus clientes, que reporten importantes beneficios a ambas partes y evite el inicio de un procedimiento judicial.

b) La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los

deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

5. LAS FASES DE LA MEDIACIÓN BANCARIA

Mientras dure el proceso de mediación habrá de solicitarse la suspensión de los procesos judiciales pendientes (lo cual impide la subasta del concreto bien inmueble en el caso de la mediación hipotecaria), siendo deseable el inicio y desarrollo de aquél con anterioridad al procedimiento judicial. En este sentido, prevé igualmente el artículo 10 de la Ley 5/2012 la imposibilidad de interponer durante la fase de mediación acción judicial o extrajudicial alguna sobre el mismo objeto, salvo las medidas cautelares que puedan ser favorables a los intereses del deudor.

La función de búsqueda de equilibrio entre las partes en conflicto en el ámbito bancario se despliega mediante un procedimiento consistente en tres fases (Vall Rius, A., 2012):

1.ª El mediador ha de contactar con el cliente bancario afectado con el fin de estudiar su situación y perspectivas económicas; en caso de concurrir los requisitos establecidos por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (arts. 3 y 5), el mediador puede solicitar a la entidad crediticia el sometimiento al Código de Buenas Prácticas Bancarias, incluido en el Anexo de dicha norma, lo que implica la adopción por parte de ésta de alguna de las medidas previstas en el propio Código (dación en pago, quita o refinanciación de la deuda). De no proceder la aplicación de éste, el mediador ha de estudiar junto al cliente las opciones y propuestas que pueden plantearse al banco.

2.ª En una segunda fase, el mediador ofrece al banco las propuestas resultantes de las conversaciones entre el deudor y el mediador, en las que se concreta alguna de las opciones expuestas antes, estudiando aquél la situación del deudor y la viabilidad de éstas, en base a la documentación recibida relativa a las relaciones entre ambos.

3.ª Por último, tras los oportunos trámites de la segunda fase, la entidad crediticia contacta con el mediador o con el cliente bancario haciéndole llegar su decisión o una contrapropuesta como vía para plantear una nueva negociación en la que se ofrezcan condiciones más ventajosas ajustadas a las condiciones personales del cliente; en esa renegociación de la deuda entre los bancos y los clientes juega un papel decisivo el mediador, intentando plantear a ambos los beneficios derivados de la adopción de nuevas medidas ajustadas a las circunstancias personales de los clientes (por ejemplo, en el caso de un préstamo hipotecario, buscando la vía más adecuada que permita al cliente mantener la propiedad del inmueble, o —de no ser posible— al menos la posesión del mismo).

Tanto en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo, total o parcial, como si no lo consiguen, ello habrá de ser recogido en un acta final (art. 22.3 de la Ley 5/2012), que hará a tal acuerdo vinculante para las partes y que será ejecutivo de formalizarse en acta notarial (art. 25 de la Ley 5/2012). De no llegarse a un acuerdo tras la

mediación, el mediador podría intervenir en el procedimiento judicial como perito, en el que quedaría obligado a no falsear la realidad de las negociaciones y de las posiciones expresadas por las partes.

6. BIBLIOGRAFÍA

Además de la Bibliografía general:

BLANCO GARCÍA, A. I.: «ADR: El ombudsman y su incorporación a los litigios bancarios en Suiza», *RDBB*, n.º 130, pp. 273-290, y en Westlaw Aranzadi, BIB 2013/14449, p. 4, nota 17, 2013.

VALL RIUS, A.: «Mediación, intermediación y facilitación aplicada a las problemáticas hipotecarias», *Revista digital Mundo mediación*, diciembre de 2012. http://www.mundomediacion.es/revista-5-edicion-2/2-la-experiencia-en-mediacion/20-la-intermediacion-en-problematicas-hipotecarias).

CAPÍTULO XV

LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DEPORTIVOS

SEGISMUNDO TORRECILLAS LÓPEZ
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. DERECHO MERCANTIL, DEPORTE Y MEDIACIÓN. 2. MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DEPORTIVA. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHO MERCANTIL, DEPORTE Y MEDIACIÓN

El Derecho mercantil tiene por objeto la regulación de la actividad del empresario, entendida, en esencia, como una actividad de organización realizada en nombre propio y públicamente, de modo que la diferencia entre cualquier actividad de contenido económico y la empresarial es fundamentalmente el aspecto formal de la organización. Así entendida la actividad empresarial, no cabe duda alguna que el deporte profesional definido por la Ley del Deporte (y no necesariamente todo deporte de élite) es una actividad económica de naturaleza empresarial, y ello con independencia de la forma jurídica adoptada por el Club de que se trate (Club deportivo, SAD). De lo afirmado anteriormente se deduce que el funcionamiento de las entidades deportivas que desarrollan una actividad empresarial se somete —y debe ser así— a la disciplina propia del Derecho mercantil (Cazorla Prieto, L. M., 2013: 208 ss.).

El deporte profesional (fútbol de 1.ª y 2.ª y baloncesto ACB, balonmano —que sin embargo no goza de esta condición formal de profesional—) podrá considerarse, pues, una actividad mercantil, que debería ajustar su funcionamiento a la normativa e instrumentos propios que rigen cualquier actividad económica mercantil. Pero la particular idiosincrasia del conflicto deportivo ha propiciado que se adecúe más fácilmente a fórmulas privadas para resolver las controversias que surgen en su ámbito. El conflicto es algo inherente al ser humano y, como no podía ser de otra manera, el deporte no escapa a su influencia, es más se trata de un escenario proclive al mismo. El conflicto deportivo, por norma general, no puede permitirse esperar años para ser resuelto. La solución urgente y casi inmediata debe ser su nota peculiar.

Junto al arbitraje, tan consolidado, la mediación se presenta como un nuevo método para resolver conflictos, por más que ambos conceptos se confundan con frecuencia. En este escenario hay un conflicto; dos (o más) partes, y un tercero cuya tarea no es decidir ni ofrecer una solución sino facilitar la comunicación y el proceso

de negociación entre las mismas con el fin de que éstas lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas. Tampoco debemos confundir la mediación con otras figuras afines, como por ejemplo la tarea de los agentes deportivos, cuya actuación, si bien se asemeja a la mediación, a un intermediario o corredor, no puede considerarse como tal.

Podríamos definir la mediación en el ámbito deportivo, siguiendo al Tribunal de Arbitraje Deportivo, como «un procedimiento mediante el cual las partes buscan, con la ayuda de un tercero llamado mediador, encontrar una solución amistosa a su controversia». Asimismo el TAS apunta que «la mediación se distingue del arbitraje fundamentalmente por su carácter no formalista, el control de las partes sobre el procedimiento y la falta de ejecutividad de los acuerdos firmados por las partes».

Ejemplos de mediación en el ámbito del Derecho deportivo podrían darse en materias tales como traspasos de jugadores, cesiones, «derechos federativos», marcas, derechos de imagen, derechos televisivos, organización de eventos, calendario de competiciones, aplazamiento o suspensión de encuentros, competiciones, elección de sedes alternativas, para resolver conflictos relacionados con contratos de patrocinio, relaciones entre clubes y deportistas, etc. Por el contrario, quedan expresamente excluidas las relacionadas con casos disciplinarios, casos de dopaje y las surgidas por decisiones dictadas por la autoridad de una organización deportiva como el Comité Olímpico Nacional, Federación Deportiva Nacional o Federación Internacional.

También queremos resaltar que la especialidad del deporte necesita de una pronta respuesta que permita amortiguar, en la medida de lo posible, el efecto que la resolución del conflicto planteado pueda producir en la competición que está en curso. El procedimiento de la mediación suele ser más rápido que el del arbitraje. Así, el Tribunal de Arbitraje Deportivo establece un período de noventa días máximo para la mediación y de seis meses para el arbitraje.

Tanto la doctrina (Moreno Alba, L., 2014) como las organizaciones especializadas (TAS/CAS) recomiendan expresamente que, en los contratos firmados en el ámbito deportivo, se recoja de forma explícita la sumisión a un procedimiento de mediación y se propone la siguiente cláusula: «cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de, o se relacione con este contrato, y cualquier modificación posterior de, o en relación con este contrato, incluyendo pero no limitado a su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el reglamento de mediación del Tribunal de Arbitraje Deportivo».

El mediador es, por tanto, un *facilitador* cuya tarea encomendada es, apoyándose en la comunicación de ambas partes, permitir que las partes en conflicto resuelvan el mismo llegando a acuerdos consensuados. El mediador puede ser una persona física o jurídica. Además, la mediación debe de cumplir con la «complicidad» de las partes, es decir, deben de someterse voluntariamente a este procedimiento, y es tal el grado de autonomía de la voluntad, que están legitimados para desistir del procedimiento en el momento que lo deseen. Por último, ni que decir tiene —no podría ser de otra manera— que el mediador en su actuación deberá ser imparcial y someterse al

principio de confidencialidad. Los caracteres (voluntariedad, informalidad, flexibilidad, confidencialidad, participación directa de las partes) de la mediación en general, así como su proceso de ejecución (creación de confianza, aislamiento de los hechos, focalización de intereses, búsqueda de opciones y elaboración de un acuerdo) se reproducen en el ámbito deportivo al que nos referimos.

Existen argumentos legislativos que justifican la existencia e interés de la mediación deportiva como solución a los conflictos deportivos. La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles* da entrada a la mediación en numerosas parcelas del Derecho deportivo y, según la propia dicción de su artículo 2, la mediación podría aplicarse en todos los aspectos contractuales, civiles y mercantiles del Derecho deportivo sobre los cuales tengan las partes libre disposición. El abanico es, pues, bastante amplio. Quedan excluidos, evidentemente, aquellas materias en las que las partes no tengan dicha libre disposición, como, por ejemplo, el ámbito sancionador.

Se ha argumentado que el hecho de que la mediación se haya desarrollado original y profundamente en el ámbito familiar no es nada casual, puesto que junto a la solución de un concreto problema se alza, como nuevo interés, restablecer relaciones personales (familiares). También en el deporte, los vínculos entre quienes pueden entrar en conflicto son mucho más profundos y especiales que en los meros y simples asuntos civiles y mercantiles. Las relaciones personales en el seno de un equipo, de una selección, incluso a pesar de las diferencias en el de una competición, no son tan distintas a las familiares, y por ello la mediación es un recurso especialmente útil para resolver controversias entre miembros de un equipo, éstos y su entrenador, directivos, plantilla, etc. Los conflictos que surjan entre ellos, al fin y al cabo, serán de contenido económico en la mayor parte de las ocasiones.

La mediación deportiva se puede llevar a cabo simultáneamente con otro proceso como la jurisdicción ordinaria y el arbitraje, que quedará en suspenso hasta que se pruebe la mediación, y que si ésta fracasa, podrá retomarse rápidamente. No obstante, la mediación deportiva presenta numerosas ventajas (sobre todo en relación con el arbitraje): la rapidez (puesto que la mediación ha de llevarse a cabo en un plazo de noventa días desde que se hace la solicitud, de acuerdo con los plazos que establece el Tribunal de Arbitraje Deportivo) y su menor onerosidad (consecuencia de la anterior), el carácter confidencial y la sencillez y flexibilidad del procedimiento, y, en cierto modo, su especialización. La mediación se adapta y acomoda ciertamente al deporte, como señala el Tribunal de Arbitraje Deportivo, y se configura como una extensión natural de las normas que rigen el juego limpio (Montesinos Muñoz, O., 2012). Será necesaria por tanto la familiarización del mediador con el deporte y sus reglas y características; deberá formarse a un mediador deportivo.

2. MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DEPORTIVA

En el plano estrictamente deportivo, la antigua Ley del Deporte 10/1990,

modificada por la Ley 50/1998 y actualmente modificada por la Ley 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, fomenta de manera expresa la resolución de todo tipo de conflictos surgidos en el ámbito deportivo a través de arbitraje y mediación, y detalla las materias en las que pueden aplicarse los medios extrajudiciales: el artículo 87 sobre conciliación o arbitraje deportivo establece que «las cuestiones litigiosas de naturaleza deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia». Por su parte, el artículo 88.1 establece que «las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producidas entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo». Se deduce, por tanto, que quedan excluidos los conflictos originados por la violencia generada en los espectáculos deportivos y los conflictos señalados en la disciplina deportiva; además, el artículo 88.2 establece que «las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje».

El artículo 76 de esta Ley establece las infracciones que quedan excluidas de las medidas extrajudiciales, distinguiéndose aquellas relativas a las reglas de juego (por ej., abusos de autoridad, los quebrantamientos de sanciones impuestas, los comportamientos agresivos y antideportivos de los jugadores, etc.), al comportamiento de los directivos de Federaciones y Ligas profesionales (por ej., incumplimiento de acuerdos de las asambleas generales, uso indebido de los fondos, etc.), de los clubes deportivos profesionales, así como de sus directivos (incumplimiento de acuerdos, deberes, compromiso, etc.).

A nivel autonómico algunas comunidades, por ejemplo la Comunidad de Galicia, ha promulgado la Ley 3/2012, del Deporte de Galicia, que sustituyó a la Ley 11/1997, General del Deporte, que omitía cualquier referencia al arbitraje y/o a la conciliación extrajudicial; recoge ahora una mención específica a la «Solución extrajudicial de conflictos no sancionadores ni disciplinarios», que prevé el sometimiento de cuestiones de índole privada relacionadas con la actividad deportiva y no incluidas en el ámbito de las potestades delegadas públicas al Comité Gallego de Justicia Deportiva.

En julio de 2014, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el Proyecto de Ley del Deporte de Andalucía, que sustituirá a la vigente desde 1988, en cuyo Capítulo V dedica su artículo 139.4 a la mediación, en los siguientes términos: «Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter alternativo al instrumento del arbitraje, se podrán establecer sistemas de mediación con la finalidad de llegar a soluciones de resolución de conflictos de naturaleza jurídico-deportiva, que se desarrollarán reglamentariamente».

En Andalucía, también es de destacar la Orden ECD/639/2013, de 1 de abril, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Notarial Andaluza para la mediación y el arbitraje. En su antecedente de hecho número 4, cuando marca los fines de la Fundación, expresa que «*el ámbito de la mediación será el más amplio posible*, incluida la familiar, y, paralelamente, respecto de cualquier materia controvertida susceptible de arbitraje».

3. BIBLIOGRAFÍA

Además de la Bibliografía general:

BERMEJO, J. y BONET, A.: *Justicia deportiva y fórmulas de mediación, arbitraje y conciliación en el deporte aragonés. Estudio sistemático de la ley de Aragón: Ley de Aragón 4/1993, de 16 de marzo. Zaragoza*, Cortes de Aragón, 1998.

CAZORLA PRIETO, L. M.: *Deporte y Estado*, Colección Monografía Revista de Derecho del Deporte y Entretenimiento, Aranzadi, Pamplona, 2013.

CHIU, M. M.: «Group problema solving processes: Social interactions and individual actions», *Journal for the Theory Social Behavior*, 30, 2000.

DEUTCH, M.: «Practitioner assesment of conflict resolution programs», *Choices Briefs*, n.º 5, 2001.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D. y MONTENEGRO GÓNZALEZ, S.: *Justicia Deportiva*, México, 2010.

MORENO ALBA, L.: «La mediación como alternativa para la resolución de los conflictos deportivos», *Iusport*, julio 2014.

MOORE, C.: *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

LEWICKI, R. J. y WIETHOFF, C.: *The handbook of conflicto resolution*, Josey-Bass, San Francisco (California), 2000.

REDORTA, J.: *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de la mediación*, Paidós, Barcelona, 2007.

SOSPEDRA NAVAS, F. J.: *Mediación y arbitraje: Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Cívitas, Madrid, 2014.

CAPÍTULO XVI

MEDIACIÓN Y CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL. LA FRANQUICIA

F. JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
Profesor de Derecho mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL. 2. CONFLICTIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN. LA FRANQUICIA Y LA MEDIACIÓN. 2.1. *Consideraciones generales.* 2.2. *La mediación*, medio incluido *en el contrato de franquicia*. 2.3. *Los tipos de conflicto*. 3. EL MEDIADOR ESPECIALIZADO. 4. CONSIDERACIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

En los contratos de distribución comercial, en los que ambas partes son empresarios, las relaciones se desean duraderas y la atipicidad suele ser su condición, se plantean, como en el resto de los contratos y las relaciones jurídicas, controversias que deben resolverse mediante procedimientos eficaces y rápidos que eviten, aun en su solución, la ruptura de la relación comercial cuando no es lo que se pretende. Así, el contrato de concesión mercantil (en virtud del cual un empresario se compromete a recibir de otro productos —normalmente de una marca y en determinadas condiciones— para revenderlos, integrándose en la red de distribución del otro) y el contrato de franquicia, posiblemente escindido o modalidad del de concesión (el celebrado entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una otorga a la otra el derecho a utilizar, en tiempo y zona determinada y bajo determinadas condiciones de control, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra la entrega por éste de una contraprestación económica, en definición jurisprudencial) se revelan como prototipos de los contratos de distribución que permiten la distribución de bienes o servicios en una red organizada en el mercado y como mecanismos específicos de desarrollo económico. En ambos, los contratantes serán comerciantes, empresarios (concedente y concesionario; franquiciador y franquiciado), al que se le permite (y obliga, en ocasiones, en exclusiva) el uso de los signos de aquél, en especial su rótulo y sus marcas. La propia dificultad de distinguir estos contratos, sus perfiles poco claros y no definidos, el carácter exclusivamente convencional de su contenido y las

dificultades que pueden surgir en las relaciones entre los contratantes, sobre todo en el momento de su extinción, reclaman la resolución del eventual conflicto por vías alternativas a las judiciales, más rápidas y menos traumáticas, nuevas vías que encuentran en ellos perfecto encaje, pues ha de destacarse el altísimo grado de litigiosidad en este sector de la contratación (en múltiples aspectos) y, de modo concreto, en el contrato de franquicia (*franchising*).

2. CONFLICTIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN. LA FRANQUICIA Y LA MEDIACIÓN

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Por ello se acude muy frecuentemente —y así se pacta en el contenido contractual — al arbitraje y a otros medios o métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC o ADR) que están dando grandes resultados. Junto al arbitraje se usa, en muchos casos, la conciliación, y de esta forma, controversias entre franquiciador y franquiciado se resuelven por esta vía, de modo particular en Italia, en virtud de la Ley de 6 de mayo de 2004 de aplicación a la franquicia, que prevé un intento de conciliación, previo al juicio o al arbitraje, si se acordó en el contrato, ante la Cámara de Comercio de la localidad de residencia o sede del afiliado. Esa Cámara de conciliación se especializará en la resolución de conflictos sobre contratos de franquicia, dirimirá y resolverá las disputas de las partes del conflicto, pero también puede acudir a la misma cualquier sujeto relacionado con este contrato. Con más arraigo en ordenamientos anglosajones (particularmente en Estados Unidos y Canadá), un *ombudsman* facilita ayuda a los franquiciadores y franquiciados y les hace recomendaciones no vinculantes para acercar posturas y resolver el problema planteado. Establecido como un sistema previo a los demás, el *ombudsman* (que ha de saber escuchar, entender los problemas, discutir y buscar y proponer posibles opciones) se está convirtiendo no en la primera instancia de la negociación para resolver un litigio, sino en la definitiva en la que se encuentra la solución al mismo y el acuerdo.

La mediación es otro sistema de capital importancia y de especial consideración para este sector —por la especial relación de colaboración de ambas partes contratantes—, mediante el cual se pretende resolver y se llega a hacerlo, los problemas acaecidos en los contratos de franquicia, solucionándolos sin llegar ni a tribunales ordinarios ni a cámaras de arbitraje. Este nuevo método alternativo de resolución de controversias consiste en que alguien neutral, una persona de reconocido prestigio o suficiente formación o una entidad, trata de acercar las posturas entre franquiciador y franquiciado. Por lo tanto la mediación es una forma privada, voluntaria, no vinculante, confidencial, muy flexible e informal de resolver conflictos entre las partes, con la ayuda de un tercero, el mediador.

La mediación como forma de resolver los conflictos en los contratos de franquicia

ha tenido y tiene un gran desarrollo y éxito en el Derecho comparado, y fundamentalmente en Estados Unidos. La IFA elaboró el Programa Nacional de Mediación de Franquicias (*The National Franchise Mediation Program*) en 1996, que se administra por el Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones (*The International Institute for Conflict Prevention and Resolutions*), institución independiente para resolver conflictos entre empresarios que está apoyada por la IFA y la Asociación Americana de Franquiciados y Distribuidores (*The American Association of Franchisees and Dealers*) creada para proteger los derechos de los consumidores, promueve las reglas para una franquicia justa y ayuda a luchar contra los fraudes en la esfera de franquicia. Alrededor de 90 por 100 de casos sometidos al Programa Nacional de Mediación de Franquicias se resolvieron con satisfacción para ambas partes. El funcionamiento es ágil y sencillo; se inicia con una carta de conflictos que se envía por una parte a la otra y al Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones; se necesita previamente que las partes intenten solventar y resolver su conflicto sin la intervención de tercera persona —de mediador—; si las negociaciones no han tenido éxito, el Instituto Internacional de Prevención de Conflictos y Resoluciones aporta a las partes los nombres de cinco mediadores localizados en la región, en el domicilio donde se encuentra la franquicia —estos mediadores se seleccionan de un grupo de expertos en franquicias—; normalmente el encuentro entre las partes suele desarrollarse en las propias oficinas del mediador, iniciándose una sesión conjunta —con todas las partes implicadas—, para ir clarificando posturas, y posteriormente seguirán sesiones separadas con cada una de las partes, hasta la conclusión final y la esperada resolución y acuerdo, llegando ellas mismas a un acuerdo final. El mediador dejará constancia entonces del acuerdo y de las condiciones pactadas. El proceso es similar en todos los países. En Europa, las asociaciones de franquicias nacionales también elaboran procedimientos de mediación para resolver los conflictos entre franquiciadores y franquiciados. La Asociación Británica de Franquicia (*The British Franchise Association*) fue creada en 1977 y la Federación Francesa de Franquicia (*La Fédération Française de la Franchise*) en 1971, estableciendo sus propios mecanismos de mediación. Ésta creó la Cámara de mediación, compuesta de tres miembros: un anterior presidente de la Federación Francesa de Franquicia, un franquiciador y un franquiciado, que sean miembros de la misma.

La Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) ha aprobado un Reglamento de Mediación que está en vigor desde el 7 de marzo de 2012. Su principal interés radica en que se detallan todos los pasos, trámites y actuaciones de las partes y del mediador, así como los efectos del procedimiento, suponiendo un rico material para poder comprender cómo se lleva a cabo por una Asociación de reconocida solvencia y prestigio. Igualmente la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) firmaron en el presente junio de 2014 un convenio de colaboración fruto del cual se pone en marcha un novedoso servicio para impulsar la mediación y el arbitraje internacional entre los franquiciadores (en la actualidad aún carece de algún

expediente resuelto, dada la premura de su constitución).

2.2. La mediación, medio incluido en el contrato de franquicia

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, junto a la nueva Ley 11/2011 de Arbitraje, brindan sendas posibilidades para afrontar las dificultades, como principales vías para prever, evitar y solucionar potenciales conflictos; para lo que habrá de haberse previsto, mediante su inclusión como cláusula contractual, la sumisión a estos sistemas (o acordarse con posterioridad). Tres son las etapas que habrán de darse (que nos permitan velar por una mayor seguridad jurídica de la franquicia):

1.º El establecimiento de un sistema de comunicación adecuado entre franquiciador y la red con la intención de evitar, en la medida de lo posible, la existencia del conflicto o la previsión de un sistema interno de solución (en algunas enseñas se ha desarrollado con éxito una especie de «defensor del franquiciado»).

2.º El recurso a la mediación para los supuestos en los que el conflicto haya nacido y quiera solucionarse bien para concluir la relación de mutuo acuerdo, bien para intentar proseguir con la relación.

3.º El recurso a fórmulas arbitrales de resolución del conflicto que puedan brindar a las partes mayor flexibilidad que la vía judicial ordinaria.

Las características esenciales en la mediación la constituyen su flexibilidad y su ausencia de formalismos, características que permiten a franquiciador y franquiciado establecer las bases de la negociación encontrando por sí mismos una solución. Además, dado que en un contrato de franquicia abundan elementos de muy diversa naturaleza, la variedad de soluciones que pueden surgir en el acuerdo es óptima para alcanzar un resultado en el que las dos partes han de ganar. Otro de sus principales rasgos lo constituye su carácter voluntario y su bajo coste; es evidente y por tanto no resulta perjudicial utilizar la mediación, aunque sólo sea como paso previo siempre que surja un conflicto. Para ello recomendamos que se prevea expresamente en el contrato, estableciendo éste los elementos esenciales de la misma, como pueden ser: la cualidad del mediador, el lugar, el idioma o incluso los elementos básicos de la mediación. Aunque no debemos olvidar que el sometimiento a arbitraje puede ser en ocasiones recomendable en los casos en los que sea esencial tener un conocimiento técnico mayor de las peculiaridades del sector, su mayor rapidez y la mayor especialidad de los árbitros pueden incidir en una reducción de costes.

Existen igualmente en los contratos de franquicia la posibilidad de incluir cláusulas híbridas, «mediación más arbitraje», en las cuales las partes someterán a arbitraje todas aquellas cuestiones en las que no se haya obtenido previamente un acuerdo durante la mediación.

2.3. Los tipos de conflicto

Los conflictos empresariales más frecuentes en mediación en el sector de los contratos de distribución (franquicia) pueden ser principalmente de tres tipos: con los *clientes*, con el proveedor (en este caso, entre franquiciador y franquiciado) y entre los directivos de las empresas implicadas. Las controversias que se plantean con los clientes son situaciones frecuentes, pero a la vez difíciles de solventar, ya que existe el miedo a iniciar acciones judiciales contra ellos, pues ello podría provocar la pérdida de la relación —con las dificultades de conseguir un nuevo cliente o recuperar al perdido— y un grave perjuicio para la franquicia —el coste del tiempo invertido o perdido—. Por ello se justifica y hace aconsejable que en estas ocasiones, o bien se intente llegar y resolver la controversia mediante la mediación o incluso que en situaciones demasiado embarazosas para la empresa ésta absorba gastos y excesos por no entrar en conflicto y evitar así la tan temida imagen de agresividad de la franquicia; en otras ocasiones los conflictos surgen con los *proveedores*, con la empresa franquiciadora. No es necesario pormenorizar las graves consecuencias que puede traer para las partes. Si se plantea el problema y ha de esperarse a una resolución judicial (posiblemente paralizando el suministro de productos), las pérdidas que se sufran por el lapso de tiempo empleado pueden ser muy cuantiosas. Es en esta relación en la que queremos destacar la ventaja de la mediación en la franquicia. Las obligaciones de las partes se concretan en: por parte del franquiciador se ha de ceder la explotación de la franquicia, cediéndole al franquiciado el derecho a comercializar los productos o servicio de que se trate, lo que supone la autorización (y deber) de usar el rótulo o denominación, la cesión del *know how* y la asistencia técnica durante la vigencia del contrato. El franquiciado se obliga a pagar el canon convenido pero también a llevar a cabo su actividad comercial de una forma concreta y propia de la empresa cedente con la debida diligencia. Cuándo no se ha respetado o cumplido esa obligación, cuándo no ha colaborado adecuadamente la empresa cedente, cómo ha actuado, extinguido el contrato, el cesionario o el cedente, son cuestiones más fáciles de resolver incluso en este trámite que en un procedimiento judicial. También son frecuentes los conflictos surgidos por problemas internos en la sociedad (titulares, socios o accionistas de la franquicia), como es el caso en el que se puedan ver afectadas o paralizadas empresas franquiciadas, por conflictos entre los *socios o incluso los propios directivos*, que pueden de una u otra manera acabar afectando al negocio y por ende a la franquicia. Finalmente, la estrategia de la franquicia se caracteriza por el elemento de internacionalidad. La franquicia internacional de un lado y la actuación de franquicias mediante un sistema de exportaciones supone la aplicación de diversas legislaciones y el sometimiento a diferentes y desconocidos procesos.

Por ello, para resolver toda esta serie de conflictos —no deseables, pero que por desgracia suceden en demasía en el mundo de la franquicia—, se puede acudir a este método voluntario de la mediación. En nuestro derecho existen ejemplos de entidades que promocionan y fomentan el uso de la mediación —así como de otras vías alternativas de resolución de conflictos—, ya que el plazo medio en que se resuelven los conflictos a través de este mecanismo es de entre cuatro y seis semanas, y su

efectividad alcanza un elevado número de casos, y en referencia a los costes económicos además, una mediación puede reducir hasta un 90 por 100 el coste de resolución del conflicto, plazo y coste muy inferior al del arbitraje (que ya lo es con respecto al procedimiento judicial).

3. EL MEDIADOR *ESPECIALIZADO*

El mediador, que solventará aquellas discrepancias que puedan acaecer fruto del acuerdo firmado entre franquiciador y franquiciado, podrá ser en el Derecho español cualquier persona física que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles —siempre que no se lo impida la legislación especial a que pueda estar sometido en el ejercicio de su profesión—. De igual manera, y como se deduce de su regulación, pueden serlo las personas jurídicas, que deberán designar en ese caso, para el ejercicio de la mediación, a una persona física que reúna los requisitos legales. En ambos casos habrá de añadirse una titulación y una formación de los sujetos que la lleven a cabo, para que pueda lograrse un resultado útil. La mediación institucional se revela como la más apta en estos contratos, puesto que entidades y organismos que la lleven a cabo deben estar más preparados técnicamente, sin perjuicio de la actuación de personas físicas (con mayor garantía cuanto más específica sea su formación).

La mediación es un sistema voluntario que depende de las partes y, aunque se trata de un sistema simple o de fácil tramitación —mucho menos complejo que cualquier procedimiento judicial e incluso menos que el de arbitraje—, de una duración breve y de un sistema económico —o de poco coste—, el mismo no será gratuito y sí retribuido, debiéndose abonar al mediador el precio pactado —que suele establecerse por sesiones—. Corresponde su abono —haya concluido o no con el resultado de acuerdo porque su actuación es de diligencia y no de resultado— a quien asumiera esa obligación en el contrato, ya sea el franquiciador o el franquiciado y, en otro caso —lo que es más frecuente y usual hasta el punto de presumirse salvo pacto en otro sentido—, por mitades. Luego será frecuente que se solicite a las partes la pertinente provisión de fondos —la que estime conveniente el mediador o, en su caso, la institución de mediación—. La obligación de las partes es la del abono en el momento en que se solicita. Si cualquiera de los obligados a realizar esta prestación no la cumpliese, el mediador —o los comediadores, en su caso, o la institución— podrán dar por concluida la mediación, aunque con anterioridad a ello deberá comunicarlo a las demás partes, por si éstas quieren suplirla y entregar lo que correspondería a la parte incumplidora, en el plazo que se haya fijado, a los efectos de que no se paralice el procedimiento ni se extinga o se dé por concluido.

En los contratos de franquicia, merced al contenido del *Manual del Franquiciado* o compendios similares, y según se comprueba en los condicionados que utilizan las empresas franquiciadoras, se establecen, lógicamente, las obligaciones de ambas partes. Las posibles reclamaciones obedecen en su mayoría a los daños y perjuicios causados, en base a los artículos 1.101, 1.106, 1.107 y 1.124 del Código Civil. Los

contratos que hasta hace unos años sometían sus diferencias a la decisión de los Juzgados o al arbitraje, han comenzado a incluir una cláusula de previo intento de mediación. La labor del mediador, en el caso de los contratos de franquicia, como en los otros mencionados, es intentar que las partes tengan —surgido el conflicto— una comunicación no necesariamente antagónica, eliminar las barreras que los separan, estableciendo lazos de colaboración y evitando, mediante las herramientas que tiene a su disposición, las situaciones conflictivas, en ocasiones inevitables, en un contrato que es de duración y que suele pactarse por plazos largos (o con renovaciones) cuando no indefinidos. En las relaciones de los contratos de franquicia las partes pueden tener voluntad de mantener los lazos que las unen por débiles que sean y la intervención del mediador es ocasión de conseguir que las partes, además de encontrar solución a un conflicto que las enfrenta, puedan relacionarse en el futuro en un clima de mutua comprensión. El papel y la función del mediador es fundamental en este sentido para que la franquicia logre sus objetivos y para que el sistema se consolide. Habría que decir que en estos momentos la mediación y el recurso a la mediación son necesarios, y más en este tipo de contratos donde las relaciones interpersonales (y el *intuitu personae*) entre las partes contratantes son claves para el devenir de la relación contractual y del propio —e independiente— negocio contractual.

Importante sería dejar constancia de la confidencialidad en los procesos de mediación. A menos que las partes lo convengan, las partes y el mediador no revelarán a ninguna persona que no esté involucrada con los participantes y el conflicto ninguna información al proceso, incluyendo intercambios y acuerdos previos a la mediación, a los contenidos incluyendo información escrita y oral, a los términos del acuerdo o el desenlace del proceso. La confidencialidad permite proporcionar a los empresarios —franquiciador y franquiciado— el necesario bienestar para expresar sus visiones y opiniones de manera abierta, sobre todo relativas a la interrelación existente. Con esto se preserva las informaciones de sus empresas para el mercado y se puede generar confianza en el primer momento en la mediación y después en el desarrollo de la misma. De esta manera los empresarios tienen el control total del proceso. Pueden prever el resultado y llevar o no al conocimiento público de las informaciones del proceso. En el contrato de franquicia se necesita frecuente atención para las cuestiones sociales y económicas, pero también las cuestiones personales son muy importantes.

Corresponderá a los profesionales —fundamentalmente a los profesionales jurídicos— fomentar la mediación en la franquicia y en los demás contratos de distribución comercial e incluirla en los contratos que se firman. En momentos de cambio en el orden social y económico, surgen nuevas necesidades pero también nuevos mecanismos y sistemas, nuevos instrumentos que se consagran con rapidez. La mediación en el sector de franquicia y el sector empresarial tiene el objetivo de ofrecer una respuesta a estos cambios y demanda la creación de espacios de diálogo, donde se presentan diferencias y se restablecen de manera participativa, dinámica y pacífica los roles de cada uno en las interrelaciones existentes. Permite también

establecer caminos facilitadores de la articulación e invita a todos para una reflexión responsable sobre la diversidad de temas de la realidad empresarial actual y también constituye verdadero desafío para la preservación de las relaciones de manera equitativa e integradora.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Los mecanismos que existen básicamente para solucionar las diferencias que se producen durante el período precontractual, contractual y postcontractual (con motivo de la extinción o tras ella) de los contratos de franquicia son varios: unos por el arreglo directo entre las partes, con o sin ayuda de terceros: se trata de la mediación, que consideramos el más adecuado; otros por medio de soluciones propuestas por terceros, que pueden ser voluntarias u obligatorias de aceptación, y por último, otros recurriendo a la jurisdicción correspondiente para el efecto, están claramente definidos en la actualidad.

La relación de los empresarios vinculados por un contrato de franquicia no es una relación competencial en el mercado; más bien siguen un interés paralelo y, al fin, común. Por ello, la solución a sus conflictos, sin tener que remitirlos, y la propia decisión final a un tercero, deberían ser resueltos por las partes implicadas e interesadas en una solución útil para las mismas, que no necesariamente debe ser considerada desde posiciones antagónicas. De ahí el interés de la mediación en este contrato.

Ha de señalarse que lo indicado, con un carácter general, para la franquicia, pudiera repetirse para otros contratos de colaboración en el ámbito mercantil. Junto a los contratos de concesión y de franquicia se incluyen, en el epígrafe general de contratos de colaboración entre empresarios, los contratos de agencia, de transferencia de tecnología, de *joint venture,* entre otros.

En lo que se refiere al primero, el contrato de agencia es aquel por el que una persona llamada agente se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos, y concluimos en nombre y por cuenta ajenos, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones, según definición de la Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia, que lo define. Es extraordinariamente frecuente que se pacte en este contrato una restricción o limitación de las actividades a desarrollar tras la extinción del contrato, un pacto de prohibición de competencia. El alcance de este pacto y el respeto al mismo, la indemnización por clientela y por daños y perjuicios, y la extinción del contrato, son las cuestiones que mayores problemas plantean en este contrato y por las que se puede (y suele) acudirse a mediación por ser la más apropiada de las vías para su resolución. También los contratos de transferencia de tecnología son apropiados para el recurso a la mediación en caso necesario, tratándose de contratos atípicos, en un gran número de casos, y de contenido

obligacional complejo: las licencias de patentes y marcas, los contratos de asistencia técnica y *know how*, etc., son ejemplos de esta clase de contratos en los que el objeto de cesión son los bienes de la propiedad intelectual (o la propiedad industrial), conocimientos y derechos exclusivos. Las partes contratantes son licenciante y licenciatario. De similar, aunque distinta naturaleza, pueden citarse los acuerdos de colaboración entre empresas denominados *joint venture* que no necesariamente han de constituir un tipo social nuevo, pudiendo conservar cada sociedad su propia personalidad.

Ha de destacarse una nota de todos estos contratos: su carácter, normalmente, internacional. Su general atipicidad y su internacionalidad aconsejan la sumisión, mediante cláusulas incorporadas a los contratos, a la mediación. Los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* aprobados por Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) recogen en su artículo 10.7, bajo el rótulo «Medios alternativos para la resolución de controversias», la posibilidad de remitirse a medios alternativos (distintos del arbitraje, al que se refiere en los números 5 y 6 del precepto): *Las disposiciones de los artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias*, con lo que los nuevos medios, y en ellos la mediación, alcanzan su reconocimiento en este documento de gran importancia, a pesar de que el sometimiento a sus principios es voluntario, para la contratación internacional. Esta recopilación de normas para aplicarlos a los contratos internacionales, cuando así lo disponen las partes, son de naturaleza diferente tanto a los Convenios internacionales como a las leyes modelo (propuestas por organismos internacionales), y en cuanto a su ámbito de aplicación cabe decir que se aplican a los contratos mercantiles internacionales cuando las partes hayan acordado someterse a sus disposiciones y cuando hayan acordado además que el contrato se rija por los principios generales del Derecho (o la *lex mercatoria*). Sin embargo, en la Ley Modelo sobre el contrato de franquicia aprobado por Unidroit en 2002 (que consta de preámbulo, diez artículos e informe explicativo) no se refiere explícitamente a la solución de los conflictos entre las partes contratantes y lógicamente no ha recogido alusión alguna a la mediación.

5. BIBLIOGRAFÍA

Además de la Bibliografía general:

BARONA VILAR, S.: «Solución extra jurisdiccional de conflictos», *Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 69 ss.

CISTERNINO, F.: «La conciliazione nei contratti di distribuzione del gas», en *I metodi alternativi nella soluzione delle controversia dei consumatori* (a cura de N. Scannicchio), Bari, 2007, pp. 325 ss.

GIL ECHEVERRY, J. H.: *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Temis, Bogotá, 2003.

MADRID ANDRADE, M.: «El Derecho aplicable al contrato internacional de *joint venture*», *Derecho Privado* (Adame Godard, coord.), UNAM, México, 2004, pp. 343-355,

MUGGENBURG, C.: «Contratos de licencia y/o franquicia», *Derecho Privado* (Adame Godard, coord.), UNAM, México, 2004, pp. 367-377.

PÉREZ MARTELL, R.: «Conflictos en el contrato de franquicia y soluciones a los mismos», http://vlex.com/vid/conflictos-solucion-arbitraje-43440903.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: «Contratos atípicos en el ámbito mercantil español y europeo», *Derecho Privado* (Adame Godard, coord.), UNAM, México, 2004, pp. 277-316.

ROITMAN, H.: «Franquicia. La ley modelo de Unidroit», *Derecho Privado* (Adame Godard, coord.), UNAM, México, 2004, p. 431.

QUINTANA ADRIANO, E. A.: «Régimen jurídico de los contratos atípicos», *Derecho Privado* (Adame Godard, coord.), UNAM, México, 2004, pp. 267-276.

RUIZ DE VILLA JUBANY, J.: *¿Por qué un arbitraje en los contratos de franquicia?*, El Derecho Editores, Madrid, 2004.

SANCHEZ-PEDREÑO, A.: «La mediación civil y mercantil: un método novedoso para la resolución de conflictos», *El Notario del siglo XXI*, julio-agosto 2012, pp. 30 ss.

CAPÍTULO XVII

LA MEDIACIÓN CONCURSAL

JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONCURSO Y A LOS ACUERDOS PRECONCURSALES. 2. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO. 3. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO Y MEDIACIÓN CONCURSAL. 3.1. *Inicio del trámite*. 3.2. *Mediador y acuerdo extrajudicial.* 4. EL MEDIADOR CONCURSAL Y SU FUNCIÓN. 4.1. *El mediador concursal como profesional.* 4.2. *La remuneración del mediador*. 4.3. *Responsabilidad del mediador concursal y su aseguramiento.* 4.4. *El desarrollo de la función del mediador en el acuerdo*. 5. CONSIDERACIÓN CRÍTICA SOBRE LA MEDIACIÓN CONCURSAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONCURSO Y AL DE ACUERDOS PRECONCURSALES

Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, como señala el artículo 1.911 del Código Civil, que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal. El ordenamiento jurídico faculta al acreedor a que inste al deudor, también a través de procedimientos judiciales, a que cumpla con sus obligaciones. Hay ocasiones, sin embargo, en que el patrimonio del deudor no es suficiente para poder hacer frente a sus obligaciones y existe una pluralidad de acreedores cuyas deudas no van a poder ser cumplidas. Cuando una persona se encontraba en esa situación en la que sus deudas eran notablemente superiores a sus bienes y se podía advertir que no podría cumplir, se consideraba, previa declaración judicial en este sentido, en concurso de acreedores si se trataba de un deudor civil, o en quiebra si se trataba de un comerciante (tanto persona física —empresario individual— como persona jurídica —sociedad mercantil), instituciones contempladas por el Código Civil y el Código de Comercio respectivamente, a las que habría de añadirse, en la esfera mercantil, la suspensión de pagos (Ley de 26 de julio de 1922). Todas ellas trataban de organizar a los acreedores, a los que había que considerar, no de forma aislada e independiente, sino como colectividad o como una masa. El artículo 870 del Código de Comercio señalaba: «El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el juez de Primera Instancia de su domicilio, en vista de su manifestación» y el 874 recogía una situación más grave y precisaba: «Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones». Cuando un comerciante era declarado en quiebra se iniciaba un

procedimiento de ejecución universal de sus bienes que pretendía satisfacer, de una manera ordenada y equitativa, a sus acreedores.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (que entra en vigor el 1 de septiembre de 2004), reformada desde entonces en numerosas ocasiones, suprime las diferencias y pluralidad de instituciones concursales para el deudor insolvente comerciante y para el no comerciante, y crea la figura única (para ambos supuestos) del concurso. Así proclama el artículo 1 de la Ley: «1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». El nuevo sistema concursal se caracteriza por unos principios configuradores y por otros funcionales. Entre los primeros, se incluyen (sin que entremos en su valoración como tales, lo que es discutible, y advirtiendo de las múltiples excepciones y especialidades) el de universalidad (en el procedimiento concursal han de integrarse todos los acreedores con todos sus créditos de que sean titulares frente al deudor y todos los bienes y derechos realizables de éste); el de unidad (que se orientaría en tres direcciones: unidad legislativa (todo el concurso se regula en una sola Ley, la Ley Concursal), unidad de disciplina (un único concurso para cualquier clase de deudor, sin distinción entre deudores civiles —concurso de acreedores, quita y espera— y deudores empresarios) y unidad de procedimiento (suprimiéndose los antiguos preventivos, que intentaban eludir la insolvencia y resolutivos de la insolvencia misma), y el de flexibilidad (fundamentalmente en el procedimiento que ha de seguirse). Entre los principios operativos, el de conservación de los bienes y derechos del deudor (lo que se denomina la masa activa), el de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y el de conservación de la empresa. La finalidad del concurso es satisfacer a los acreedores de cada uno de sus créditos en la mayor y mejor medida posible.

El procedimiento concursal se divide (art. 183 LC) en varias secciones: una primera que comprende lo relativo a la declaración del concurso, medidas cautelares, resolución final de la fase común y conclusión (y reapertura) del concurso. Declarado el concurso, el deudor queda suspendido en sus facultades de administración o queda sometido a intervención; la segunda, que abarca todo lo relativo a la administración concursal (los administradores concursales nombrados por el juez del concurso deben tener aptitud profesional y ser abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con experiencia); la tercera y cuarta que comprende lo relativo a la determinación de la masa activa (los bienes y derechos) y la masa pasiva (créditos); la quinta, que abarcará lo relativo al convenio y o la liquidación; y la sexta, que se refiere a la calificación del concurso. De igual modo, lo hace en fases: la fase común, que, una vez solicitada la declaración de concurso por quien esté legitimado para ello (deudor y acreedores), se abre con la declaración del concurso (si se estima la solicitud), nombramiento de los administradores concursales, decisión de los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos, etc., fase en que se delimitan la masa activa y pasiva; la fase de convenio, en la que los acreedores pueden aceptar un convenio con el deudor, o caso de fracaso del convenio, porque no

se alcanza o se frustra, fase de liquidación.

A partir de 2009 (RDL 3/2009) y Ley 38/2011 se regulan los acuerdos de refinanciación, y por la Ley 14/2013 los acuerdos extrajudiciales de pago, figuras que se incorporan a la Ley Concursal. Mediante los primeros, se trata de evitar la insolvencia y superar las dificultades económicas en las que se encuentra el deudor. Para ello, el deudor intenta llegar a un acuerdo con sus acreedores para reordenar su pasivo y lograr una viabilidad para su organización económica (en su caso, una empresa). Pueden ser homologados judicialmente. Los acuerdos extrajudiciales de pago, por su parte, son concertados por algunos deudores (un empresario, profesional o trabajador autónomo, en el caso de personas físicas o cualquier persona jurídica). Si se trata de persona física, debe ser insolvente o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, debiendo aportar, como segundo requisito o presupuesto, un balance cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros. Si se trata de una persona jurídica, los requisitos son otros: que sea insolvente, que si se le declarase en concurso éste no revistiera especial complejidad; en tercer lugar, que disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y por último, que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr un acuerdo de pago con posibilidades de éxito (con un plan que no incluya una espera superior a tres años y una quita no superior al 25 por 100 del importe de los créditos). En lo que se refiere a los requisitos relativos a los créditos, no todos pueden ser objeto de acuerdo: ni los créditos con garantía real, ni los créditos de Derecho público. Es lo que se conoce con el nombre de convenios preconcursales o Derecho preconcursal.

2. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado, el antecedente próximo a la regulación jurídica que en España se hace de la llamada mediación concursal puede encontrarse en el *reglement amiable* francés, que se da en numerosos sectores de la contratación, como modo específico y extrajudicial de resolución de conflictos, que evoluciona hasta la institución de la *conciliation*, y en el ámbito del concurso específicamente, con la existencia de una figura cuya función consiste en llevar a cabo un estudio del deudor y de su situación económica para determinar, al inicio de la relación que puede llevar a un acuerdo, si puede entrar en concurso (y, eventualmente, en ese caso, llegar a un acuerdo o convenio) o, directamente, en la fase de liquidación.

En Italia, la *Legge Fallimentare* incorporó los «acuerdos de reestructuración de deudas», como auténticos acuerdos celebrados extrajudicialmente, pero que el juez reconoce posteriormente dotándolos de eficacia. En este mismo sentido pueden citarse los «planes de saneamiento» (de empresas) que son acuerdos de refinanciación que requieren el informe de un experto independiente.

En el Derecho belga el mediador de empresa (Ley de 31 de enero de 2009), experto en insolvencias empresariales, interviene, bien antes de la declaración del

concurso, bien iniciado éste, como administrador judicial. Asiste al deudor y le asesora y le aconseja sobre la presentación de un plan de viabilidad con los acreedores. La Ley belga, aprobada para fomentar la continuidad de las empresas, que recoge tres mecanismos para la reorganización de las mismas (los que derivan de un acuerdo amistoso con uno o varios acreedores, los que lo hacen de un acuerdo colectivo y los que consisten en una reorganización por cesión de la actividad empresarial a un tercero), hace perder a la Administración Pública el privilegio de sus créditos contra el deudor y la convierte en acreedor ordinario, lo que es encomiable.

En Alemania, el juez dispone de un poder especial que le permite aprobar un plan de saneamiento o refinanciación, aunque un grupo de acreedores no lo apruebe o esté expresamente en contra de él, si con ello considera que se beneficia a los demás y al propio deudor (*insolvenzplan*). La *Ley para reducir la emisión de deuda y el fortalecimiento de los derechos de los acreedores*, de 15 de julio de 2013, admite la condonación de deudas si se dan circunstancias extraordinarias, condonación que queda sometida a un control posterior de la actividad económica que hay obligación de continuar desarrollando.

Más alejado de nuestro ordenamiento, en los Estados Unidos de América se han desarrollado acuerdos negociados que tratan de encontrar una solución intermedia entre la reorganización de la empresa y los acuerdos extrajudiciales (*prepackaged bankruptcy plans*). Por ello, el apartado segundo de la Ley 14/2013, advierte que se introduce un «mecanismo de negociación extrajudicial de deudas… similar a los existentes en los países próximos». Sin embargo, tales mecanismos, tanto a nivel preventivo (fase precontractual) como a nivel de solución *a posteriori*, no llegan a ser una auténtica mediación concursal ni a denominarse de este modo.

3. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO Y MEDIACIÓN CONCURSAL

Señala la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de *Apoyo a los emprendedores y su internacionalización* que regula (modificando la Ley Concursal), lo que denomina «acuerdo extrajudicial de pagos», mecanismo nuevo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, personas físicas o jurídicas, que se trata de un procedimiento muy flexible que se sustancia extrajudicialmente en muy breves plazos, ante el registrador o el notario, cuya intervención se limita a proponer y nombrar un profesional idóneo que impulse la avenencia.

Como hemos señalado, pueden solicitar el inicio de este trámite para lograr el acuerdo tanto las personas físicas (a las que se exigen unos requisitos o presupuestos) como las personas jurídicas (a las que se exigen otros diferentes). No podrá hacerlo, sin embargo, cualquier deudor, pues se impide solicitarlo, entre otros (entidades aseguradoras y reaseguradoras y, por otros motivos, quienes hayan sido condenados en sentencia firme por concretos delitos —art. 231.3.1—; quienes no estén inscritos en el registro mercantil siendo su inscripción obligatoria —art. 321.3.2—; quienes en

los tres últimos ejercicios no hubiesen llevado contabilidad debiendo llevarla o no hubiesen hecho el depósito de las cuentas anuales —art. 231.3.3—) a aquellas personas que, en los tres últimos años, hubiesen aprobado un acuerdo extrajudicial, hubieran obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso, como tampoco quienes tengan, entre el listado de acreedores, una persona que hubiese sido declarada con anterioridad en concurso. Su finalidad es precisamente alcanzar un acuerdo y evitar el concurso.

3.1. Inicio del trámite

El trámite o procedimiento se inicia con la petición formal (que puede ser telemática) que presenta el deudor al registrador o al notario, solicitándole el nombramiento de un mediador concursal. Si la solicitud reúne todos los requisitos exigidos (y se acompaña de todos los documentos que señala la Ley), se nombrará al mediador concursal, que será la persona a la que corresponda (según las lista oficial del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia), lo que se publicará en el portal correspondiente del *BOE*. Al iniciarse el expediente, tras el nombramiento de mediador, el deudor puede continuar con su actividad, aunque con algunas limitaciones, entre las que se incluyen la prohibición de solicitar préstamos o créditos, la de usar las tarjetas de crédito de que sea titular (que tendrá que devolver) y la de usar medios electrónicos de pago (por lo que parece que todos sus pagos deberá hacerlos en efectivo con las dificultades que eso trae consigo). De igual modo, iniciado el expediente de este acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor no podrá ser declarado en concurso (al menos durante un plazo). Por su parte, quedan paralizadas las acciones que podrían ejercer los acreedores que van a quedar afectados por el acuerdo, caso de que se alcance, y no podrán anotarse embargos posteriores a la presentación de la solicitud; tampoco podrán los acreedores (afectados) realizar ningún acto al efecto de mejorar su situación con respecto al deudor. Sin embargo, el acreedor que disponga de una garantía personal que asegure su crédito podrá ejercitar tal garantía, si el crédito hubiese vencido.

En el nuevo procedimiento el papel del mediador concursal es determinante. Este negociador impulsa el trámite, cita a los acreedores del deudor a una reunión, avanza una propuesta, discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de la deuda, y el procedimiento concluye cuando no se alcanza un acuerdo o cuando, habiéndolo alcanzado, se incumple. Entonces el procedimiento sirve de tránsito al concurso. El artículo 21 de la *Ley de Emprendedores* modifica el artículo 3.1 de la *Ley Concursal* legitimando, para solicitar la declaración del concurso, además de al deudor y a cualquier acreedor, al mediador concursal. De otro lado, también modifica el artículo 5 bis.1, 2 y 3 de la misma Ley Concursal, refiriéndose de nuevo a esta figura cuando indica que en el caso de que se solicite un acuerdo extrajudicial de pagos, una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador o notario a quien se hubiese solicitado la designación del mediador comunicará al Juzgado la apertura de la negociación.

3.2. MEDIADOR Y ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Sin perjuicio de que consideremos la figura y la actuación del mediador concursal, debe conocerse, aunque sea resumidamente, en qué consiste la tramitación del expediente (arts. 231 a 242 de la Ley Concursal). Aceptado el cargo de mediador, debe éste comprobar la existencia y la cuantía de los créditos que figuran en la lista que presentó el deudor con su solicitud en un plazo de diez días, dentro del cual debe convocar a los acreedores que considere efectivos y puedan ampararse o beneficiarse de este acuerdo (a los de Derecho público, por ejemplo, no podrá citarlos) y al deudor a una reunión al objeto de aceptar (o rechazar) un plan de pagos que se propondrá. La reunión deberá realizarse en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo. La convocatoria está sometida a unos requisitos de forma e incluirá el lugar, la fecha y la hora previstos para la celebración de la reunión y la identidad y detalles de los créditos de cada uno de los acreedores convocados. Durante ese tiempo, corresponde al mediador concursal la elaboración de una propuesta del plan de pagos, que enviará a los acreedores tan pronto como pueda. El plan que presente el mediador concursal debe ser una ordenación temporal de los pagos (permitiéndose la propuesta de cesión de bienes del deudor a los acreedores en pago de su crédito). Deberá acompañarse un plan de viabilidad y otros documentos. Cuando los acreedores reciben la propuesta, pueden hacer propuestas alternativas o de modificación. Posteriormente el mediador concursal, que podrá aceptar alguna de las propuestas que le han sido realizadas y procurando tutelar el interés de deudor y acreedores, elabora un plan de pagos y un plan de viabilidad definitivo (final, aunque podrá alterarse en la reunión), que presenta al deudor para que lo acepte, en cuyo caso lo envía de nuevo a los acreedores. En el supuesto de que el deudor no aceptara el plan del mediador, carece de sentido convocar la reunión, sabiendo que una parte no va a aceptar y que el acuerdo será imposible (por lo que podrá solicitar que se declare el concurso).

Durante la reunión, a la que deben asistir los acreedores convocados (salvo los que por escrito hubiesen mostrado su aprobación u oposición al plan de pagos en los diez días anteriores a la reunión), trayendo como consecuencia el hecho de no asistir que los créditos de los mismos se considerarán como subordinados (en el concurso consecutivo). El mediador concursal en esta reunión —a la que debe asistir igualmente el deudor, aunque ya se conoce su posición con respecto al plan, por lo que su ausencia no traería mayores dificultades— ocupa también un papel decisivo al declararla constituida, dirigir los debates, concretar las propuestas y someterlas a votación: preside la reunión. El plan de pagos y de viabilidad que se apruebe (bien el inicialmente propuesto, bien el resultante de la reunión, aunque suponga una modificación del presentado) debe ser aceptado —aprobado— por ambas partes: por el deudor, naturalmente, y por los acreedores, siempre que voten a favor del mismo acreedores que representen al menos el 60 por 100 del pasivo (o el 75 por 100 si el plan prevé la cesión de bienes del deudor en pago de deudas) y siempre que se tenga el consentimiento de los acreedores que tengan constituida una garantía real sobre los bienes cuya cesión se propone. Realizada la votación, el acuerdo se adopta o no. En el

primer caso, se procede a su formalización. En el segundo, habiendo fracasado todo el expediente, corresponde al mediador solicitar la declaración del concurso, y el juez deberá dictar auto declarativo de forma inmediata. Para formalizar el acuerdo alcanzado debe elevarse éste a escritura pública (lo que corresponderá hacer al mediador concursal). El notario o el registrador cerrará el expediente y lo comunicará al juzgado (al que comunicó su inicio), dándosele publicidad registral mediante el correspondiente anuncio en el *BOE* y en el Registro Público Concursal.

El efecto del acuerdo (siempre que no haya sido impugnado, lo que podrán hacer los acreedores que no hayan votado a favor del mismo y sólo por tres causas: falta de concurrencia de las mayorías exigidas; superación de los límites legales de la quita y espera; o desproporción de éstas, aunque respeten los límites) es que el deudor debe cumplirlo en todos sus términos mientras que los acreedores (de créditos incluidos en el acuerdo) no podrán iniciar (ni continuar) ningún procedimiento de ejecución contra el deudor y su patrimonio, quedando las deudas aplazadas y reducidas a tenor de la posible quita y espera acordadas (con los límites temporales y cualitativos indicados).

La labor del mediador concursal ni siquiera concluye entonces, pues a él corresponde supervisar la ejecución y el cumplimiento del acuerdo alcanzado y que él, al fin, propuso. Sólo cuando compruebe que se ha cumplido íntegramente lo hará constar en acta notarial, que habrá de publicarse en el *BOE* y en el Registro Público Concursal. Si se incumpliera el acuerdo, el mediador concursal debe instar el concurso (también se concede esta facultad a los acreedores), ya que el incumplimiento se considera causa de insolvencia, y el juez declararlo.

El concurso que se declara a solicitud del mediador o de los acreedores porque no se ha llegado al acuerdo extrajudicial pretendido o porque, aun habiéndose alcanzado uno, no se ha cumplido (o porque se declare la nulidad de tal acuerdo, tras la correspondiente impugnación), se considera concurso consecutivo. Inmediatamente que se declare este concurso, se abre la fase de liquidación, por lo que ya no podrá haber convenio. El inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos lleva necesariamente al acuerdo o al concurso y, en este último caso, a la fase de liquidación.

4. EL MEDIADOR CONCURSAL Y SU FUNCIÓN

4.1. El mediador concursal como profesional

El mediador concursal es un nuevo profesional, con un nombre o denominación que consideramos inadecuado, que es nombrado, bien es cierto que a petición del deudor, por el registrador o el notario. Este nombramiento recaerá en una persona que figure en una lista de mediadores concursales, que se publicará en el *BOE* (relación que será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio del Interior), persona que deberá ostentar la condición de mediador según la Ley de Mediación. Será, pues, en principio, un mediador especializado, no elegido

por las partes, sino designado por el jurista correspondiente. Conviene recordar, a este propósito, que el Reglamento consagra una sección, la 3.ª, a la inscripción de los mediadores concursales. De este modo, las personas físicas y jurídicas que reúnan los requisitos exigidos en la Ley Concursal para ser administrador concursal, podrán solicitar su inscripción como mediador concursal en el Registro de Mediadores, teniendo el nombramiento el orden secuencial de la lista. De esta forma, sólo quien pueda ser administrador concursal (abogado, economista o titulado mercantil o auditor de cuentas, con determinadas condiciones, antigüedad y preparación o persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas) puede ser mediador concursal, surgiendo un mediador especial diferente, incluso a su propia formación, de los demás mediadores en asuntos civiles y mercantiles. Tras la inscripción, el Registro comunicará a la Agencia estatal del *BOE* los datos del mediador concursal para que lo incorpore al portal correspondiente.

Una vez nombrado, debe aceptar el cargo, facilitando en ese momento una dirección electrónica, y el notario o registrador dará cuenta de la aceptación a los registros públicos de bienes competentes, al Registro Civil y a los demás que corresponda; comunicará igualmente la apertura de negociaciones al juez competente y ordenará su publicación en el «Registro Público Concursal». Mientras que la inscripción del mediador concursal es obligatoria, la del mediador de la LM no lo es. El mediador nombrado puede renunciar libremente al encargo (y volverá a la lista en el último puesto de la misma).

Al no recogerse en la Ley Concursal ninguna prescripción por lo que se refiere al posible régimen de incompatibilidades de los mediadores concursales, habrá que estar a lo que se determina para los expertos independientes, pues el artículo 233.1.3 de la Ley Concursal realiza una remisión (poco justificable) al régimen de éstos, en lo que no se halle expresamente regulado para los mediadores concursales. Puede entenderse que el régimen aplicable a los mediadores concursales en materia de incompatibilidades es el aplicable a los administradores concursales (que pueden llegar a ser, de declararse el concurso) que va a coincidir sustancialmente con el de los mediadores (en la LM): si hay circunstancias que afectan a su imparcialidad (relación personal con las partes), interés directo o indirecto en el resultado, que haya actuado anteriormente a favor de una de las partes), el mediador concursal no debe iniciar (o continuar) la tarea que se le encomiende. Cabe igualmente su recusación.

4.2. La remuneración del mediador

En lo que se refiere a la remuneración del mediador concursal, deberá establecerse conforme a lo establecido para el administrador concursal, señala la LC (disp. adic. 8.ª), y en este sentido, las cantidades económicas derivadas del ejercicio de su función tendrán la consideración de crédito con cargo a la masa, salvo que se trate de una entidad emisora de valores o entidad de crédito 93. Mientras que en la LM y en la mediación general su coste y, por ende, la retribución del mediador se dividirá por

partes iguales entre las partes, los aranceles de los administradores concursales se recogen en el Real Decreto 1.860/2004, de 6 de septiembre, el cual fija los criterios a utilizar en la determinación de la cuantía económica; quedando asegurado el pago de un mínimo remuneratorio para cuando exista una masa insuficiente, siendo decisiva la intervención del juez en este sentido. Por lo que se refiere al mediador concursal, puede entenderse que a él corresponde la fijación de la cuantía de sus honorarios o retribución. Sí queda claro en la LC —de forma además terminante— que, si el mediador concursal fuese designado administrador concursal, no recibirá una nueva retribución (a menos que fuese señalada por el juez existiendo circunstancias excepcionales).

4.3. Responsabilidad del mediador concursal y su aseguramiento

Si el mediador concursal incurriese en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare, al no cumplir fielmente el encargo, deberá indemnizar el daño causado. La LM exige la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil, es obligatorio y alcanzará la misma cobertura que el previsto y exigido para el administrador concursal, quizás como una ampliación de la póliza o de la cobertura. El RD 980/2013 establece que la extinción del seguro es causa de baja en el Registro de Mediadores. Por ello, al ser necesaria para este mediador la inscripción en el Registro, su baja le impediría tener tal consideración. La suma asegurada debe ser proporcional a la entidad del asunto (lo que se desarrollará en una norma reglamentaria que se espera), mientras que para la de los administradores concursales no hay una fijación mínima de estas sumas, aunque se establecen dos escalas en atención al hecho de que el administrador sea persona física o persona jurídica y, en cada caso, según el número de concursos o la importancia o complejidad del concurso. El seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales será, pues, un seguro obligatorio (ampliable con un seguro voluntario) y deberá extenderse a lo largo de toda la tramitación del expediente (e incluso en un plazo posterior al mismo). Así considerado, cabrá la acción directa del tercero contra el asegurador. Dada la necesidad de garantizar la cobertura durante el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, debe haber una comunicación, en lo que se refiere a este seguro de responsabilidad civil, entre los tres sujetos implicados: mediador concursal asegurado (y su asegurador de responsabilidad civil), el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y el registrador o notario que designa (Tapia, 2014: 51).

4.4. El desarrollo de la función del mediador en el acuerdo

Como hemos señalado, la función del mediador concursal se inicia con la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos (para lo que dispone del perentorio plazo de diez días desde que es nombrado) y para convocar a deudor y

acreedores a una reunión (a celebrar en el plazo de dos meses). Si bien desde que se abre el expediente el deudor podrá continuar su actividad laboral, empresarial o profesional, soporta algunos efectos que la dificultan al menos y limitan considerablemente su libertad de actuación (aunque mientras esté negociando el acuerdo, no podrá ser declarado en concurso). Cuando se pueda —y en todo caso con veinte días de antelación— el mediador remite a los acreedores un plan de pagos y un plan de viabilidad que cuenta con el consentimiento del deudor, al que acompaña un plan de viabilidad de créditos y préstamos y propuesta o solicitud de aplazamiento de créditos públicos, pero que ha preparado él, yendo mucho más allá de su mera función mediadora. Durante este tiempo, y en esta fase del trámite, el mediador inicia la negociación con una doble tarea: la personal y propia de comprobación de la lista y cuantía de los créditos que figuran en la lista que presentó el deudor, para lo que necesitará entrar en contacto fluido con éste seguramente, y, en una función ciertamente técnica y comprometida, la elaboración del plan de pagos y viabilidad (que a él corresponde), que podrá convertirse en el acuerdo extrajudicial de pagos. En esta fase, deberá igualmente acordar con el deudor o convencerle de la bondad de su plan para que éste muestre su acuerdo con el mismo y lo acepte. En este sentido, puede decirse rotundamente que el mediador prepara el acuerdo y hace una propuesta a las partes para que lo acepten y se sometan a él.

El mediador concursal, después, inicia una serie de contactos con los acreedores, a los que remite (y propone) el plan de pagos y de viabilidad, y recibe de éstos, en su caso, la aprobación, la denegación (que podrá intentar evitar) o la contrapropuesta que valorará. El plan de pagos y de viabilidad, elaborado de modo conjunto, podría tener el siguiente contenido y esquema (Aznar Giner, 2014: 84): antecedentes; estructura financiera de la parte deudora, con detalle de sus activos —bienes y derechos—; puntos débiles y fuertes que a su juicio se dan en el deudor y en su actividad, y que habrán de ser tenidos en cuenta para la elaboración concreta de propuestas; plan de negocio y medidas a adoptar para su desarrollo y éxito; previsión de los ingresos y los gastos que habrán de darse durante el período del plan, y flujos de tesorería que se generarán; propuesta de negociación de créditos y préstamos, y plan de pagos, en el que se concretará la deuda sobre la que se negocia, sus condiciones, sus posibles quitas y esperas y las nuevas obligaciones que surgen con motivo del mismo. Un último apartado será de conclusiones, cuyo objetivo será justificar el plan y persuadir de su aprobación mediante el alcance del acuerdo. Podrá acompañarse a este documento otros complementarios (como balances, informes, etc.).

Continúa de este modo una fase de negociación que puede llevarle (y ése ha de ser su objetivo) a poder proponer el plan que, en algún momento, puede considerarse definitivo. Se le encomiendan también unas tareas administrativas como son la elección del lugar de celebración de una reunión entre deudor y acreedores, fijación del día y la hora de la misma, envío de la documentación pertinente y, finalmente, presidencia y dirección de la misma, a pesar del silencio legal. El desarrollo de la reunión no está sometido a regla alguna, con lo que el papel y decisión del mediador

adquiere singular interés. No ha de caber duda que, cumpliendo su función de mediar, intentará que se alcance el acuerdo (el propuesto) y, en todo caso, un acuerdo. A él corresponde desplegar toda la necesaria actividad negociadora —mediadora— para alcanzar el objetivo, y por ello, los caracteres y habilidades que se reclaman para un mediador se reiteran en el caso del mediador concursal, que, posiblemente, con su mera preparación técnica profesional no le baste para su misión: debe actuar, sobre todo, como mediador, aunque sea un mediador especializado.

Si, cumplidos los requisitos legales, se acepta el acuerdo, se eleva a escritura pública, lo que corresponderá también hacer al mediador concursal (que a sus funciones de presidente de la reunión añade las de secretario de la misma), y el notario o registrador —que han permanecido ajenos por completo al trámite, desde el momento del nombramiento y aceptación del cargo— comunicará el cierre al juez (con publicación posterior en el *BOE* y en el Registro Público Concursal). Todo el trámite ha sido extrajudicial, pero tampoco se ha llevado a cabo en la esfera de actuación de notarios ni registradores, sino exclusivamente en la del mediador concursal. Si no se acepta el acuerdo propuesto y sigue siendo insolvente el deudor, entra de nuevo en juego el mediador concursal al que corresponde la solicitud de declaración del concurso (consecutivo), al haber fracasado la mediación. Pero si el acuerdo se alcanzó, de nuevo otra función, ajena en principio a las propias de un mediador, se encarga al mediador concursal, pues a él corresponde supervisar el cumplimiento del acuerdo en su integridad (y cuando llega ese momento lo hace constar en actas y lo hace público a través del *BOE* y del RPC); pero si considera que se ha incumplido, insta el concurso, llamado consecutivo, que se abre en la fase de liquidación. En ese momento el mediador concursal deja de tener tal condición que, como hemos visto, es singular y con mucho más contenido (con exceso de contenido) de la de un simple mediador, y se convierte en administrador concursal. Creemos que su naturaleza se acerca mucho más a esta condición, y de igual modo que se ha hablado de una mediación preconcursal, expresión que es más adecuada para la realidad que representa, podría hablarse igualmente de un administrador preconcursal o de un administrador del deudor específico para el procedimiento de «acuerdo extrajudicial de pagos» más que de un mediador.

5. CONSIDERACIÓN CRÍTICA SOBRE LA MEDIACIÓN CONCURSAL

El mediador concursal realiza su actividad fuera del Juzgado (sólo se dirige al mismo para solicitar el concurso), pero a partir del momento en que se declare el concurso (consecutivo) será designado, como regla general, administrador concursal y, efectivamente, su responsabilidad civil, sus obligaciones legales, sus derechos económicos y su necesaria cobertura aseguradora habrán de quedar sujetos a las previsiones recogidas en la LC (arts. 26 a 39). Si la preparación necesaria de un mediador incluye técnicas de negociación, tal preparación habrán de alcanzar a partir de ahora quienes sean administradores concursales (pues, además, será de su relación

de donde se provean los primeros nombramientos de mediadores de esta clase).

La nueva figura del mediador concursal, que cumple una función primordial, la de hacer una propuesta de pagos e intentar que la junta de acreedores la apruebe, queda por completo desdibujada de lo que ha de ser un auténtico mediador, al desaparecer los caracteres de neutralidad y de imparcialidad e incluso los de secreto, si es nombrado después administrador concursal. Realmente es muy difícil compaginar (y entender) su doble función como mediador durante un plazo de tiempo y como administrador durante otro. En todo caso, su tarea como mediador es previa al concurso, pues declarado éste cesa en su función como tal, sea o no nombrado administrador concursal. Ese carácter poco definido aún se complica más cuando el artículo 233.1 LC somete al mediador concursal, en lo no previsto en la misma, como se ha señalado, «a lo dispuesto en materia de expertos independientes», sin remitirse a la LM o a la propia LC en materia de nombramiento de administradores concursales, y vuelve a ayudarse a confundir las funciones y la propia actividad de mediadores, negociadores, conciliadores (y administradores). El profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia, en el nuevo acuerdo extrajudicial (llamado «negociador» en el Preámbulo de la LE) es el nuevo «mediador concursal»; su función, a nuestro juicio, no es la del auténtico mediador, por lo que, independientemente de su nombre legal, entendemos que lo que realmente no existe es una auténtica «mediación concursal» (expresión esta que, sin embargo, no se utiliza por la norma), que en todo caso sería pre-concursal; hay *mediador* pero no mediación.

Y a pesar del *nomen iuris* que se concede a esta figura, mediador concursal, consideramos que, en el interesante, útil, atractivo y sencillo expediente del acuerdo, cuya gestión se encomienda a un profesional en cierto modo cualificado, faltan las notas que, con carácter general, deben predicarse para la mediación:

— La *mediación* concursal no es buscada y propiciada por la voluntad de ambas partes negociadoras, sino que depende exclusivamente de una, del deudor, que solicita que se inicie el trámite. Nombrado el administrador concursal, los deudores no son libres de participar o no en el proceso. Naturalmente podrán rechazar el acuerdo, pero deberán intervenir en el mismo, aceptando o desestimando la propuesta que reciban, sin que quepa renunciar, como es propio de este mecanismo. Pudiera decirse que la *mediación* concursal es forzosa, obligada para los acreedores. No se debe, realmente, al ejercicio por las partes de su autonomía de voluntad, ni es voluntaria completamente.

— Como se ha dicho, la obligación de confidencialidad, de secreto incluso, por parte del mediador, no se garantiza —ni siquiera se exige— en el caso de la mediación concursal, aunque sólo sea (hay más argumentos) por el hecho de que éste podrá convertirse en un administrador concursal (órgano técnico del concurso), cuyas funciones son diferentes a las del mediador.

— La imparcialidad y neutralidad de los mediadores queda condicionada en esta ocasión por la diferente naturaleza de los créditos y, por ende, de los acreedores.

Según la clase de éstos, quedarán sometidos o no al procedimiento de mediación. Si bien el mediador concursal procurará mantener en todo momento la necesaria imparcialidad, siempre pesará sobre su actuación la certeza de que hay otros créditos y otros acreedores, del mismo deudor, con un régimen diferente para el saldo de los créditos o el cumplimiento de pago de las deudas.

— Quizás la más evidente diferenciación del mediador y del mediador concursal sea que al negociador (LM) se le considera como alguien que acerca, anima, impulsa al acuerdo, pero sin intervenir directamente ni en la elaboración del mismo, ni en su formulación, ni en su propuesta. Mientras tanto, el mediador concursal es, simplemente, el autor del plan de pagos y de viabilidad, el proponente del acuerdo concreto con la misión encomendada por la ley de que haga todo lo posible por llegarse a un acuerdo, preferiblemente el suyo. Quizás sea, por ello, por lo que se le exige una formación más rigurosa y exigente que al mediador ordinario, por lo que también se diferencia en esa especialización o formación y titulación específica de aquél.

6. BIBLIOGRAFÍA

Además de la Bibliografía general:

AGÜERO ORTIZ, A.: «El mediador concursal como administrador extraconcursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley*, n.º 20, Sección varia, segundo semestre 2013.

AZNAR GINER, E.: *Mediación concursal. Los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BERGES ANGÓS, I.: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.214, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2013, año XXXIV.

CABANAS TREJO, R.: «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.285, Sección Doctrina, 3 de abril de 2014, año XXXV.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E.: «El papel de la mediación como medio de resolución de conflictos intrasocietarios en la empresa familiar», *Consejo Consultivo para la pequeña y mediana empresa*, http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=88.

GUMES CHALÉ, A.: «La incorporación en España del instituto de la mediación concursal», *Foro Jurídico Iberoamericano*, http://issuu.com/forjib/docs/forjib_noviembre2013, año 1, n.º 10, noviembre 2013.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.225, Sección Doctrina, 9 de enero de 2014, año XXXV.

ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: «La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.111, Sección Tribuna, 24 de junio de 2013, año XXXIV, Ref. D-239.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: «Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

— «El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la *Ley de mediación* y en el *Reglamento* que la desarrolla», *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 11, 2014, Montevideo, Uruguay.

PRATS ALBENTOSA, L.: «La mediación (pre)-concursal», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.264, Sección Tribuna, 5 de marzo de 2014, año XXXV.

PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago y ley de emprendedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley*, n.º 20, Sección Estudios, segundo semestre de 2013.

— «Satisfacción de acreedores y reestructuración de empresas en tiempos de crisis», *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 41, 2012.

PULGAR EZQUERRA, P.: *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.: «El derecho concursal y la caracterización general del

procedimiento concursal», *Derecho mercantil*, vol. 10, *Derecho Concursal* (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 27-58.

— «El Derecho preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia judicial», *Derecho mercantil*, vol. 10, *Derecho Concursal* (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 59-96.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.: «Carencias de nuestro sistema concursal y soluciones que no lo son», *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 49, 2013.

SAN CRISTÓBAL REALES, S.: «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013), pp. 39-62.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 8.230, Sección Tribuna, 16 de enero de 2014, año XXXV.

SENÉS MOTILLA, C. y CONDE FUENTES, J.: «Implicaciones procesales de la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre), *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 32, 2014.

TAPIA HERMIDA, A. J.: «El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 21, La Ley, 2014, pp. 41-52.

VVAA: «Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la Reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales, 11 de octubre de 2013», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley*, n.º 20, Sección Documentos e Informes, julio-diciembre 2013.

PARTE CUARTA

LA MEDIACIÓN SOCIAL

CAPÍTULO XVIII

LA MEDIACIÓN APLICADA AL ÁMBITO EDUCATIVO

ANTONIO M. LOZANO MARTÍN
Profesor de Sociología
Director Máster en Mediación
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MEDIACIÓN COMO PROCESO PARA LA MEJORA DE LA CONVIVENCIA EN LOS CENTROS EDUCATIVOS. 2.1. *Objetivos de la mediación educativa: prevención y educación*. 2.1.1. El carácter preventivo de la mediación. 2.1.2. El carácter educativo de la mediación. 3. FUNCIONES DEL MEDIADOR: FORMACIÓN, ASESORAMIENTO E INTERVENCIÓN. 3.1. *Ayudantes de mediación: Profesorado, alumnado y familias.* 4. LAS AULAS DE CONVIVENCIA COMO ESPACIO PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS Y MEJORA DE LA CONVIVENCIA. 4.1. *¿Cómo funciona el aula de convivencia?* 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos están presentes en cualquier tipo de organización social donde los individuos tienen que interactuar unos con otros. Por ello, dentro del sistema educativo existen los conflictos. Existen conflictos entre el alumnado, entre el profesorado, entre el alumnado y el profesorado, entre las familias y la escuela; en definitiva, existen conflictos entre cualquier miembro de la comunidad educativa, cada uno de una naturaleza y con una intensidad diferentes, pero que por separado o todos juntos perturban el normal desarrollo de la convivencia dentro de los centros educativos. Los conflictos, bien por nuestro aprendizaje, bien por nuestra interacción con ellos, o bien por las experiencias que tenemos del pasado son percibidos como algo negativo que hemos de eliminar porque nos destruye tanto a nosotros mismos como en nuestras relaciones con los demás. Nosotros, no obstante, nos hemos adherido a la doctrina que piensa que los conflictos no tienen por qué ser negativos, sino que dependen de la manera en que seamos capaces de afrontarlos, y, desde luego, son una magnífica oportunidad para el crecimiento moral basado en el autoconocimiento personal y para el aprendizaje de nuevas formas de afrontar las relaciones interpersonales basadas en el reconocimiento y el respeto hacia el otro.

Es desde este punto de vista, es decir, desde el aprendizaje de valores democráticos y de relaciones sociales basadas en una cultura de paz y de orientación positiva hacia los conflictos, desde el que consideramos que aplicar los procesos de mediación formal, en el ámbito educativo, mejora la convivencia en los centros educativos, tanto por su carácter preventivo como por su carácter educativo.

Con esto no queremos decir que la mediación sea la panacea que nos va a solucionar todos los problemas de convivencia en los centros educativos ni que sea el único método válido para la resolución de los mismos, pero sí entendemos que los procesos de mediación se complementan con la finalidad educativa que tiene la escuela, ya que éstos en este ámbito deben de tener como finalidad última la de educar y socializar a los individuos que forman parte del mismo.

Podríamos decir que en las escuelas coexisten tres ámbitos (Fernández, 2009): el ámbito cognitivo, es decir, la transmisión de conocimientos y el aprendizaje de las distintas materias curriculares, el ámbito psicológico y el ámbito social. El primero de ellos es claramente reconocible a través de las calificaciones de los alumnos; el segundo ámbito, el psicológico, suele estar conectado con el primero, ya que trata de medir la inteligencia, la memoria o la aptitudes abstractas o verbales del alumnado olvidando, en la mayoría de las ocasiones, todo aquello que está relacionado con la psicología emocional de los individuos, sentimientos, percepciones, etc., siendo éstas de vital importancia para el desarrollo de las personas; el tercer ámbito al que nos hemos referido anteriormente, el ámbito social, se intuye que está presente pero no aparece de una manera explícita, todo lo más, los aprendizajes sociales o de convivencia quedan reducidos a una serie de normas y sanciones que regulan las interacciones entre los individuos que forman parte de la comunidad educativa, en lo que Torrego (2006) llama «modelo punitivo de convivencia».

Nosotros entendemos que los procesos de mediación dentro del sistema educativo vendrían a complementar la formación de los individuos en las carencias socio-afectivas que presenta dicho sistema. Esto es lo que vamos a tratar de exponer en las siguientes páginas.

2. LA MEDIACIÓN COMO PROCESO PARA LA MEJORA DE LA CONVIVENCIA EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

En el capítulo que hemos dedicado a la mediación dimos la siguiente definición de la misma (Lozano y Becerril, 2011):

> Mediación es un proceso de comunicación, a partir del cual, dos o más partes en conflicto pueden gestionar sus diferencias con la ayuda de un tercero imparcial, siendo, dichas partes, las únicas responsables de establecer aquellos acuerdos que satisfagan sus necesidades e intereses, que recomponga la comunicación y que les permita transformar su relación a partir de la gestión positiva del conflicto, siendo ésta un modelo a tener en cuenta en los conflictos que en el futuro puedan plantearse.

En esta definición, aunque es de carácter general, se expresa lo que para nosotros representan los procesos de mediación: encontramos los conceptos claves que entendemos que son de aplicación de esta metodología en el ámbito de la educación:

1. «Gestionar las diferencias» no se trata únicamente de resolver los conflictos que puedan aparecer aquí y ahora, sino que cuando dos o más miembros de la comunidad educativa tienen un conflicto, el entrar en un proceso de mediación les va a permitir

aprender a afrontar el conflicto, es decir, a gestionarlo bajo la fórmula ganar-ganar, lo que significa modificar la actitud de las partes ante el conflicto en sí y la visión que tienen de sí mismas.

2. «Únicas responsables»; es sobre las partes en conflicto sobre las que recae la responsabilidad última de la resolución del mismo. Por tanto, las partes aprenden estrategias de resolución de conflictos que deben poner en práctica. Se parte de la base de que las partes deben ser los auténticos protagonistas de sus propios conflictos, es decir, se «enseña a los alumnos a ser responsables de sus actos y a resolver sus propios conflictos» (Maeso/Monjo/Villanueva, 2003). Esto supone un cambio de enfoque importante dentro del ámbito de la educación, donde la solución a los problemas de convivencia suele siempre venir dada o impuesta por un tercero que es quien dictamina a través de sanciones o correcciones previamente establecidas, la mayoría de las veces, la forma en que el conflicto debe quedar supuestamente resuelto.

3. «Recomponer la comunicación»; muchos de los conflictos que se producen son debidos a una forma incorrecta de comunicación entre las personas. En los procesos de mediación se enseña y aprende a expresar los sentimientos y necesidades propias de una manera eficaz, de modo que podamos hacernos entender por los demás a la vez que nosotros seamos capaces de entender y comprender también a los demás. Esto permite evitar que se produzcan malentendidos y rumores, que suelen ser conflictos muy frecuentes en el ámbito educativo, así como conseguir que las relaciones entre todos sean más fluidas. Una buena comunicación está en la base de la colaboración entre las partes para poder buscar soluciones satisfactorias para ambos y también para establecer relaciones sociales eficaces.

4. «Transformar su relación»; no podemos olvidar que, sobre todo, profesorado y alumnado pasan bastante tiempo de las horas del día interactuando entre ellos. De ahí que una buena relación entre ellos sea imprescindible para el normal funcionamiento de las tareas del centro. Los procesos de mediación pretenden transformar las percepciones negativas acerca del conflicto en puntos de partida para el entendimiento y comprensión entre las partes, de modo que puedan, a su vez, transformar su relación en la medida en que ellos dispongan, aunque, como mínimo, teniendo en cuenta que han de convivir juntos durante un período de tiempo relativamente extenso, dentro unos parámetros de educación y respeto que les permita relacionarse sin dificultades. Nosotros entendemos que los procesos de mediación en el ámbito educativo tienen, por su carácter educativo, el objetivo de transformar las conductas negativas en conductas positivas, de transformar a través del aprendizaje las relaciones entre los individuos con el fin de conseguir una sociedad más igualitaria y más justa.

5. «Modelo a tener en cuenta en el futuro»; la mediación no sólo pretende resolver los conflictos que se presenten en el aquí y ahora, algo que es de gran importancia para la mejora de la convivencia a corto plazo y para evitar que los conflictos puedan escalar dando como resultado conflictos más graves, ya que la mirada en mediación va más allá; se trata de crear modelos de conducta, a la hora de afrontar los conflictos

que puedan plantearse, de manera que dos individuos que han resuelto sus problemas a través de un proceso de mediación puedan interiorizar de forma consciente y natural esta metodología para aplicarla y poder resolver los conflictos que puedan planteárseles en el futuro.

En resumen, podríamos decir, siguiendo a Munné y Mac-Cragh (2006), que los procesos de mediación en el ámbito educativo se caracterizan por ser un proceso educativo, voluntario, confidencial, colaborativo y con poder decisorio para las partes.

Cuando hablamos de mediación no estamos hablando de mediación informal (Bercovitch, 1991), sino de la mediación como un proceso formal y estructurado, con unos objetivos y fines previos, dentro de unos espacios y tiempos donde llevarla a cabo y con el conocimiento de la comunidad educativa de que esto se está haciendo. Por otro lado, entendemos que los conflictos se pueden producir entre cualquier miembro de la comunidad educativa, profesorado-profesorado, alumnado-alumnado, profesorado-alumnado, familia-escuela, etc., por lo que los procesos de mediación pueden y deben ser aplicados para cualquier conflicto entre cualquiera de los miembros de dicha comunidad.

2.1. Objetivos de la mediación educativa: prevención y educación

En el capítulo que hemos dedicado a la mediación en términos generales hemos establecido como objetivos de la misma el facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, crear un espacio en el que no exista coacción con el fin de facilitar un equilibrio de poder entre las mismas y el posibilitar que se puedan llegar a acuerdos del tipo «gana-gana». A estos objetivos se le pueden añadir los que se desprenden de la definición de mediación que nosotros hemos dado y ya apuntados anteriormente, a saber, que la responsabilidad de la resolución del conflicto recaiga directamente sobre las partes, que éstas puedan transformar su relación desde la óptica de una visión positiva de los conflictos y que la mediación sea un modelo a tener en cuenta de cara al futuro.

Boqué (2005) establece los siguientes objetivos para la mediación en el ámbito educativo:

> — Reconocer los conflictos como parte natural de la vida y como fuente de aprendizaje.
> — Adquirir capacidades dialógicas para comunicarse abiertamente y efectivamente.
> — Saber conocer y expresar las propias emociones y sentimientos, fomentando la revalorización de uno mismo y de los demás.
> — Desarrollar actividades de pensamiento reflexivo, creativo y crítico como herramientas de anticipación, solución y opción personal frente al conflicto.
> — Participar activamente y con responsabilidad en la construcción de la cultura del diálogo, de la no-violencia activa y de la paz transformando el propio contexto.
> — Contribuir al desarrollo de un entorno social equitativo, pacífico y cohesionado.
> — El encuentro interpersonal para la elaboración de los propios conflictos y la búsqueda de vías constructivas de consenso.

Todos éstos podríamos decir que son los objetivos específicos que pretenderíamos

conseguir con los procesos de mediación dentro del ámbito educativo. No obstante, nosotros destacaríamos dos objetivos de carácter general que se encontrarían por encima de todos ellos y que son el carácter preventivo que tiene la mediación como proceso a la hora de afrontar los conflictos, y teniendo en cuenta que nos encontramos en un entorno donde no podemos perder de vista que educar debe ser la finalidad última de todas las actividades que llevemos a cabo, el carácter educativo que tiene la mediación, de manera general para todos los miembros de la comunidad educativa en su conjunto y de forma más específica para los jóvenes adolescentes que engrosan el alumnado de un centro.

2.1.1. El carácter preventivo de la mediación

Hablar de prevención de los conflictos no debe confundirse con evitación o negación de los mismos. Como hemos visto, los conflictos son consustanciales a la propia interacción en las relaciones humanas y no tienen por qué entenderse de un modo negativo, sino, antes al contrario, como una oportunidad de crecimiento personal. Por tanto, prevenir los conflictos no es sinónimo de eliminar los conflictos, sino de gestionar y afrontar los conflictos de manera adecuada. Todas aquellas personas de la comunidad escolar que diriman sus diferencias a través de un proceso de mediación aprenderán a resolver a través de las propuestas de esta metodología basada en el diálogo sus conflictos futuros, convirtiéndose en un modelo a seguir tanto para ellas mismas como para el resto de personas que componen la comunidad escolar.

Para Boqué (2005) la mediación, desde la óptica de la prevención, conforma una instancia de escucha que respeta la intimidad de las personas, contempla sus puntos de vista y sus sentimientos, impulsa la toma de conciencia y permite detener la escalada del conflicto y reconducirlo. Y en este mismo sentido añade:

> La mediación abre una vía paralela de regulación de los conflictos que enfatiza la posibilidad de decidir por uno mismo cómo se quiere encarar el conflicto y qué compromisos se aceptan con vistas a la transformación futura de la situación. El hecho de tomar parte en un proceso de mediación formal acalla rumores, deshace malentendidos, promueve la comunicación cara a cara y genera, también, aprendizajes encaminados a superar el temor al conflicto y a aumentar la confianza en las capacidades para protagonizar la propia vida. Este fortalecimiento humano revierte indirectamente, si se quiere, en el trabajo académico, que se ve favorecido por un progresivo reconocimiento y revalorización de la persona que armoniza el contexto de enseñanza-aprendizaje (Boqué, 2005: 43).

2.1.2. El carácter educativo de la mediación

El punto del que hemos de partir es el ámbito en el que nos encontramos, y, por lo tanto, todas las actuaciones y actividades que llevemos a cabo tienen que tener como finalidad última el educar. La mediación encaja perfectamente dentro de esta consideración por su marcado carácter educativo y de aprendizaje. Si retomamos los análisis de Torrego (2006) que definen la mediación con las características de la reparación, la reconciliación y la solución de los conflictos, podemos tener una buena primera aproximación a su carácter educativo.

La *reparación* está relacionada con la asunción de responsabilidades por parte de

los individuos cuyas conductas son contrarias a una convivencia pacífica. Toda conducta deriva en unas consecuencias que deben ser asumidas; por lo tanto, estamos educando en la adquisición de comportamientos y actitudes responsables. A través de los procesos de mediación las personas pueden ver más allá de los actos en sí para comprender las consecuencias que se derivan de los mismos y las repercusiones que pueden tener sobre los demás. De ahí que sea un modelo no para eludir la responsabilidad de nuestros actos, sino, antes al contrario, para tomar conciencia de nuestras conductas y asumir las consecuencias.

La *reconciliación* es el segundo de los elementos propuestos por Torrego (2006). Los centros educativos son el contexto ideal donde se produce la socialización secundaria de los individuos. Es el lugar donde se aprende a interactuar relacionándose con los demás. Por tanto, en los procesos de mediación se facilita el aprendizaje por parte de los individuos de una socialización adecuada, ofreciéndole a los mismos la posibilidad de transformar su forma de relacionarse, de establecer criterios y acuerdos que les permitan una convivencia pacífica de cara al futuro.

Por último, la *resolución* de conflictos permite a los individuos no sólo la resolución del conflicto con el fin de que éste no quede en un estado latente que pueda resurgir en el futuro con más violencia, sino que permite el aprendizaje de estrategias de afrontamiento de los conflictos que más adelante puedan aparecer, fomenta la colaboración entre las partes para la solución efectiva de sus diferencias ya que la responsabilidad última recae sobre las partes.

No cabe duda del valor educativo que tiene la mediación, que como hemos visto propicia, facilita y fomenta la adquisición de aprendizajes como la responsabilidad, la relación con los demás y la colaboración, así como estrategias de afrontamiento ante las adversidades, aprendizajes todos ellos que quedan fuera de los currículos, y que de su interiorización por parte de los miembros de la comunidad educativa, y especialmente de los jóvenes, se desprende una mejora en la calidad de la convivencia en los centros educativos.

Pero además de estos aprendizajes, los procesos de mediación enseñan también habilidades básicas sociales y de comunicación imprescindibles para la vida no sólo académica sino cotidiana de cualquier persona. Entre éstas podemos encontrar algunas de las que ya han sido tratadas en capítulos anteriores como son *la escucha activa* (se trata de comunicar que se está centrado, atento e interesado en lo que el otro está exponiendo); *la empatía* (de gran valor en los procesos educativos, ya que permite el reconocimiento del otro, de sus valores, de su cultura, de sus opiniones, etc.; *la asertividad* (que nos permite en el curso de una interacción social defender ideas, sentimientos, actitudes… sin experimentar culpa o ansiedad y siendo respetuosos con los demás); *reconocer y expresar sentimientos* (lo que nos permite conocernos mejor); *la autoestima* (lo que permite un enfoque correcto de la realidad social previniendo la aparición de conflictos y mejorando la convivencia del grupo).

Podemos ver que los procesos de mediación para la gestión y resolución de conflictos, en particular, y que la mejora de la convivencia, en general, tienen un alto valor educativo cuya finalidad no es la de formar mejores académicos sino formar

mejores ciudadanos que puedan enfrentarse a las vicisitudes que se les planteen en el futuro con éxito, con espíritu crítico y con las herramientas y habilidades necesarias que no aparecen en los currículos académicos. Estamos hablando, pues, del cultivo de la inteligencia emocional, término acuñado por Daniel Goleman (1999: 430) para referirse a la «capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos, los sentimientos de los demás, motivarnos y manejar adecuadamente las relaciones que sostenemos con los demás y con nosotros mismos». Se trata, por tanto, de una serie de habilidades diferentes de lo que podríamos llamar inteligencia académica o capacidades cognitivas.

3. FUNCIONES DEL MEDIADOR: FORMACIÓN, ASESORAMIENTO E INTERVENCIÓN

Nuestra propuesta es que los mediadores en los centros educativos deben ser mediadores profesionales externos a los propios centros con el fin de garantizar los principios y objetivos de los procesos de mediación y evitar que se desvirtúen derivando en otro tipo de procedimientos o simulacros que en poco o nada tienen que ver con lo que es la mediación.

Como indica Munné y Mac-Cragh (2006: 23):

> Para ser mediador no basta con tener buena voluntad y ser respetado por las partes. El mediador escolar debe conocer el proceso de mediación, saber actuar basándose en la actitud de imparcialidad ante las partes, con independencia del resultado y de acuerdo con el conocimiento de sus técnicas y habilidades.

Las funciones de un mediador en los centros educativos no deberían, a nuestro entender, circunscribirse únicamente a la intervención directa en los procesos de mediación que pudieran llevarse a cabo en los centros. Las funciones de un mediador escolar pueden y deben ampliarse. Desde nuestro punto de vista, dichas funciones son tres: formación, asesoramiento e intervención.

Formación: La formación que la comunidad educativa de un centro educativo debería recibir en materia de convivencia, gestión y resolución de conflictos y mediación no tiene por qué ir dirigida únicamente a la formación de mediadores en dicha comunidad educativa. Antes al contrario, al margen de que puedan crearse equipos de mediación con participación del profesorado, el alumnado y las familias, el objetivo prioritario que debe perseguir esta formación en gestión de conflictos y mediación es la prevención de conflictos y la mejora de la convivencia en general en los centros.

La formación en estas materias para el profesorado se hace a través de los cursos que proponen los Centros de Formación del Profesorado (CEP), cursos que no suelen pasar de treinta horas y que tienen un fuerte componente teórico. Con este tipo de curso hay quienes piensan que ya son mediadores. En el caso del alumnado su formación en estas materias se reduce a algún curso de pocas horas impartido por

organizaciones del tipo Institutos de la Juventud, en el marco de otras actividades como cursos sobre prevención de drogas, sexualidad, etc., y en el caso de las familias es meramente testimonial cuando no nula.

En este contexto, entendemos que la presencia de un mediador profesional experto en gestión y resolución de conflictos y experto en mediación da una dimensión totalmente distinta a la formación que pueden adquirir los miembros de la comunidad educativa, ya que ésta además de poder ser permanente y eminentemente práctica, puede llevarse a cabo dentro del propio centro y atendiendo a las necesidades específicas de la naturaleza del centro y de los miembros que la componen.

La formación debe ir encaminada a dotar a los miembros de la comunidad educativa de herramientas para la gestión de los conflictos y estrategias para su afrontamiento positivo, el aprendizaje de habilidades sociales y comunicativas para su puesta en práctica en las propias aulas y en el desarrollo normal de la vida del centro, y el aprendizaje de las estrategias, técnicas y habilidades que se utilizan en los procesos de mediación.

Insistimos en que esta formación no tiene por qué tener como objetivo la formación de mediadores; así, cuando un médico va a un centro a impartir un curso sobre hábitos de vida saludables o sobre primeros auxilios, el objetivo es que los participantes en ese curso adquieran y tomen conciencia de esos hábitos o sepan curar una herida y que los pongan en práctica, no se nos ocurriría pretender que los asistentes se convirtieran en médicos y hagan una traqueotomía. Pues bien, salvando las diferencias, en el caso de la formación en mediación es similar; lo que pretendemos, en un primer momento, es que los miembros de la comunidad educativa adquieran e interioricen herramientas y estrategias que les permitan afrontar los conflictos de una manera positiva, de modo que la relación entre ellos sea también positiva y por tanto mejore la convivencia.

Asesoramiento: La segunda de las funciones que puede llevar a cabo un mediador profesional es el asesoramiento en convivencia a los equipos directivos, equipos de orientación, equipos pedagógicos, tutores/as, asociaciones de madres y padres (amapa), y a cualquier miembro de la comunidad educativa que en cualquier momento pueda necesitar del asesoramiento del mediador.

Entendemos que el mediador debe formar parte de la comisión de convivencia de los centros educativos porque su asesoramiento en este órgano colegiado puede ser de gran valor, ya que puede orientar sobre qué conflictos son mediables y cuáles no, qué estrategias sobre resolución de conflictos se pueden poner en práctica en cada momento en función del conflicto al que nos enfrentemos y también puede asesorar sobre qué medidas se pueden adoptar en el caso de que un conflicto no sea mediable.

En última instancia, la presencia de un mediador en la comisión de convivencia puede darle una dimensión diferente, de manera que se pueda convertir en un órgano desde donde emanen propuestas realistas para la mejora de la convivencia en el centro y no sólo una comisión sancionadora.

Intervención: Por último, la función de un mediador es intervenir directamente

sobre los conflictos de los centros como experto en su gestión y a través de los procesos de mediación que se puedan plantear en los centros. La intervención de un mediador profesional garantiza que los objetivos educativos que tiene la mediación en este ámbito, que ya hemos visto, y los principios básicos se cumplan. La imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, principios claves de los procesos de mediación, en referencia a la figura del mediador, están garantizados no sólo porque esto sea así, podría argumentarse que también otro miembro de la comunidad educativa que actuara como mediador podría garantizarlos, sino por la percepción que las partes tendrían de él.

No podemos estar más en desacuerdo con algunas afirmaciones como las de Rabasa (2005: 58):

> Ante esta disparidad de opiniones se impone precisar quiénes, a nuestro juicio, deben desempeñar esta delicada tarea (la de ser mediador). Y ante esto, y en consonancia con las características inherentes al proceso de mediación, queremos manifestar nuestro convencimiento de que los mediadores escolares deben ser en todo caso profesores del centro donde se desarrolle el proyecto de mediación.
>
> Los mediadores ejercen una función compleja que requiere un ascendente moral y un amplio grado de empatía con las partes que se encuentran en situación de conflicto. El mediador propicia cauces de diálogo creando un entorno seguro emocionalmente donde las partes pueden expresar con honestidad sus pensamientos y sentimientos. Por todo esto, pensamos que hay que reivindicar, sin ningún tipo de complejos, que los mediadores sean exclusivamente los profesores del centro, que debidamente formados quieran asumir estas funciones.

Entendemos que ser mediador no es una cuestión de no tener complejos ni de hacer dejación de funciones por parte del profesorado, es mucho más que eso. Precisamente la argumentación que esgrime Rabasa es la que nos lleva a establecer que la figura del mediador debe ser la de un profesional externo a los centros educativos. ¿Qué pasaría si ningún profesor quiere asumir estas funciones?, puede que haya centros donde el profesorado no quiera asumir las funciones de mediador por múltiples motivos, ¿en ese centro no se llevarían a cabo procesos de mediación? En el caso de un conflicto entre un alumno/a profesor/a, ¿estamos seguros de que el alumno/a se encontrará en un entorno seguro emocionalmente? No creemos que en las interrelaciones que se producen entre los miembros de la comunidad educativa sea fácil para los mismos poder diferenciar con claridad el rol de profesor del rol de mediador; además, si la función de los mediadores requiere de un ascendente moral como afirma Rabasa, jamás podríamos llevar a cabo el equilibrio de poder entre las partes, ya que una parte, el mediador, que no podemos olvidar que también forma parte del proceso, adoptaría un rol participativo que no le corresponde.

Esta cuestión también está planteada en otros ámbitos como es el caso de la mediación familiar, donde un mediador que a su vez sea abogado debe decidir de antemano si actuará como mediador o abogado. La diferencia estriba en que el vínculo entre el mediador y el cliente es prácticamente nulo, mientras que los vínculos de relaciones personales que se crean en los centros educativos son estrechos al tener que convivir juntos y en donde existen jerarquías y relaciones de poder que no podemos ni debemos obviar.

3.1. Ayudantes en mediación: profesorado, alumnado y familias

El término de ayudante en mediación dentro del ámbito educativo se utiliza de forma generalizada aplicándolo a los alumnos, «alumnos ayudantes en mediación». Con ello lo que se pretende es formar a un grupo de alumnos en habilidades sociales y comunicativas y en técnicas de mediación con el fin de que actúen como mediadores en los conflictos que puedan surgir entre el propio alumnado.

Como ya hemos venido argumentando, entendemos que, si bien es necesaria dicha formación, y no sólo para un grupo reducido de alumnos sino para todos, ésta no tiene por qué ir dirigida necesariamente para que actúen, al menos en un primer momento, como mediadores. La creación de un amplio equipo de alumnos ayudantes debe ir más allá de la mera participación como mediadores en procesos formales de mediación; las funciones que deben adoptar estos ayudantes son directas en la mejora de la convivencia en el día a día de los centros.

Para Fernández (2007: 167):

> Los sistemas de ayuda entre alumnos facilitan el desarrollo de la generosidad, de la prosocialidad, de la tolerancia y la solidaridad con los otros y con sus circunstancias. Se basan en relaciones de amistad-ayuda de diversa índole. Sus objetivos son (Cowie, 1995):
>
> — Promover el desarrollo personal de los ayudantes.
> — Utilizar ayudantes-compañeros para el cuidado y apoyo de otros compañeros.
> — Tener una influencia positiva en el clima emocional del centro escolar.
> — Aportar un vínculo entre alumnos con problemas y el ámbito de la orientación-tutoría.

Por su parte Melero (2009: 131) establece entre las funciones más frecuentes que se les puede asignar a estos alumnos las siguientes:

> — Ofrecer ayuda a sus compañeros cuando alguien se mete con ellos o necesitan que les escuchen.
> — Liderar actividades de grupo en el recreo o en clase.
> — Ayudar a otro compañero cuando tenga alguna dificultad con un profesor, mediando o siendo intermediario.
> — Facilitar a otros compañeros la organización de grupos de apoyo en las tareas académicas (deberes), o actuar como alumno ayudante en alguna materia que se le dé bien.
> — Atender a los que están tristes o decaídos por algún problema personal y que necesiten que alguien les escuche o les preste un poco de atención.
> — Acoger a los recién llegados al centro y actuar como alumnos acompañantes.
> — Facilitar la mejora de la convivencia en el grupo.

Desde esta perspectiva, la participación de este tipo de alumnado en la vida del centro es de un valor incuestionable y, desde luego, no nos oponemos a que puedan actuar como mediadores en procesos de mediación formal, en algunos conflictos entre iguales de los que podríamos llamar de «baja intensidad», ya que esto formaría parte del principio educativo que está a la base de la mediación, sólo que entendemos que deben darse algunos condicionantes:

1. Que el objetivo principal de la creación de equipos de alumnos ayudantes no es su participación como mediadores en los procesos formales de mediación que puedan plantearse en el centro, aunque de hecho actúen como tales en algunos casos, sino el de que con su actitud y puesta en práctica de habilidades sociales y comunicativas

creen un clima favorable de convivencia.

2. En la creación de estos grupos de ayudantes debe primar la voluntariedad de formar parte de los mismos de los participantes. Es decir, no pueden ser seleccionados *a priori* atendiendo a rendimientos académicos, ya que esto podría crear el rechazo por parte del grupo de alumnos que se hayan sentido excluidos, de este tipo de alumnado, y, a su vez, éstos podrían sentirse frustrados al considerar que sus esfuerzos no sirven para nada.

3. Por último, todo el proceso de creación y formación del alumnado ayudante, así como su participación como mediadores en los procesos formales de mediación, debe hacerse bajo la supervisión y atenta mirada del mediador profesional.

Éste es el valor real que nosotros atribuimos a las tareas del concepto de ayudante, pero entendemos que debemos ir más allá y no quedarnos sólo en el alumnado, sino extender este concepto al resto de los sectores que forman la comunidad educativa, como son el profesorado y las familias.

La creación y formación de equipos ayudantes entre el profesorado propiciaría que aquellos profesores que formaran parte de estos equipos pudieran ayudar al resto de compañeros a orientarles y darles pautas de actuación que les permitieran afrontar el manejo de sus aulas y de los problemas de convivencia que pudieran aparecer en ellas desde perspectivas más positivas, creando contextos más seguros tanto a nivel profesional como emocional, a través de actitudes empáticas y de escucha activa ante los problemas que se les puedan plantear a cualquier miembro del claustro de profesores.

Por otro lado, la creación de estos mismos equipos entre las familias propiciaría un conocimiento más profundo de los contextos familiares en los que viven los alumnos y su incidencia tanto en los rendimientos académicos como en su interacción con el resto de la comunidad educativa, y además podría estrechar los vínculos entre la familia y la escuela, creando contextos colaborativos que transformaran las percepciones negativas que hacia la escuela pudieran tener algunas familias, en actitudes positivas de participación activa.

En resumen, podemos concluir que la creación de equipos ayudantes en mediación debe de ser entre los distintos sectores que componen la comunidad educativa, profesorado, alumnado y familias, con el fin de aplicar las habilidades y estrategias de la mediación para crear en el centro una cultura de la mediación. De esta forma se irá creando en el centro un clima de convivencia basado en valores democráticos tales como la colaboración, el respeto, la solidaridad. Ése es el verdadero objetivo de estos equipos de ayudantes al margen de que puedan o no intervenir en los procesos de mediación formales que puedan llevarse a cabo, y que éstos deben de corresponder en todo caso al profesional experto en la materia.

4. LAS AULAS DE CONVIVENCIA CON ESPACIO PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS Y MEJORA DE LA CONVIVENCIA

En los centros educativos la mediación no puede considerarse como un elemento aislado que sólo actúe cuando aparezcan conflictos puntuales, antes al contrario debe de estar anclada como un elemento más de la vida cotidiana del centro teniendo un espacio y una entidad propia. Para ello nosotros hemos tomado prestado el concepto de aulas de convivencia de la legislación andaluza sobre educación; así, en el Decreto 19/2007 se estipula: «Los centros educativos podrán crear aulas de convivencia para el tratamiento individualizado del alumnado que, como consecuencia de la imposición de una corrección o medida disciplinaria por alguna de las conductas tipificadas en los artículos 20 y 23 del presente Decreto, se vea privado de su derecho a participar en el normal desarrollo de las actividades lectivas».

Como queda reflejado, cualquier alumno o alumna que presente alguna de estas conductas tipificadas es susceptible de ser enviado/a al aula de convivencia. Pero se dice algo más, y es que ese alumnado se verá privado de su derecho a participar en el normal desarrollo de sus actividades lectivas. De este modo el aula de convivencia aparece como un aula de castigo. Y, en efecto, así es como ha sido interpretada su función por algunos centros, de modo que cuando algún alumno o alumna interrumpía el normal desarrollo de las clases es enviado/a al aula de convivencia.

No obstante, nosotros pensamos que el aula de convivencia debe ir más allá de un aula para el alumnado con problemas de conducta y convertirse en el espacio desde el cual gestionar la convivencia y todos los conflictos que puedan plantearse en un centro educativo.

Calvo (2003) considera que a la hora de tratar la conflictividad en los centros educativos habría que distinguir entre:

a) Los conflictos que se producen debido a la introducción en la escuela de un nuevo modelo de autoridad, de valores distintos a los tradicionales y de una mayor diversidad cultural.

b) Los problemas de convivencia causados por conductas que constituyen un atentado contra los derechos más elementales de los miembros de la comunidad educativa, y que generalmente son la manifestación de un trastorno de relación del sujeto con el ambiente.

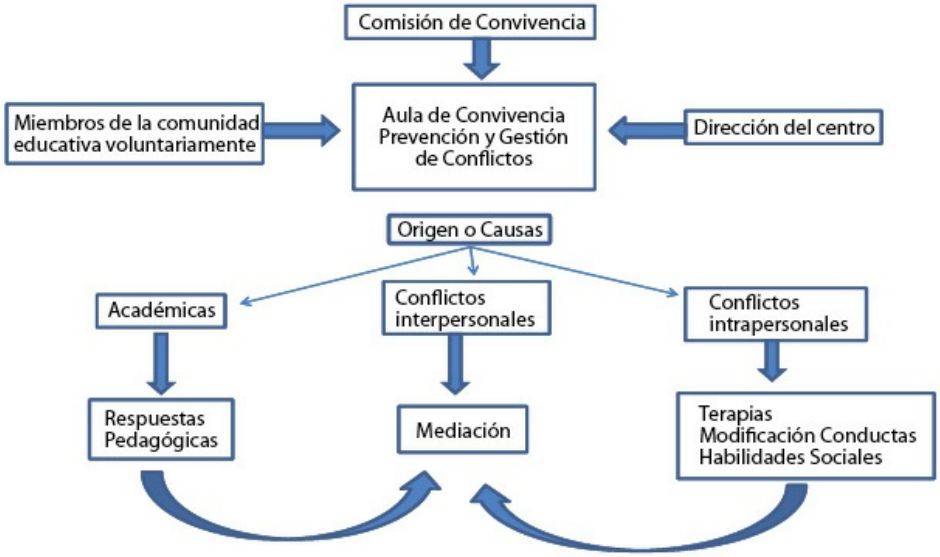
c) Nosotros incluiríamos un tercer apartado en referencia a los conflictos que pueden ser motivados por causas académicas.

Se tiende con cierta frecuencia a considerar y tratar todos los conflictos de la misma manera, dando las mismas respuestas y partiendo de los mismos presupuestos. Sin embargo, si atendemos a la distinción anterior sobre las causas que pueden estar promoviendo la aparición de un conflicto, hemos de articular respuestas diferentes para la intervención eficaz sobre el mismo. Por ejemplo, un conflicto entre un profesor y un alumno puede tener causas diferentes. Puede deberse a la falta de motivación por parte del alumno sobre la materia que imparte el profesor o puede deberse a un problema de relación entre ambos por alguna circunstancia que les ha llevado a interpretaciones diferentes sobre la misma. La respuesta que demos al conflicto será diferente en función de la causa que lo determine. En el caso de que la

causa sea la falta de motivación del alumno, iniciar un proceso de mediación resultaría del todo ineficaz si no va acompañado de las medidas pedagógicas correspondientes que motiven al alumno para su rendimiento académico. Igualmente, si las causas del conflicto son algún trastorno de tipo psicológico, sería necesaria una intervención terapéutica previa.

Nuestra propuesta es que el aula de convivencia sea el espacio (visible para todos los miembros de la comunidad) desde el cual prevenir y gestionar los conflictos que puedan originarse, dando las respuestas adecuadas y creando un clima de convivencia que mejore las relaciones personales entre los miembros de la comunidad educativa del centro.

De este modo la estructura y funciones que le atribuiríamos al aula de convivencia serian las siguientes:



FUENTE: Elaboración propia.

¿Cómo se llega al aula de convivencia?

Al aula de convivencia se puede llegar por tres vías diferentes:

1. A través de la comisión de convivencia, que en los centros de Secundaria está compuesta por el director o directora, que ejercerá la presidencia, el jefe o jefa de estudios, dos profesores o profesoras, dos padres o madres del alumnado y dos alumnos o alumnas elegidos por cada uno de los sectores de entre sus representantes en el Consejo Escolar.

2. A propuesta de la Dirección del centro o de la Jefatura de Estudios, que teniendo conocimiento de que se esté produciendo algún tipo de conflicto, velado o manifiesto, entre miembros de la comunidad educativa, proponga a las partes su asistencia al aula de convivencia.

3. Cualquier miembro de la comunidad educativa puede solicitar de manera voluntaria su asistencia al aula de convivencia con el fin de asesorarse, en caso de tener algún conflicto con otro miembro, sobre la mejor manera de poder resolverlo.

4.1. ¿CÓMO FUNCIONA EL AULA DE CONVIVENCIA?

Una vez que los casos derivados por la comisión de convivencia, la dirección o jefatura de estudios y aquellos que hayan llegado de manera voluntaria por aquellos miembros de la comunidad educativa que entienden se encuentran en una situación de conflicto, los encargados de atender el aula de convivencia, profesores voluntarios (el ideal sería que formaran parte los tutores/as), mediador y orientador, estudian el origen y causas del conflicto en cuestión agrupándolos en tres grandes bloques: conflictos académicos, conflictos intrapersonales y conflictos interpersonales.

El objetivo de hacer esta clasificación es el poder dar la respuesta más adecuada a cada una de las situaciones particulares. De este modo, todos aquellos conflictos de tipo académico requerirán de medidas de tipo pedagógico enfocadas a la motivación y recuperación académica de aquel alumnado con este tipo de déficit. Los conflictos intrapersonales requieren de medidas previas de modificación de conducta o entrenamiento en habilidades sociales. Por último, los conflictos interpersonales requerirán de programas de resolución de conflictos y en su caso del inicio de procesos de mediación formales.

En los casos de tipos de conflictos académicos e intrapersonales que hayan derivado en conflictos interpersonales, una vez se hayan tomado las medidas correctoras previas, confluirán en procesos de mediación formal que nos permitan que el conflicto que se haya podido producir con otros miembros de la comunidad educativa, con el fin de transformar o cuanto menos hacer más fluida la relación entre las partes, cuando no tratar de solucionar el propio conflicto. Insistir una vez más que el aula de convivencia debe estar abierta no sólo al alumnado sino para todos los conflictos que puedan producirse entre cualquier miembro de la comunidad educativa, alumnado, profesorado y familias.

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión o resumen, poner de manifiesto el carácter preventivo y eminentemente de educación en valores, en gestión y afrontamiento positivo de los conflictos y, en definitiva, en ciudadanía que posee la mediación dentro del ámbito educativo. Resaltar la importancia de la formación en programas de resolución y gestión de conflictos, técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas, del mayor número de miembros posibles de la comunidad educativa, profesorado, alumnado y familias, ya que la posibilidad de que se creen situaciones conflictivas que entorpezcan el normal funcionamiento de la vida de los centros es igual para todos, con el fin de desarrollar actitudes positivas que sirvan de modelo para generar un clima pacífico de convivencia en las relaciones interpersonales y no tanto para crear mediadores que intervengan en los procesos de mediación formal, ya que ésta es una función que debe recaer sobre mediadores profesionales externos a los centros, con el fin de garantizar los principios y objetivos de los propios procesos de

mediación.

Por último, que la mediación debe encuadrarse dentro de las aulas de convivencia entendidas como el espacio común desde el cual prevenir y gestionar todos los conflictos del centro atendiendo a su propia naturaleza y dando la respuesta más eficaz que cada caso requiera, siempre desde la prevención y la educación como elementos claves para la mejora de la convivencia en los centros educativos.

La mediación no es la panacea que acabara con los conflictos en los centros educativos, ni siquiera es la única vía o estrategia que podemos poner en juego, tampoco es su objetivo acabar con los conflictos sino transformar la percepción negativa que suele haber sobre los mismos en una oportunidad de desarrollo personal, de conocimiento de uno mismo y de los demás desde actitudes de afrontamiento positivo.

Entendemos que los principios, fines, objetivos y técnicas que emplea la mediación ayudan a mejorar considerablemente las relaciones interpersonales entre los miembros de la comunidad educativa y, por ende, a mejorar de manera global la convivencia en los centros educativos.

6. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITCH, J.: «International mediation and dispute settlement: evaluating the conditions for successful mediation», *Negotiation Journal*, 1991.

BINABURO, J. A. y B. MUÑOZ: *Educar desde el conflicto. Guía para la mediación escolar*, Ceac, Barcelona, 2007.

BOQUÉ TORREMORELL, C.: *Tiempo de mediación*, Ceac, Barcelona, 2005.

CALVO RODRÍGUEZ, Á. R.: *Problemas de convivencia en los centros educativos*, Eos, Madrid, 2003.

EQUIPO DE CONVIVENCIA ICE-UAB: «Los conflictos en la educación secundaria obligatoria», en *La Mediación Escolar*, Graó, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ ENGUITA, M.: «Más por más. Para un juego cooperativo entre la sociedad y el profesorado», *Revista Iberoamericana de Educación*, n.º 49, 2009.

FERNÁNDEZ PALOMARES, F.: *Sociología de la educación*, Pearson, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ, I.: *Prevención de la violencia y resolución de conflictos*, Narcea, Madrid, 2007.

GOLEMAN, D.: *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairós, Barcelona, 1999.

JARES, X. R.: *Pedagogía de la convivencia*, Graó, Barcelona, 2006.

MELERO MARTÍN, J.: *Conflictividad escolar y la nueva profesión docente*, Aljibe, Málaga, 2009.

MUNNÉ, M. y MAC-CRAGH, P.: *Los 10 principios de la cultura de la mediación*, Graó, Barcelona, 2006.

TORREGO SEIJO, J. C. (coord.): *Modelo integrado de mejora de la convivencia*, Graó, Barcelona, 2006.

VVAA: *Comunidades de aprendizaje. Transformar la educación*, Graó, Barcelona, 2005.

CAPÍTULO XIX

ESCUELA E INTERCULTURALIDAD: CONSTRUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL ESCOLAR

MÓNICA ORTIZ COBO
Profesora del Departamento de Sociología
Miembro del Instituto de Migraciones
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. MEDIACIÓN INTERCULTURAL. 1.1. *Su origen y definición*. 1.2. *Construcción de la necesidad de mediar en contextos de diversidad étnicocultural*. 2. MEDIACIÓN INTERCULTURAL ESCOLAR. 2.1. *Su especifidad frente al modelo de mediación escolar*. 2.2. *La práctica de mediación intercultural en contextos escolares*. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

La mediación ha emergido con una considerable fuerza en los escenarios formativos tanto formales (en el universitario con asignaturas en grados, posgrados y máster) como no formales (cursos, talleres…). Esta creciente oferta en lo que respecta al ámbito escolar responde al reclamo de «nuevos» profesionales capaces de llegar donde los «clásicos» grupos interdisciplinares de trabajo escolar (maestros/profesores, pedagogos, orientadores, educadores sociales, trabajadores sociales…) «no están llegando». En este sentido, la mediación intercultural escolar «llega» a la gestión organizativa, técnica y socioeducativa vinculada con la llegada de alumnado inmigrante y sus familias al sistema educativo español. Es el contacto entre la institución educativa, que mantiene y reproduce la cultura dominante, y la población inmigrante extranjera portadora de «otra cultura» la «diferente» y minoritaria, el que ha generado la necesidad de un tercer agente «neutral» que sirva de puente para el entendimiento entre «culturas» y la integración del colectivo inmigrante extranjero. En definitiva, tal y como apunta Pérez González, N. (2007: 114) el objetivo de la mediación intercultural es «generar un mejor espacio de convivencia intercultural».

1. MEDIACIÓN INTERCULTURAL

1.1. SU ORIGEN Y DEFINICIÓN

Más allá de la necesidad de contar con traductores e intérpretes en contactos interculturales, se han dado las primeras experiencias pioneras de mediación en los

años setenta en el contexto estadounidense; posteriormente a principios de los ochenta en Londres dentro de los programas básicos de salud, servicios sociales, alojamiento y educación dirigidos a los grupos étnicos minoritarios. En los noventa, con el surgimiento de programas NOW (*New Opportunities for Women*), se capacitó a mujeres belgas, francesas y británicas para ejercer funciones de mediación (Giménez Romero, C., 1997). En España debemos destacar las iniciativas desarrolladas en la Comunidad de Madrid, Andalucía y Cataluña, por su carácter precursor. En 1995 en Madrid se crea la Escuela de Mediadores Sociales para la Inmigración-EMSI, aunque no es hasta 1997 cuando se produce la institucionalización del Servicio de Mediación Social Intercultural (SEMSI). Este servicio se pone en marcha mediante un convenio entre el área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid y la Fundación General de la Universidad de Madrid y pretende impulsar actuaciones dirigidas a la coordinación de recursos públicos y privados para facilitar el acceso de los inmigrantes a los diferentes servicios, así como a las diferentes necesidades que plantean los inmigrantes, a través de servicios o proyectos concretos (Giménez Romero, C., 2001). En Andalucía se erige como pionera en la divulgación formativa de cursos y seminarios relacionados con la mediación intercultural, de la mano fundamentalmente de la ONG Andalucía Acoge. Finalmente, en Cataluña un buen número de ONG y asociaciones, como Desenvolupament Comunitari, desde principios de los años noventa han impartido cursos de preparación y capacitación de inmigrantes como mediadores interculturales (Martínez Usarralde, M.ª J.; Sahuquillo Mateo, P. y García Raga, L., 2012).

En la evolución del quehacer de la mediación intercultural, si bien en la actualidad apenas existe legislación, sí se reconocen unos modelos teóricos diferenciados (AEP-Andalucía Acoge 2002): el modelo institucional que surge a partir de la demanda establecida desde las instituciones públicas, prestadoras de servicios sociales, sanitarios y educativos; el modelo asociativo, que se desarrolla desde asociaciones y ONG; el modelo cooperativo, generado desde fórmulas alternativas como son las cooperativas y, finalmente, el modelo autónomo, que se ejerce a nivel particular como profesión liberal. El modelo más extendido en general y particularmente en el contexto escolar es el asociativo, cuyos servicios suelen estar externalizados y sujetos a régimen de subvenciones. Bajo todas estas modalidades la mediación intercultural se perfila como un puente que pretende favorecer el paso desde una realidad multicultural a otra intercultural. Entendiendo por multiculturalidad una situación de hecho, la presencia en un mismo espacio de personas y grupos con prácticas distintas desde el prisma cultural, y desde la que se pretende defender el derecho a la diferencia, siendo ésta reconocida y respetada. La interculturalidad va más allá, pues alude a una situación en la que las personas y grupos con prácticas culturalmente distintas conviven, es decir, dialogan, se relacionan en igualdad de condiciones, cooperan, colaboran, se mezclan y se respetan en un mismo entorno físico (Besalú Costa, X., s.f.). La interculturalidad no sólo supone el derecho a la diferencia, su reconocimiento y respeto, sino la igualdad de derechos.

En este sentido la mediación intercultural se puede definir como «un recurso

profesionalizado que pretende contribuir a una mejor comunicación, relación e integración entre personas o grupos presentes en un territorio, y pertenecientes a una o varias culturas» (*Desenvolupament Comunitari* y Andalucía Acoge, 2002: 101). Por su parte, Carlos Giménez (1997) la define como «una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro y acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados» (Giménez Romero, C., 1997: 142). Así pues, la mediación intercultural no se centra en la resolución de conflictos, sino en la mejora de la comunicación, así como en la adecuación de las instituciones a los cambios que se producen tras la llegada de la población inmigrante a los municipios donde trabajan, siendo igualmente importante la prevención de los mismos. Por tanto, podemos hablar de tres tipos de la mediación intercultural: 1) preventiva, en la que se pretende facilitar la comunicación y la comprensión entre personas con códigos culturales diferentes; 2) rehabilitadora, la que interviene en la resolución de conflictos de valores, entre minorías culturales y la sociedad mayoritaria, o en el seno de las propias minorías, y 3) transformadora, aquella que procura un proceso de transformación de las normas, o más bien de creación de nuevas normas, nuevas ocasiones basadas en unas nuevas relaciones entre las partes.

En este esfuerzo por conceptualizar la mediación intercultural encontramos propuestas que han tratado de determinar los rasgos específicos o distintivos de la misma. En este sentido, para Giménez (1997) dicha especificidad se refleja en:

— La naturaleza etnoculturalmente diferenciada de las partes involucradas. En un sistema de intermediación cultural, el punto de partida es que a las personas, grupos o instituciones en él envueltos se les atribuyen bagajes o identidades culturales diferentes.

— La incidencia de dicha diferenciación en las relaciones existentes entre las partes. Las personas involucradas tienen un cierto conocimiento y desconocimiento del «otro». Los estereotipos, prejuicios y conductas influyen en la relación entre las partes.

— La relevancia del propio bagaje cultural del mediador. Si bien el autor destaca como idóneo el hecho de que el mediador sea «bicultural» en relación a ambos bagajes culturales entre los que desarrolla su labor, lo más importante es que la persona tenga una gran capacidad de mediar, y una sensibilidad y capacidad de acercamiento hacia ambas culturas en presencia.

— El objetivo de la interculturalidad (entendida como un proyecto en el que se establecen relaciones interpersonales y sociales en las cuales no se discrimina por motivos de raza, cultura, etnicidad, lengua, religión y nacionalidad, y en las que los sujetos se reconocen como interlocutores, se comunican adecuadamente, se enriquecen mutuamente, etc.).

1.2. Construcción de la necesidad de mediar en contextos de diversidad étnicocultural

La necesidad de la mediación intercultural ha surgido paralelamente a la presencia en Europa de población procedente de países extracomunitarios, es decir, de países considerados «pobres». La demanda de la figura del mediador intercultural no se ha dado con la mera presencia de la diversidad y el aumento de la percepción de posibles conflictos sociales debido a la misma, pues podemos poner diferentes ejemplos territoriales en los que ha existido un importante asentamiento de población extranjera procedente de países económicamente desarrollados y sin embargo para ellos nunca ha surgido la necesidad de formar a mediadores. Y es que, tal y como apuntan García Castaño, F. J. y Barragán Ruiz-Matas, C. (2004), no es la diversidad en sí la causa del malestar social que encontramos en las sociedades occidentales actuales; es la percepción de gran diferencia en cuestiones como la lengua y la religión, unidas al hecho de que generalmente las poblaciones que presentan estas «diferencias» provienen de países económicamente poco desarrollados y se encuentran en posiciones socioeconómicas bajas y en riesgo de marginación social. Por lo tanto, se está hablando de una nueva lógica en la construcción de la diferencia que nos lleva a definir la cultura y la necesidad de la mediación entre culturas de formas diferentes según los grupos que representan a esas culturas.

Partiendo de esta premisa fundamental, otros autores han llegado ha enumerar las diversas situaciones generadas en la convivencia multicultural para cuya subsanación se ha tomado la iniciativa de crear un «nuevo campo de intervención social» (Bermúdez Anderson, K.; Castro Martín-Prat, R.; García González-Gordon, H., 2006: 70-71):

> 1) dificultad de comunicación entre personas autóctonas; 2) complejidad de la convivencia entre ellas; 3) desconocimiento de los códigos de referencias culturales; 4) poco conocimiento del funcionamiento de la sociedad receptora por parte de la población inmigrada; 5) poca sensibilización y asesoramiento sobre inmigración e interculturalidad de los profesionales de servicios de atención directa; 6) inadecuación de metodologías de intervención social a las distintas especificidades culturales; 7) desigualdad y discriminación en la atención a las necesidades de las personas inmigradas; 8) prejuicios, estereotipos y conflictos en las relaciones entre personas culturalmente diferentes; 9) vulnerabilidad psicosocial de personas inmigradas en sus procesos de cambio; 10) desvinculación entre los servicios y los recursos generados por las propias comunidades.

2. MEDIACIÓN INTERCULTURAL ESCOLAR

2.1. Su especifidad frente al modelo de mediación escolar

Al referirnos a la mediación intercultural en contextos escolares previamente debemos considerar la existencia en este contexto de dos formas de entender la mediación o dos modelos de intervención diferenciados en la práctica: la mediación escolar y la mediación intercultural. El primer modelo tiene como objetivo prevenir e intervenir sobre la violencia escolar, mejorar el clima escolar y enseñar habilidades

para la solución de disputas. Este tipo de programa es, por tanto, empleado en su versión clásica como un sistema alternativo en la resolución de conflicto. Los mediadores escolares son miembros de la comunidad escolar (profesores, alumnado, padres y madres), los cuales son entrenados para tal efecto. El segundo modelo sería la mediación intercultural escolar, en el que la labor de mediación se realiza entre grupos «culturalmente diversos» y se concreta, al igual que en la mediación escolar, en actuaciones dirigidas a facilitar la comunicación y la resolución del conflicto, si bien en este caso son conflictos derivados, supuestamente, de la falta de entendimiento entre culturas, es decir, conflictos «interculturales». En este sentido, el concepto de interculturalidad, tal y como se ha venido construyendo en distintos aspectos de la vida escolar y su entorno, se ha introducido de manera restrictiva con la incorporación del alumnado inmigrante extranjero a nuestro sistema educativo. En este segundo modelo de intervención se incorpora un agente externo al centro escolar, habitualmente perteneciente a otra institución o entidad (como ONG y asociaciones). Aunque la esencia de la mediación en ambos modelos es la misma, el conflicto y la incomunicación, las diferencias en la práctica son notables.

La figura del mediador intercultural en el contexto escolar aún no está ampliamente extendida, no todos los centros escolares con diversidad étnico-cultural cuentan con una persona externa al centro que adopta el rol de mediador intercultural institucionalizado. Pese a que ambos modelos de mediación no son antagónicos, sino complementarios, no suelen desarrollarse de manera conexa y coordinada (Ortiz Cobo, M., 2006).

La mediación intercultural escolar institucionalmente se recoge como un programa más de los que se han generado para la atención del alumnado inmigrante extranjero. En la Comunidad Autónoma Andaluza en el ámbito de la interculturalidad se cuenta con los siguientes programas: Programa de ATAL (Aulas Temporales de Adquisición Lingüística, dirigidas a favorecer la adquisición de la lengua vehicular de la escuela), Programa de Mantenimiento de la Cultura de Origen, Programa de Mediación Intercultural Escolar, Programa de Lengua Árabe y su Cultura, y Programa de Lengua, Cultura y Civilización Rumana. El Programa de Mediación Intercultural, tal y como establece la orden por la que se regula la concesión de subvenciones para el desarrollo de programas dirigidos a la mediación intercultural (Orden de 3 de agosto de 2007), se justifica por la presencia de alumnado inmigrante extranjero en nuestro sistema educativo:

> La creciente incorporación de alumnado extranjero a los centros educativos de Andalucía, presente ya en la mayoría de ellos, viene suponiendo, desde hace años, la aparición de nuevas necesidades educativas que deben ser afrontadas con perspectivas también novedosas. Y para ello ha sido preciso desarrollar nuevas actuaciones dirigidas a apoyar el aprendizaje de la lengua de acogida, el mantenimiento de la cultura de origen y la integración del alumnado inmigrante en los respectivos entornos escolar y social (Orden de 3 de agosto de 2007: 7-8).

La focalización en el alumnado inmigrante como sujeto de intervención de la mediación intercultural ha sido tachada por algunos autores (por ejemplo, Pérez González, N., 2007; García Castaño, F. J. y Barragán Ruiz-Matas, C., 2004; Ortiz Cobo, M., 2006) como sectorial y segregadora. No responde más que a una

concepción reduccionista de la diversidad cultural y la intercultural, vinculada exclusivamente al fenómeno de la inmigración.

Volviendo a la normativa anteriormente citada, la mediación intercultural se ubica en ese tercer tipo de actuaciones, «apoyar la integración del alumnado en los respectivos entornos escolar y social», llegándose a especificar las siguientes acciones:

a) Desarrollo de actividades educativas extraescolares que contribuyan a la integración social y escolar del alumnado inmigrante.

b) Colaboración con el profesorado de los centros educativos, aportando información especializada para el mejor desarrollo de la tarea docente con este alumnado.

c) Actividades de sensibilización intercultural entre el alumnado, las madres y los padres, tanto inmigrantes como de la sociedad de acogida, así como entre el profesorado de los centros.

d) Colaboración con los centros docentes, servicios educativos y entidades del entorno para coordinarse en el seguimiento escolar e integración social del alumnado inmigrante.

e) Organización de actividades dirigidas a la preparación de las familias inmigrantes en la educación de sus respectivos hijos e hijas.

f) Cualquier otra actividad de mediación intercultural dirigida al alumnado escolarizado en centros docentes públicos.

2.2. La práctica de mediación intercultural en contextos escolares

Las funciones de mediador intercultural escolar se ejercen entre el ámbito social y educativo, estando relacionadas fundamentalmente con cuatro ámbitos de intervención: acogida, asesoramiento, sensibilización y resolución de conflictos. En cuanto a los sujetos susceptibles de su intervención, son o «deberían ser»: el alumnado autóctono e inmigrante, el profesorado y las familias autóctonas e inmigrantes.

En la implementación de la mediación intercultural escolar sus profesionales reconocen intervenir fundamentalmente de un modo reactivo ante la aparición de problemas de diversa índole y siempre a petición del centro. En este sentido, la solicitud de las familias para recurrir al mediador es prácticamente nula, pues el mediador no es presentado a las mismas como un recurso disponible y accesible para ellos. Por lo tanto, la función de asesoramiento de las familias inmigrantes extranjeras se da menos de lo que debiera. Más aún, la función de acogida se materializa en transmitir a los padres y madres lo de «obligado cumplimiento», es decir, las normas para adaptarse al nuevo contexto. Esto, en definitiva, refleja la lógica asimilacionista con la que se ejerce la mediación intercultural escolar. Por un lado, el sujeto de intervención es únicamente el alumnado inmigrante y sus familias, y el objeto hacer modificar conductas y actitudes que desde el centro son consideradas como

inadecuadas, sin que ello suponga un cuestionamiento de las propias prácticas y sistema de acogida. Como consecuencia lógica de esta inercia el asesoramiento al profesorado es una de las actuaciones escasamente desarrolladas desde la mediación intercultural.

La labor de sensibilización se lleva a cabo, aunque no en la medida que a los mediadores interculturales les gustaría, pues están a expensas del consentimiento de los centros escolares, quienes deben dar su aprobación previa, llegando a fijar qué se debe hacer, cómo y cuándo. Además, la función de prevención se ejerce con demasiada frecuencia cuando el «conflicto ya ha aparecido». Es la resolución de conflictos la principal demanda por parte de las instituciones escolares para la intervención del mediador intercultural. Sin embargo, no podemos pasar por alto que su reclamo a menudo se produce en casos que pese a ser etiquetados de interculturales no lo son, pero por el simple hecho de que uno o varios de los implicados sean inmigrantes así se consideran. Esta percepción del «conflicto intercultural» llega a etnificar y culturalizar «todo» aquello que tiene que ver con este colectivo, contribuyendo a su estigmatización (Ortiz Cobo, M., 2006).

Al considerar las funciones de esta figura profesional debemos apuntar que los mediadores consideran que sigue existiendo cierta ambigüedad y desconocimiento por parte de los centros escolares, por lo que a menudo se les solicitan funciones que no les corresponden, como proporcionar apoyo académico en materias curriculares o enseñar la lengua vehicular de la escuela. Por otro lado, reivindican que su labor va más allá de la mera traducción, a la que a veces quedan relegados e identificados. Además, en esa indefinición de funciones los mediadores interculturales encuentran cierto peligro de solapamiento con las funciones de otros profesionales del ámbito de la intervención social, como educadores sociales o trabajadores sociales. De igual modo se quejan de la ausencia de vías de coordinación con estos profesionales y otros mediadores (Ortiz Cobo, M., 2006).

Pese a todas estas debilidades que llegan a poner en peligro la consolidación definitiva de este profesional, hemos constatado que aquellas instituciones escolares en las que la mediación intercultural se está ejerciendo por profesionales con una preparación específica es valorada muy positivamente. Tanto es así, que han llegado a realizar ciertos esfuerzos económicos para contar con el apoyo del mediador en aquel período que aún no se ha hecho efectiva su contratación porque las entidades contratantes aún no han recibido la subvención.

3. CONCLUSIONES

Pese a que en la práctica hemos encontrado mediadores interculturales sin formación especializada, la formación en mediación es imprescindible para la profesionalización de esta figura. No cabe considerar que la mera adscripción étnica o territorial permita el desempeño de la mediación de modo profesional, eficaz y satisfactorio para los usuarios. De igual modo no cabe pensar en un sujeto

«naturalmente» preparado para el ejercicio de la mediación, un sujeto en posesión de especiales características personales, o de una supuesta predisposición innata para tenerlas y para hacer de mediador o mediadora. Esas cualidades personales pueden y deben ser estudiadas, enseñadas y aprendidas. Dicho de otra manera, «el mediador o mediadora profesional sólo puede hacerse» (García Castaño, F. J.; Granados Martínez, A.; Martínez Chicón, R., 2006: 15). Así pues, resulta primordial dotar a los mediadores interculturales de una formación especializada, que sea además requisito *sinecuanum* para su contratación por las entidades a las que se les conceden las subvenciones. No obstante, nosotros apostamos por la vía de la «funcionarización», que sustituya el sistema de subvenciones a entidades externas a la Administración educativa. La contratación directa por la Administración educativa permitiría la incorporación de estos profesionales a los equipos de trabajo interdisciplinares de los centros educativos. De esta manera se evitaría la disfuncionalidad en los períodos de contratación, así como la percepción sobre los mediadores por parte de los centros escolares como agentes externos, lo que favorece ciertos recelos y desconfianzas. No obstante, la vía de la «funcionarización» también tendría sus riesgos, y es que la figura del mediador se cronifique y se convierta en imprescindible para establecer el diálogo. Sin embargo, tal y como señala Llevot Calvet, N. (2002) «sin llegar a convertirse en una vía eterna, la mediación intercultural proporcionaría un eslabón más de la cadena, como una pieza del proceso de transición hacia la normalización de las relaciones interculturales» (Llevot Calvet, N., 2002: 139).

Atendiendo a la situación actual como servicio externalizado, la consolidación de esta figura como profesional del ámbito de la intervención socioeducativa requiere al menos del respaldo administrativo que le confiera entidad, pero no sólo con una clarificación de sus funciones, sino no dejando a discrecionalidad de los centros el empleo de dicha figura dentro de los márgenes establecidos por la propia administración educativa. Debería ser el mediador como profesional capacitado para ejercer su función el que decidiera qué, cómo y cuándo intervenir, tal y como hacen otras tantas figuras profesionales en el marco de nuestro sistema educativo.

Pese a todo lo expuesto, no podemos obviar que se han dado pasos e iniciativas que nos permiten ser optimistas y seguir trabajando por su consolidación, a fin de que la mediación llegue y se «quede» en el actual escenario socioeducativo.

4. BIBLIOGRAFÍA

AEP DESENVOLUPAMENT COMUNITARI-ANDALUCÍA ACOGE: *Mediación intercultural. Una propuesta para la formación*, Popular, Madrid, 2002.

BESALÚ COSTA, X.: «Aspecto general de la diversidad cultural y educación intercultural», Material multicopiado, sf.

GARCÍA CASTAÑO, F. J. y BARRAGÁN RUIZ-MATAS, C.: «Mediación intercultural en sociedades multiculturales; hacia una nueva conceptualización», *Portularia*, 4, 2004, pp. 123-142.

GARCÍA CASTAÑO, F. J., GRANADOS MARTÍNEZ, A. y MARTÍNEZ CHICÓN, R.: «Comprender y construir la mediación intercultural», *Portularia*, vol. VI, n.º 1, 2006, pp. 13-27.

GIMÉNEZ ROMERO, C.: «La naturaleza de la mediación intercultural, *Revista Migraciones*, n.º 2, 1997.

— «Los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural», revista *Migraciones*, 1, 2001, pp.

112-132.
LLEVOT CALVET, N.: «Diversidad cultural e instituciones educativas en Cataluña: el mediador intercultural como nueva figura profesional», *Pedagogía social. Revista Interuniversitaria*, n.º 9, 2002, pp. 127-141.
— «Conflictos culturales y mediación: el ejemplo de Cataluña», *Revista Educación*, n.º 334, 2004, pp. 425-430.
MARTÍNEZ USARRALDE, M.ª J., SAHUQUILLO MATEO, P. y GARCÍA RAGA, L.: «Identidad y responsabilidad socioeducativas del mediador escolar y del mediador intercultural: hacia una clarificación de funciones», *Revista Mediaciones Sociales*, n.º 11, II semestre, 2012, pp. 47-71. Fuente: //dox.doi.org/10.5209/rev_MESO.2012.v11.41269.
ORTIZ COBO, M.: «"Interculturalidad" en la Mediación Escolar», *Revista Portularia*, VI, n.º 1, 2006, pp. 7-16.
— «La mediación intercultural en contextos escolares: reflexiones acerca de una etnografía escolar», *Revista de Educación*, MECD, Madrid, 2006.
PÉREZ CRESPO, M.ª J.: «La mediación escolar, proceso de suma de dos modelos de intervención mediadora en la escuela: los programas de mediación escolar y mediación social intercultural a su paso por instituciones educativas», *Revista Educación y Futuro*, 2002. Fuente: http://www.openarchives.es/oai:dialnet.unirioja.es:ART0000081285.
PÉREZ GONZÁLEZ, N.: «Interculturalidad: ¿Un ámbito de la mediación?», *Portularia*, vol. VI, n.os 1-2, 2007, pp. 107-122.

CAPÍTULO XX

LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL

FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA
Departamento de Antropología Social
Instituto de la Paz y los Conflictos
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA MEDIACIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS A CONSIDERAR EN UNA MEDIACIÓN INTERCULTURAL. 3. LA IMPORTANCIA DEL MESTIZAJE INTERCULTURAL. 3.1. *¿Qué es la interculturalidad?* 3.2. *Pilares básicos de la interculturalidad*. 3.2.1. La cultura. 3.2.2. La identidad. 3.2.3. La diversidad. 3.3. *¿Qué implica el mestizaje intercultural?* 4. TERAPIAS PARA UNA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS CULTURALES. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA MEDIACIÓN

La mediación la podemos definir como el proceso de comunicación entre las partes en un conflicto que procura que las personas implicadas puedan llegar, por ellas mismas, a un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto entre dichas partes. Para ello se requiere la ayuda de una tercera parte que hace sólo las funciones de un «facilitador». Éste es el caso que puede ser la labor de profesionales que están formados como *mediadores interculturales* (Andalucía Acoge, 1996) y de forma muy especial los *antropólogos* como estudiosos de las «otras» culturas.

Es más, la mediación es un tipo de gestión de conflictos en el que una persona ajena al mismo o tercera parte interviene en él, de una forma voluntaria y no coercitiva, para detener sus tendencias destructivas y violentas. Constituye una forma pacífica de resolución, gestión y transformación de los conflictos, mediante la cual las partes deciden de forma voluntaria recurrir a una persona o institución que ayude a las partes en la negociación y manejo de su propio conflicto. Sin embargo, no existe compromiso de cumplimiento de los acuerdos que puedan alcanzarse.

El objetivo primario del mediador consiste en facilitar la finalización del conflicto y ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable, aunque existen distintas estrategias de mediación. Como características de la mediación pueden citarse su flexibilidad, su voluntarismo y su carácter *ad hoc*, además de que se practica en una amplia variedad de escenarios. El término también se utiliza de forma distinta por diferentes personas, algunas de las cuales pueden trabajar como «mediadores privados», mientras que otros pueden operar dentro de una estructura institucional o estatal.

En los aspectos anteriores, donde se analiza la *mediación*, como instrumento que

regula de forma pacífica la sociedad donde vivimos, vemos que en los últimos años el incremento de población inmigrante, y con ello el incremento del racismo y la xenofobia, está provocando todo un conjunto de conflictos culturales que no ayudan a resolver una convivencia pacífica entre los ciudadanos de España y la Unión Europea.

Los que partimos de la investigación para la paz consideramos que la mediación es la práctica más útil para *transformar conflictos para buscar la paz* (Jiménez, 2009, 2011). La mediación busca mejorar la comunicación entre las partes con el fin de facilitar el entendimiento recíproco en la sociedad multi e intercultural que nos ha tocado vivir.

2. CARACTERÍSTICAS A CONSIDERAR EN UNA MEDIACIÓN INTERCULTURAL

Podemos diferenciar en primer lugar una mediación informal y una mediación formal (Entelman, 1999). La primera supone que cualquier persona puede hacer las funciones de mediadora en cualquier momento de su vida. La segunda implica un proceso formalizado dividido en cinco fases: *la entrada, la conciliación, la presentación, la explicación, la solución del problema y el acuerdo* (Danti, 2003):

1. *La entrada,* que debe hacerse con especial cuidado debido a la resistencia de las partes a participar en el proceso de mediación. Por lo tanto, es necesario establecer un ambiente de confianza y ofrecer toda la información requerida sobre el proceso, en especial en población intercultural (Jiménez, 2006a).
2. *La conciliación* es el momento en el que se muestra mayor preocupación por las necesidades psicológicas y humanas de las partes afectadas. En este caso, se crea un espacio para el desahogo y el esclarecimiento de sus pensamientos y sentimientos.
3. *La representación* se da cuando tiene lugar un encuentro entre las partes en el que se presentan, se explican los pasos en los que va a consistir el encuentro, se sugieren ciertas reglas en el diálogo y se recuerda el papel de «facilitador» que hace el mediador.
4. *La explicación* consiste en describir el problema mediante recuerdos del pasado. Esto supone que las partes deben interpretar qué es lo que las separa o qué asuntos concretos son los que quieren transformar.
5. *La solución del problema y el acuerdo* es el momento en el que se buscan las soluciones concretas que pueden ser establecidas en acuerdos específicos cada vez que se decide algo y, finalmente, en un acuerdo final o directamente en el acuerdo final. Lo importante es el compromiso de las partes con el cumplimiento de estos acuerdos que han de estar firmados y ser lo más claros y realistas posibles (Colectivo Amaní, 1994).

No debemos de olvidar que la persona que hace las funciones de mediador es aquella que no se encuentra afectada por la situación conflictiva. En este sentido,

facilita la búsqueda de soluciones con su esfuerzo, pero no resuelve ni adjudica los objetivos que han de ser alcanzados dentro del proceso.

La *mediación* se aplica, principalmente, a los conflictos que son de baja o moderada intensidad, en especial familiares, de vecindad o de carácter interpersonal. La *negociación* sirve para afrontar los conflictos comerciales o sociales (políticos y culturales). Y el *arbitraje* se relaciona con los conflictos mercantiles y la *conciliación* con los conflictos laborales y sociales.

Por último, el uso de estas técnicas y su interrelación depende del caso con el que nos encontremos. Por ello, la consecuencia del choque de culturas, la multiculturalidad y la interculturalidad requieren de la negociación, pero con la ayuda de la mediación como técnica que mejora la comunicación y que posibilita, posteriormente, el intercambio entre las partes afectadas. Por ello, la mediación y la negociación en colaboración son estrategias preventivas, pedagógicas y creativamente saludables en el marco de la transformación pacífica de los conflictos.

3. LA IMPORTANCIA DEL MESTIZAJE INTERCULTURAL

Es muy importante concretar qué entendemos por interculturalidad y mestizaje cultural, para enfrentar dichos temas.

3.1. ¿QUÉ ES LA INTERCULTURALIDAD?

Entendemos por interculturalidad el modelo de sociedad que promueve y defiende tres principios (Carbonel, 1999): *a*) La igualdad de oportunidades de todas las personas a la hora de compartir un mismo espacio y tiempo y convivir con él; *b*) El respeto a la diversidad y, *c*) La creación de entornos sociales que posibiliten el intercambio y el enriquecimiento mutuo entre sujetos de orígenes étnicos o culturales distintos.

No debemos confundir otros modelos de gestión de la diversidad cultural, como el multiculturalismo, el pluralismo cultural, el *melting-pot*, etc., que pueden compartir con el interculturalismo una igualdad de derechos y un respeto a la diversidad. Lo importante de la interculturalidad es el deseo de facilitar espacios de encuentro para el intercambio, el enriquecimiento y la comprensión del «otro».

Ciertamente, la interculturalidad parte de la necesidad de interdependencia entre los sujetos de una misma sociedad, por lo que se puede afirmar (Essomba, 2006: 44-45):

— La interculturalidad no es sólo un discurso (como el *melting-pot*), sino también una práctica, que se realiza en el día a día, con proyectos de futuro que recogen lo bueno y lo mejor del pasado. El pasado sólo tiene sentido si es capaz de proyectar el presente hacia al futuro.

— La interculturalidad no se construye en abstracto, sino que la practican personas

concretas, con nombres y apellidos concretos, en barrios concretos, con voluntad de no conformarse con lo ya dado e ir más allá en la búsqueda de mayores cuotas de igualdad y justicia social.

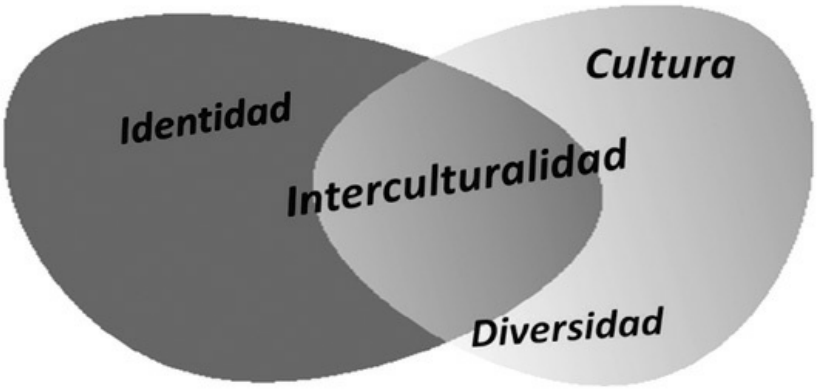
— La interculturalidad no se encierra bajo las siglas o los muros de ninguna institución concreta, sino que irrumpe en todos los espacios y todos los tiempos.

— La interculturalidad fundamenta su acción en el reconocimiento de un *axioma* básico: todos los seres humanos somos iguales en esencia y diferentes en existencia. Por eso las prácticas interculturales no tienen por qué ser un muro sino un puente.

3.2. Pilares básicos de la interculturalidad

Es muy importante a la hora de enfrentar la interculturalidad proporcionar una mirada global y específica sobre la diversidad e identidad cultural. Por ello, es necesario saber construir una imagen positiva de la cultura, la identidad y la diversidad, ya que dichos pilares son los que construyen la interculturalidad (véase Figura 1).

Figura 1
Pilares básicos de la interculturalidad



FUENTE: Elaboración propia.

3.2.1. La cultura

Para definir la cultura partimos de tres presupuestos: *la cultura* consiste, por tanto, en *el patrimonio heredado, transmutado, incrementado, compartido y transmitido de generación en generación por los miembros del grupo*. Además, podemos destacar algunos aspectos constitutivos de la cultura (Jiménez, 2004):

a) *La cultura es transmitida*. La cultura es transmitida de generación en generación, mediante un proceso que llamamos «enculturación». Es decir, dentro del proceso de aprendizaje adquirido se produce de forma rápida e intensa en los años de la infancia y que prosigue hasta cierto punto en la vida adulta conforme el individuo va alcanzando nuevas posiciones: hay que aprender a ser adolescente, a ser adulto, a ser padre, a ser anciano. A ese proceso por el cual las generaciones mayores

transmiten los conocimientos, normas, valores, creencias o hábitos compartidos por los miembros del grupo a las generaciones más jóvenes los antropólogos lo han denominado proceso de *enculturación*. El proceso de enculturación garantiza que cada nuevo miembro adoptará como propia la cultura del grupo, quedando programado para reproducir en todas las acciones de su vida cotidiana el comportamiento de las generaciones precedentes. En esta conceptualización amplia del término hay que destacar el carácter aprendido que atribuye a la cultura y su dimensión compartida con el grupo al que se pertenece. Éste es el espacio social donde se adquiere la cultura de referencia. Se hace hincapié en la cultura como cualidad del ser humano.

También se desprende de esta definición la doble vertiente de la cultura, en cuanto a la naturaleza de sus componentes: lo material y lo inmaterial. Esta distinción ha sido una constante a lo largo de la historia de la antropología. La cultura material se refiere a los productos, objetivos, muebles, cacharros, herramientas, etc. Mientras que la cultura inmaterial o mental se compone de las creencias religiosas, los valores, las normas, etc. Por último, tenemos que decir que no existe un consenso entre los antropólogos culturales, al menos sobre los componentes de la cultura y sobre el papel que juegan unos sobre otros. Con respecto a esto último, y tomando la argumentación en este sentido de Rossi y O'Higgins (1991: 43-46), el término «conducta» no puede utilizarse para designar a un conjunto de actividades separadas e independientes de la cultura. La conducta que observamos sólo puede ser explicada de acuerdo o en oposición a una serie de reglas o significados dentro de una cultura. Conducta social y cultural son, por tanto, dos cosas inseparables.

b) *La cultura es compartida, diferencialmente*. La cultura es un hecho social y sus pautas culturales son pautas comunes. Por individual o idiosincrásico que sea un rasgo cultural, tal como el estilo literario de un famoso escritor, su influencia en otros o la capacidad de otros por apreciarlo muestran que su existencia se basa en una multiplicidad de pautas compartidas entre los distintos seres humanos.

c) *La cultura se transmite en gran medida mediante símbolos*. El ser humano cuenta con una capacidad cognitiva esencial, la de simbolizar. Un símbolo es cualquier objeto o configuración de objetos que puede representar una idea, una acción o un ser con el que no tiene ninguna relación aparte de esa. A diferencia de los signos, bastantes de los cuales pueden ser «entendidos» por los animales, los símbolos incorporan una relación arbitraria, libre, entre significado y significante. Para Sperber en la relación simbólica, además, intervienen cuanto menos cuatro elementos: el símbolo, lo simbolizado (su sentido o referencia), el que simboliza y aquel para quien el símbolo tiene sentido.

d) *Existe una transmisión no simbólica de la cultura*. Al analizar los rudimentos del comportamiento cultural en algunos simios, es posible y hasta frecuente la transmisión cultural sin el uso de símbolos. Una gran parte de nuestras formas de percibir, sentir y actuar se transmite sin mediación simbólica. Antes de haber desarrollado nuestra capacidad de decodificar símbolos, especialmente los correspondientes a nuestro lenguaje, ya hemos asimilado muchos elementos de

nuestra cultura. La capacidad simbólica, sin embargo, potencia enormemente nuestra capacidad de aprender y transmitir conocimientos y pautas de conducta, nuestra capacidad de aprender de nuestros semejantes.

e) *La cultura es integrada*. Los diversos aspectos, rasgos o pautas culturales que constituyen el modo de vida de un grupo son compartidos y generalmente están integrados, aunque las formas de integración varían. Entre los elementos cognitivos puede haber un tipo de integración formal o coherencia teórica; entre los elementos organizativos o productivos, una integración funcional o sistémica.

f) *La cultura es adaptativa*. La cultura que heredamos encierra el conjunto complejo de las estrategias adaptativas de nuestros antepasados en algunos de sus aspectos. Pero las soluciones a pasados problemas pueden no ser adecuadas a los nuevos. Los seres humanos y los grupos transforman sus formas de actuar y pensar y adaptan nuevas estrategias. Así se transforman las culturas. Lo que da resultado suele respetarse y justificarse, y extenderse hasta convertirse en práctica dominante, moneda común y será lo que encuentren sucesivas generaciones de seres humanos.

g) *La cultura cambia: difusión-adopción de innovaciones*. Las culturas son sistemas en permanente transformación. No deben, por lo tanto, como suele hacerse con frecuencia, considerarse los aspectos culturales como constantes, sino como *variables*. Las preguntas que tenemos que hacernos es ¿por qué cambiar las culturas? o ¿cómo cambian? Difusión e innovación son aspectos esenciales de la cultura. Por ello, la enculturación tiene sus limitaciones, pues las culturas suelen cambiar. Las generaciones nuevas suelen reaccionar contra lo aprendido. La enculturación nos explica la continuación de una cultura, pero no el cambio, la evolución de las formas de vida y las tradiciones.

La civilización y la cultura actual se encuentran en una encrucijada. Por un lado, ha logrado unos éxitos deslumbrantes y, por el otro, ha puesto a toda la humanidad en peligro. La explosión de la demografía, el crecimiento del abismo entre ricos y pobres, las amenazas ecológicas, la existencia de arsenales nucleares, las guerras, etc., todos estos conflictos no pueden surgir sin ideas, sin una cultura.

A inicios del siglo XX, el antropólogo norteamericano de origen alemán Franz Boas fue quien dio el giro fundamental dentro del particularismo histórico utilizando por primera vez el término cultural para referirse al conjunto de usos, costumbres, creencias e instituciones sociales que caracterizan a cada agregado humano aislado. Las diferencias ya no son así de grado, sino de especie: no existe una cultura diversamente realizada por cada uno de los agregados humanos, sino que cada uno de esos grupos posee una cultura diferenciadora. Fue Franz Boas quien enunció uno de los principios básicos y fundacionales de la antropología moderna, el relativismo cultural: *debería ser nuestra meta suprema* —dirá—, *no sólo ver a los pueblos desde su propia perspectiva, sino también vernos tal como los otros nos ven*, remedio contra los prejuicios etnocéntricos que habían arrastrado los primeros antropólogos evolucionistas y que todo ser humano que busca la paz debiera conjugar.

Por último, un ser humano de un solo libro, de una sola idea, de una sola cultura,

etc., va a tener problemas en nuestro mundo occidental (etnocéntrico, jerárquico y dominante). Lo mismo va a pasar con la gente de una sola cultura. Hay que pensar en la cultura con más promiscuidad y mestizaje del que lo hacemos. Hay que pensar en términos de paz neutra, que es la capacidad de eliminar las violencias culturales y simbólicas en las que vivimos (Jiménez, 2011).

3.2.2. La identidad

Partimos de que la *identidad* es un proceso de construcción del sentido, que hace referencia a un rasgo cultural o rasgos culturales; al que se le da prioridad por delante del resto de fuentes de sentido. Podemos señalar tres características desde el punto de vista de la identidad:

a) Vemos cómo *identidad*, se señala *como un proceso y no como un estado*, dónde se presenta como un carácter dinámico, que abre las puertas al descubrimiento de los seres humanos. Por eso, el gran reto de las sociedades interculturales es que cada uno puede afirmar su identidad sin eliminar la diversidad. Por ejemplo, cuando convivimos con personas de otra nacionalidad, éstos nunca deben de ser vistos desde un punto de vista cerrado, sino como sujetos activos en un proceso abierto.

b) *La identidad como construcción* sitúa al sujeto en un papel social activo, en el que un ciudadano extranjero (Souto, 2013) lleva a cabo un proceso de reestructuración para poder adaptarse a nuestro modo de vida.

c) *Proceso de construcción identitaria* se realiza sobre el «sentido» o las «emociones», y no sobre los contenidos culturales. Esto se puede ver perfectamente en el lugar de trabajo, los elementos de identidad se suelen enfocar como un paso en contacto con la interculturalidad.

3.2.3. La diversidad

La diversidad podemos definirla como una característica propia de la humanidad. Tenemos que pensar que en un principio todas las personas compartimos un mismo conocimiento y luego éste se va concentrando y desarrollando de forma diferente en cada ser humano. Podemos señalar tres puntos a este respecto:

a) *Epistemológicos*, en el sentido que la diversidad ha sido estudiada por el ser humano, el cual se basa en el estudio de las dimensiones, en la que los seres humanos suelen presentar diferencias en función de los contextos que les ha tocado vivir.

b) *Sociológicos* o *antropológicos*, donde podemos encontrar todo un conjunto de características que explican la aparición de la conciencia de la diversidad, como el incremento de la sociedad individualizada, fragmentación social, inter y transculturalidad, etc.

c) *Moral* (la constumbre de una sociedad) y *éticos* (la praxis). En este apartado tenemos que considerar el concepto de ciudadanía, es decir, la aparición de los derechos individuales y la libertad de las personas, en el que cada ser humano

desarrolla su propio camino.

3.3. ¿QUÉ IMPLICA EL MESTIZAJE INTERCULTURAL?

El mestizaje se produce por la mezcla de seres humanos a través de los procesos de migraciones y en especial del matrimonio. ¿Cuáles son las consecuencias de esta mezcla? Ni biológicamente ni genéticamente hay evidencia alguna de consecuencias desafortunadas, ya sean físicas o psicológicas; mas al contrario, puede producirse un vigor en la hibridación de los seres humanos (Florescano, 2001).

La importancia del mestizaje radica en que existen dos fuerzas que operan constantemente para determinar el carácter de la mezcla entre seres humanos de tipo diferente; la mezcla predomina cuando no hay contactos; se da la *endorreproducción* cuando hay aislamiento. Lo primero fomenta la *heterogeneidad* (al menos después de un cruce inicial) y lo segundo fomenta la *homogeneidad*. La historia racial del hombre es el resultado de la acción mutua de estas dos fuerzas.

Las consecuencias de las migraciones o la conquista, que determinan una entremezcla racial, han sido múltiples, pero esto nada ha tenido que ver con la «sangre» y han sido debidas totalmente a las particulares condiciones sociales (económicas, políticas y culturales) e históricas del tiempo y del espacio que les ha tocado vivir. La conquista ha sido siempre una consecuencia del mestizaje racial, al mezclarse los vencedores y vencidos. Esto se suele observar durante la ocupación de los ejércitos de las últimas guerras europeas y asiáticas.

En efecto, el mestizaje procede de seres humanos de raza mixta, especialmente de las antiguas colonias españolas en las Américas, concretamente de ascendencia mixta indígena y española o portuguesa. En este cruce de seres humanos se ha acabado por reconocer algo que la evidencia hacía tiempo que había puesto sobre la mesa en las relaciones del Tercer Mundo: las identidades se diluyen, las esencias cada vez significan menos; sin embargo, la cultura y la cocina mixta suelen triunfar en todo el mundo.

Pero en otras partes el mestizaje puede ser un problema, sobre todo en la India y en los EEUU. Todos los antropólogos reconocen que en estos casos la razón es más bien social que genética. Si tales uniones no son bien aceptadas o si son un tabú, los niños pueden encontrarse mal ajustados a su entorno y los padres ser víctimas del ostracismo social. Por ejemplo, el matrimonio cerrado dentro de un grupo no siempre se debe a razones de orden racial. En la India es una cuestión de casta y en muchos países puede ser debido a la clase social o a la religión. En España el caso de la minoría étnica de los gitanos la mezcla con un payo (castellano) suelen llamar al castellano un «mitad». Por ello, el mestizaje cultural es un *sincretismo* como resultado de la interacción de diversas culturas. La síntesis de todo este proceso es una nueva cultura que no se identifica con las que la originaron.

El mestizaje cultural comienza por el gusto, por el amor, por el tacto y acaba en la lengua. Es decir, el mestizaje comienza por la lengua. Como ejemplo, los norteamericanos, los usuarios del inglés estándar, esto es el inglés hablado en el

mundo, dicen «bonita», «chili con carne», «guacamole», etc. y así hasta cerca de diez mil palabras que según algunos especialistas han cruzado la frontera de contrabando y se han incrustado en la lengua de Shakespeare.

Lo más importante de todo ello es que detrás de la lengua vienen los seres humanos. La última revisión del 2003 sobre los datos del Censo Federal del año 2000 muestra que los hispanos que residen en EEUU han sobrepasado los cuarenta millones de habitantes, superando a la población de origen afro-americana y convirtiéndose en la primera minoría étnica del país. Es cierto que esta categoría de «hispanos» induce a cierta confusión y hay grupos locales que prefieren otras denominaciones, como «latinos» o «chicanos» o simplemente ninguna.

El antropólogo norteamericano Herskovits (1995) ha llamado la atención sobre un curioso fenómeno ideológico: *el surgimiento de palabras raciales sin ningún significado biológico*. Se refiere esto a grupos que existen sólo por definición y que corresponden a tipos físicos no determinables, como, por ejemplo, «de color» en África del Sur y «negro» en los EEUU. En ambos casos, alguna supuesta mezcla de sangre negra es suficiente para clasificar a alguien con claros caracteres raciales caucásicos como pertenecientes a la raza negroide, lo que es completamente absurdo cuando los genetistas suelen clasificar a los seres humanos en cincuenta y dos categorías que van desde el blanco al negro. Vivimos en un mundo de seres humanos «grises», es decir, distintos grados de mestizaje.

4. TERAPIAS PARA UNA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS CULTURALES

Enumerando los datos que nos proporciona la antropología cultural existen evidencias que pueden evitar la violencia en la sociedad que nos ha tocado vivir. Fry nos indica cinco aspectos relevantes a considerar a la hora de eliminar los conflictos (Fry, 2006):

— El papel de los lazos entre las culturas (como ejemplo los distintos matrimonios entre distintas tribus o culturas, que favorecen la creación de identidades complejas).

— La interdependencia y la cooperación entre aquellos grupos que se necesitan.

— Los beneficios del gobierno y la política frente a la anarquía.

— Los mecanismos para gestionar conflictos (hay múltiples y variadas formas de transformar los conflictos pacíficamente, desde la propia evitación al humor o la participación de terceros entre otros).

— El importante rol que cumplen los valores, actitudes y creencias.

Igualmente podríamos añadir un conjunto de ideas que nos pueden ayudar a eliminar los conflictos culturales en nuestras sociedades. Piense en ellos y verá cómo se pueden eliminar los conflictos culturales en nuestra sociedad. Todos ellos son instrumentos que nos ayudan a construir nuestra propia identidad como seres humanos conscientes del papel que tenemos como actores de paz (Sánchez y

Jiménez, 1997):

— Hoy es necesario trabajar por *enseñar actitudes*, más que cambiar actitudes. Es decir, es muy importante enseñar primero y después cambiar, mejor prevenir que curar.

— Toda *cultura* es el resultado de *procesos de intercambio y de mezcla con otras culturas*. Cuanto más frecuentes e intensos hayan sido, más rica será la cultura. Lo mismo nos pasa a las personas. Intentemos enriquecernos relacionándonos con miembros de otros grupos culturales.

— *Ninguna cultura es superior o inferior* a otra, como tal cultura. Por tanto, no califiquemos como inferiores a los que se sienten identificados con alguna de ellas.

— *Cada cultura* tiene aspectos, costumbres y tradiciones *positivas* y *negativas*. También la nuestra. Intentemos analizarlas y valorarlas todas superando visiones «etnocentristas», que no nos van a llevar sino a situaciones de violencia (directa, estructural y cultural) (Jiménez, 2012).

— Todas *las aportaciones culturales*, incluyendo las nuestras, se deben *conocer* con actitud respetuosa, pero también *críticamente*.

— *Sumar diversidad enriquece;* restar es, por tanto, una estupidez.

— No debemos olvidar nunca que *de todas las personas podemos aprender algo*. Aprovechemos la diversidad para enriquecer nuestra formación, como seres humanos.

— Los inmigrantes no nos quitan los puestos de trabajo, hacen lo que nosotros no queremos realizar.

— Existen rutinas en nuestro comportamiento (chistes, frases, palabras, etc.) que favorecen la formación de estereotipos negativos y peligrosos para la convivencia multi e intercultural. Intentemos suprimirlas de nuestro catálogo y no fomentarlas entre nuestros grupos. No deberíamos reírnos nunca de chistes racistas o sexistas, es algo que en cierto modo nos debe hacer sentir incómodos y manifestarle «al chistoso» que no nos hace ninguna gracia su «chistecito».

— Por último, hay que penalizar, si es en la Universidad con «nota», las actitudes racistas, castigarlas y si es en una empresa o en la Administración, a la hora de dar un puesto de trabajo luchar contra aquellas personas que tengan actitudes racistas y sexistas, además de penalizarlos e incluso despedirlos. El racismo es ideología y contra ella hay que luchar todos los días. Contra la xenofobia, contra los populismos, etc.

Es decir, la importancia de analizar los conceptos de conflicto y cultura para comprender los futuros conflictos interculturales plantea la tesis de que «el conflicto es generalmente visto como comportamiento cultural» (Ross, 1995: 37). No hay que olvidar la importancia que tienen los intereses socio-estructurales y las disposiciones psico-culturales en las prácticas de la violencia (directa, estructural y cultural/simbólica) de los seres humanos.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

— *Primero*, el origen de los conflictos culturales necesita ser abordado, fundamentalmente, a partir de una adecuada comprensión de *la conducta humana*. Aunque existe una amplia variedad de conflictos, que además se producen en muy diversas situaciones, los aspectos comunes pueden establecerse como: *intencionalidad de una o de ambas partes y la existencia de competición y de posiciones opuestas*. Estos rasgos se producen en distinto grado, lo que permite considerar cada conflicto como algo específico y no generalizable.

— *Segundo*, de aquí que el elemento básico asociado a los conflictos sea el poder de que dispone cada parte y que es utilizado como estrategia para conseguir los objetivos que dicha parte considera legítimos. En esta situación es necesario evaluar el poder y los recursos disponibles por cada parte en el conflicto, aunque entendemos el conflicto como un proceso en el que las acciones que lleva a cabo una de las partes están determinadas por la percepción que posee la otra parte y están condicionadas por las acciones y la potencialidad de la otra parte.

— *Tercero*, la utilización del poder y los recursos de las partes determina la evolución del conflicto mediante acciones de escalada y desescalada que se llevan a cabo para conseguir objetivos concretos y/o mejores posiciones en el momento de alcanzar un proceso de negociación, mediación, arbitraje, entre otros, del conflicto. Las acciones que se llevan a cabo y la intensidad de las mismas permiten predecir en gran medida la actitud de cada parte en el conflicto. En este sentido, una vez que el conflicto ha llegado a un *impasse* por el motivo que sea (cansancio, extensión en el tiempo, agotamiento de recursos, creer que se dispone de una buena posición, etc.), es cuando se puede comenzar un proceso de resolución, gestión o transformación pacífica del conflicto mediante alguno de los métodos negociadores (negociación entre partes, mediación de un tercero, recurso a los tribunales judiciales, arbitraje, etc.) que se establezcan o que sean utilizados por tradición.

— *Cuarto*, estos resultados explican la dificultad de llevar a cabo el diseño y el desarrollo de una teoría que permita explicar todos los conflictos, es decir, una teoría general de conflictos. En los casos en que se ha intentado, la gran cantidad de factores y variables que intervienen en el modelo no ha suscitado el apoyo unánime de los investigadores, y en este capítulo pretendemos ver la dificultad que tiene a la hora de la mediación intercultural. Es más factible desarrollar modelos teóricos a menor escala que estén diseñados para dar un modelo, cada uno de ellos, un tipo específico de conflicto al que se ajuste lo mejor posible, lo que quizá permita posteriormente unificar algunos modelos simples en otros más sofisticados. Este hecho abre un amplio campo de investigación en el futuro. La exposición de una gama amplia de teorías y de aspectos prácticos es importante para el desarrollo de una amplia gama de la regulación del conflicto y en los mecanismos de la mediación intercultural.

— *Quinto* y no menos importante, podemos señalar que el intento por homogeneizar las culturas, en la época de la globalización y de la supremacía de los intereses particulares, convierte a los individuos en un prototipo orientado al

consumo. En todos los países existen reticencias a la desintegración cultural, a la pérdida de tradiciones y costumbres, lo que se traduce en conflictos interculturales, racismo, xenofobia, violencia, marginación y exclusión social con un largo etcétera de citaciones de difícil solución.

6. BIBLIOGRAFÍA

ANDALUCÍA ACOGE (1996): *El acercamiento al otro. Formación de Mediadores Interculturales*, Junta de Andalucía, Sevilla.

CARBONELL, F.: «Desigualdad social, diversidad cultural y educación», en Aja, E. Carbonell, F. Colectivo IOÉ *et al*., *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos*, Fundació «la Caixa», Barcelona, 1999.

COLECTIVO AMANI: *Educación Intercultural. Análisis y resolución de conflictos*, Editorial Popular, Madrid, 1994.

DANTÍ, F.: «Vida y conflicto. Narración de una experiencia en resolución de conflictos y mediación en un centro educativo de secundaria», en Vinyamata Camp, E. (ed.), *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*, Graó, Barcelona, 2003.

ENTELMAN, R.: *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo plan*, Gedisa, Barcelona, 1999.

ESSOMBA, M. Á.: *Liderar escuelas interculturales e inclusivas. Equipos directivos y profesorado ante la diversidad cultural y la inmigración*, Graó, Barcelona, 2006.

FLORESCANO, E.: *Etnia, Estado y Nación*, Taurus, México, 2001.

FRY, D. P.: *The Human Potencial for Peace. An Anthropological Challenge to Assumptions abourt War and Violence*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

HERSKOVITS, M. J.: *El hombre y sus obras. La ciencia de la antropología cultural*, FCE, México, 1995.

JIMÉNEZ BAUTISTA, F.: «Paz neutra y la realidad indígena como constructora de espacios neutrales de paz», *Espacios Públicos*, 17, UAEMéx., Toluca, 2006a, pp. 352-366.

— «La inmigración marroquí en Granada: su imagen y percepción por los jóvenes granadinos», *Estudios Geográficos*, n.º 261, vol. LXVII, julio-diciembre, 2006b, pp. 549-578.

— *Saber pacífico. La paz neutra*, UTPLoja, Loja, Ecuador, 2009.

— *Racionalidad pacífica. Una introducción a los Estudios para la paz*, Dykinson, Madrid, 2011.

— «Conocer para comprender la violencia: origen, causas y realidad», *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 58, vol. 19, enero-abril, México, 2012, pp. 13-52.

JIMÉNEZ BAUTISTA, F., «Cultura», en López Martínez, M. (dir.): *Enciclopedia de paz y conflictos*, Editorial Universidad de Granada/Junta de Andalucía, Granada, 2004, pp. 206-209.

ROSSI, I. y O'HIGGINS, E.: *Teorías de la cultura y métodos antropológicos*, Anagrama, Barcelona, 1991.

ROSS, M. H.: *La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*, Paidós, Barcelona, 1995.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S. y JIMÉNEZ BAUTISTA, F.: «Formación de actitudes frente al racismo. ¿Es posible?», en Jiménez Bautista, F. y Sánchez Fernández, S. (eds.), *Granada, ciudad intercultural e integradora*, IMFE, Granada, 1997, pp. 329-355.

SOUTO GALVÁN, B.: *Inmigración y mediación intercultural. Aspectos jurídicos*, Dykinson, Madrid, 2013.

CAPÍTULO XXI

MEDIACIÓN EN ÁMBITOS VECINALES Y COMUNITARIOS

DANIELA PATRICIA ALMIRÓN
Abogada-Mediadora
Responsable de la Oficina del Servicio Público de Mediación
Poder Judicial-Puerto Madryn-Chubut-República Argentina

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 1.1. *Motivación.* 1.2. *Delimitación de temas*. 1.3. *El paradigma de la libertad de comunicación.* 1.4. *La mediación como solución de un conflicto y como acceso a justicia.* 2. VECINO Y COMUNIDAD. 3. MEDIACIÓN EN ÁMBITOS VECINALES Y COMUNITARIOS. 4. RELATO DE CASOS. 4.1. *Oremos con música*. 4.2. *Como perro y gato.* 4.3. *La arboleda.* 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

1.1. MOTIVACIÓN

He sido convocada, y me da mucho placer, para escribir sobre la mediación en el ámbito vecinal y comunitario.

El primer intercambio de reflexión con el profesor convocante fue justamente esto: vecinal y comunitario, o vecinal y/o comunitario.

Bien, este dilema desde ya les anuncio que no estoy segura de resolverlo, lo que sí les ofrezco y propongo contarles es cuál es mi mirada, la experiencia que he podido transitar, yerros y aciertos en mediaciones que atraviesan al vecino como parte de la comunidad, y a la comunidad que contiene al vecino, al ciudadano.

Al hablar de mediación vecinal, hablaremos de conflictos que transitan ciudadanos vecinos, en sus vínculos y vivencia vecinal, y como parte de esa comunidad vecinal, y que podrán ser conflictos de interrelación o que comprendan a varios vecinos. Y también se nos presentan aquellos conflictos que implica se vean afectados un conjunto de vecinos, justamente como comunidad vecinal ciudadana, y en definitiva estaremos rondando siempre al «vecino». También podrán ser situaciones de uno o varios vecinos que convocan a una institución gubernamental, una asociación o una entidad privada. También se develarán situaciones atravesadas por lo multicultural y la subcultura.

Resalto que el mediador podrá ser llamado en estas situaciones a desenvolver su rol como mediador y así acordado con los participantes. Las herramientas de la negociación, comunicación y mediación le permitirán también y podrá ser útil desenvolver un rol de facilitador, planteado y acordado con las personas

intervinientes. Propongo una mirada amplia de aplicación del proceso y del rol y formación del mediador.

En los procesos dialogales de solución de conflictos con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, y que justamente no es un juez, la «sentencia», el «acuerdo», el «entendimiento» lo «escriben» a sí mismos los participantes involucrados en el conflicto, protagonistas del mismo en su génesis, y potenciales hacedores de la solución.

Hasta aquí es mi punto de vista, y así seguirá siendo en el transcurso de este texto; como nos pasa en un proceso de mediación, las personas ansían poder exponer su punto de vista.

Mi deseo es que éste, mi punto de vista, pueda ser comprendido por ustedes y además que aporte para una nueva construcción.

Resuenan en mí, así en *brainstorming*, las ideas de vecino, comunidad, ciudadano, cercanía, lo compartido, lo que separa, lo que une, necesitarse, familia, trabajo, escuela, centro barrial, junta vecinal, asociación vecinal, deportes, niños, adolescentes, mascotas, jardines, veredas, estacionamiento de vehículos, patios, fiestas familiares, salud, tratamientos médicos, abuelos, adultos mayores, estado, municipio, funcionarios y muchas más…

Cuando un vecino se sienta con otro vecino en la mesa de mediación, confluyen en él un conjunto de factores, un todo que hace que sea ese vecino y no otro.

Destaco esto porque al diseñar este texto con el objeto de precisar cómo trabajar con mediaciones vecinales se develó esta simpleza quizás, y profunda a la vez, de un todo ser humano sentado ahí con otro todo ser humano, y con un todo, cómo no, institución puesto el caso.

La persona que acepta transitar un proceso de mediación con otra persona que es su vecino, o un grupo de vecinos que aceptan la mediación para intentar solucionar un tema comunitario con otros vecinos, o con una institución gubernamental o una entidad privada, se encuentran al momento del diálogo atravesados por su vida toda. Con esto digo: su trabajo, sus tareas cotidianas y ocupaciones, su salud, el marido, pareja, hijos, lo que ese día conversó y negoció con ellos, el panadero y el almacenero con quienes intercambió hace un momento, su familia extensa, su madre que llamó temprano, y así podría seguir enumerando mucho más.

Este contexto el mediador será importante que lo tenga presente al momento de colaborar con estos vecinos.

1.2. Delimitación de temas

Ahora bien, desde dónde viene, cuál es la causa fuente, como decimos en Derecho, de este punto de vista, cuestión que creo importante, responsable y respetuosa con ustedes los lectores.

Y ello porque quien escribe, en este mi caso, lo hace desde una suma de factores que confluyen y construyen su palabra, su voz, su doctrina.

Me expreso y comparto con usted lector, desde lo trabajado, experimentado,

sentido, percibido, errado, aprendido y aprehendido, a partir de un espacio y esquema institucional específico que creo importante referir, al efecto de acercarlos a esa tarea cotidiana que se me representa al exponer.

Esta vivencia cotidiana se da en un organismo llamado Servicio Público de Mediación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, en la ciudad de Puerto Madryn, República Argentina.

A partir de esta construcción y mirada propia desde el rol de mediador, propongo a ustedes compartirla y que se amplíe con la vuestra.

Ofrezco compartir entonces un recorrido por la comunicación y la libertad de cómo comunicarse, la mediación como acceso a justicia, una aproximación al vecino y la comunidad, circuito de atención de un caso de estas características, y relato de casos reales.

Si usted cree en la comunicación pacífica como un detonante en cadena multiplicador de muchas comunicaciones pacíficas, constructoras de vínculos pacíficos y edificadoras de la paz, estaremos cerca usted y yo a través de este texto.

1.3. El paradigma de la libertad de comunicación

La libertad es un paradigma personal, la libertad tal como la entiendo, la libertad/autonomía, libre del miedo, que ata y paraliza, e impide saltar.

Y la libertad en mí surge asociada a la felicidad, somos felices en cuanto somos libres… de miedos.

Eduardo Punset dice

> […] Pero con la mano en el corazón, debo confesar que lo único verdaderamente importante es que la felicidad es la ausencia de miedo […] (Punset, E., 2012).

Comparto con ustedes las siguientes preguntas, que considero oportunas para pensarse en mediación y cómo mediador, y por qué en la vida misma:

¿Qué comunicación interna conmigo mismo construyo? Y luego ¿qué comunicación ofrecemos a los otros para construir a su vez el vínculo con el otro?

Libertad de comunicar, libertad para comunicar, libertad de cómo comunico, libertad para dialogar o confrontar. Libertad para construir diálogo o confrontación, para construir paz o guerra, libertad también para destruir el diálogo.

Considero que «tejemos» la comunicación con el otro, digo padre, madre, hermanos, tíos, abuelos, familia, vecinos, compañeros de trabajo, personas casuales, y todos aquellos con quienes nos encontramos, hablamos, dialogamos, nos cruzamos vitalmente.

Cuando digo tejemos, me veo a mí misma sentada junto a mi madre, ambas con sendos pares de agujas largas, ni muy finas ni muy gruesas, con sendos ovillos de lana, y mi madre mostrándome cómo enlazar los puntos en las dos agujas juntas, y luego cuando estaba lista la cantidad de puntos enlazados, sacar una y empezar a tejer, uno para arriba uno para abajo, uno para arriba, uno para abajo, y así… seguíamos tejiendo, hasta terminar una parte de la prenda, que se uniría a otra.

Pues bien, así de alguna manera tejemos nuestros vínculos, eligiendo libremente, y aprendiendo de a dos o más, porque a veces, a esta liturgia «tejeril» se sumaban mis tías, y entonces se intercambiaban opiniones acerca del «tejido».

Esta descripción se me representa como base de la libertad de comunicación, y su contexto, edad, caracteres socio-económico-culturales, sexo, subjetividad, idioma, lenguaje, influyen en la construcción, y surge un «tejido de la comunicación».

Los vínculos vecinales nos convocan a tejer una comunicación atravesada la mayoría de las veces, ¡por tener vecinos producto del azar!

Escribo y aparece la película de Alex de la Iglesia *La comunidad*, en la que el conjunto de vecinos, de un edificio de apartamentos, se ven inmersos en un llamado común ante la muerte del vecino encerrado… ¡y con secretos!

Y evoco fuertemente una película argentina que se titula *El hombre de al lado*, dirigida por Mariano Cohn y Gastón Duprat, en la que una familia que vive en una exclusiva casa, «la casa Curutchet», construida por el famoso arquitecto Le Corbusier, en la ciudad de La Plata (Buenos Aires), se despierta una mañana con un sonido seco y constante, que provenía de la vivienda que daba a su fondo, y en la que el vecino estaba ¡haciendo una ventana! Cuya vista daba directamente hacia el interior de la casa «Curutchet». Resalto que la película fue filmada en la misma casa, no en instalaciones externas.

Ambas películas los invito a verlas, considero que la cinematografía aporta en la construcción del rol del mediador y de sus herramientas.

Los desafíos de la comunicación y del uso de códigos lingüísticos resultan hoy verdaderamente sorprendentes, e influyen sin duda alguna en esa elección de cómo construir comunicación y por tanto gravitan en la calidad de encuentro comunicacional que mantenemos. A todo esto no es ajeno un conflicto vecinal, sino que está atravesado por lo descrito.

Dejo estas inquietudes:

¿Será esto de comunicarnos un desafío a nuestra generosidad?

La generosidad de entregarnos a elaborar, escuchando al otro, sin imponerme y acoplarme. La generosidad de ofrecer una modalidad de comunicación y que provoque encuentros.

¿Será esto de comunicarnos un desafío a nuestra paciencia?

La paciencia de la escucha atenta y activa, de lo que el otro tiene para ofrecerme. La paciencia conmigo mismo, buceando qué tengo para ofrecer.

¿Será esto de comunicarnos un desafío a la flexibilidad?

La flexibilidad propia de acomodarnos, sintonizar con el otro, con quien deseo comprenderme/comprendernos.

Será aquello de «no sólo es lo que digo, sino cómo lo digo».

Lo disponible a nuestro alcance, somos nosotros mismos, «yo mi me conmigo»; parafraseando a Joaquín Sabina, el otro es indisponible para mí. Entonces sobre quien puedo disponer de cómo construyo, qué construyo, qué construcción ofrezco soy yo mismo.

Aguardo estas reflexiones los inviten a ustedes también a reflexionar, aguardo los

provoque.

1.4. La mediación como solución de un conflicto y como acceso a la justicia

Previo a avanzar en una propuesta de modalidad de abordaje de mediaciones de naturaleza vecinal comunitaria, creo importante tener presente algunas ideas que considero básicas en quienes abordan la solución de conflictos de manera pacífica y dialogada, ya sea que lo soliciten, que sean convocados, que sean mediadores, o jueces, por qué no, con voluntad de ayudar a conciliar.

El conflicto es inherente a la vida, a la vida cotidiana, ¿el conflicto? o… situaciones de preocupación, o problemáticas, o de confusión y temor, o en definitiva todo aquello que personal, íntima y subjetivamente sentimos como un conflicto. Desde que nos levantamos estamos tomando decisiones, implicando ello que elegimos, individualmente o en el encuentro con otro, así es todo el tiempo.

Las situaciones, hechos, percibidos como conflictos, lo serán más o menos graves, también desde el punto de vista y la emotividad de cada uno.

Es así que ante experiencias de conflicto, y que nos perturban, el ser humano busca espacios de solución, de alivio, y busca muchas veces espacios institucionales, privados o públicos, y así puede arribar a un espacio judicial, jurisdiccional o no. Busca acceder a justicia. Anhela una solución justa.

Desde mi perspectiva, un espacio de mediación institucional y un proceso de mediación implican acceder a justicia por parte del ciudadano.

¿Qué es la justicia? ¿Qué es lo justo? Qué es lo justo para mí, para usted, para cada uno de nosotros. Las personas buscan al juez en la solución de conflictos, porque quieren «justicia», y a diario escucho que las personas que van buscando el espacio de mediación del Poder Judicial, en el que me toca mi función, reclaman una solución justa, y también reclaman que se les dé la razón.

Estoy convencida que el desarrollo de habilidades de comprensión del punto de vista del otro proporciona un espacio de aprecio recíproco, que es el comienzo del camino para arribar a una solución justa. Ya que la comprensión no implica ceder, y si comprendo y me siento comprendido, y por ende apreciado y muestro aprecio por el otro, en cuanto a lo que da sustento a su punto de vista, pasaré de un vínculo de confrontación a uno de colaboración.

El juez, quien decide en función de elementos objetivos que le acercan las partes, al tomar una decisión por aquellos que le han cedido parte de su voluntad, nunca alcanzará a satisfacer a todos, no es posible.

Sólo el encuentro con el otro en igualdad de condiciones, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial que colabore en la comprensión de los puntos de vista de cada uno, propiciará la construcción de una solución que satisfaga a todas las partes intervinientes, y que sea sentida por ellos como justa.

Mi pretensión es esbozar la idea de justicia, ya que el presente trabajo no la abordará en su completud.

Entiendo útil reseñar los antecedentes del Derecho romano al respecto.

Resulta interesante, desde mi parecer, la mirada sobre derecho, moral, justicia y equidad, concebida por los romanos. Por ello, cito a continuación al profesor Eugene Petit (Petit, E., 1999):

> El *jus*, con arreglo a su misma etimología, no era desde luego para los romanos más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, y a las cuales los ciudadanos estaban obligados a obedecer. Pero esta idea se ensancha hacia la mitad del siglo VII, bajo la influencia de la filosofía griega. Los jurisconsultos admiran, fuera de las prescripciones del legislador, la existencia de un derecho innato, anterior a las leyes escritas, y aplicable a todos los hombres. Dentro de esta nueva concepción, no siempre evitaron el confundir el derecho con la moral. Esta confusión se revela en la definición del derecho que nos da Ulpiano según Celso: es el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo. La misión del legislador no es consagrar como reglas de derecho todo lo que es bueno. En él hay preceptos de moral que escapan a la sanción de la ley positiva: tales son los que más bien tienden a fijar los deberes del hombre consigo mismo que las relaciones con sus semejantes. La misma censura puede ser dirigida a Ulpiano cuando formula así los tres grandes preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo. Sólo los dos últimos se refieren al derecho. Vivir honestamente, respetarse a sí mismo, es una regla de moral que tiene su sanción en la conciencia y no en la ley. […] En la práctica, los romanos siempre han distinguido con cuidado el dominio del derecho del de la moral. Quizá ninguna legislación ha observado mejor esta separación, absteniéndose de reglamentar todo lo que es asunto de conciencia, asegurando así el respeto de la libertad individual.
>
> […] *De jus* derívase justitia y jusrisprudencia: *a*) Justitia es la justicia, cualidad del hombre justo. Para merecer la calificación de justo no basta serlo, en efecto, en un momento dado: se necesita conformar su conducta al derecho sin rebeldía.
>
> […] Se expone ordinariamente por los tratadistas, en punto al concepto de justicia en Roma, que tal noción envuelve dos ideas: la de la voluntad y la del derecho. […]

El mayor reclamo del ciudadano, de cada persona que busca en un tercero la solución de un conflicto que le aqueja con otro, es un reconocimiento moral.

> Kömives intuía que justicia y «hechos» son cosas diferentes. El mundo confuso y ambiguo de «los hechos» se transformaba en la sala, y en la mayoría de los casos el juez sólo podía conocer la verdad apoyándose en su intuición, pues los que entraban en la sala llevaban espejos que deformaban su imagen: los enanos querían hacerse pasar por gigantes; los gordos, por delgados, y los flacos, por robustos. La verdad es, ante todo, saber situarse en la medida justa. Nadie le había enseñado esta ley, pero él la sentía con todo su ser a través de la experiencia de su padre y sus antepasados, y mediante el raciocinio, que advierte el peligro (Sándor Márai, 2002).

2. VECINO Y COMUNIDAD

El fenómeno de lo vecinal nos atraviesa a cada uno de manera diferente. Se me ocurre que cada uno evoca una representación de su vecindario, de su barrio, de sus vecinos, ajustada a su propia experiencia vital, y cada uno tendrá una diversa vivencia. Lo que estoy segura es que esa vivencia es trascendente en cada ser humano; tanto como la familia en la que nacimos y con la familia que hayamos crecido, lo es el vecindario.

Con todas las connotaciones que implican para la vida ciudadana el vecindario. Históricamente a los fines del censo, de organización comunitaria y como conjunto de personas legitimadas para tomar decisiones para el todo.

Creo que esta pertenencia es mucho más trascendente de lo que a simple vista pueda parecer, y nos marca para el resto de nuestra vida en comunidad; más que positiva o negativamente, opto por ser neutra, nos marca.

El *Diccionario de la Real Academia Española* (22.ª ed., 2001, tomo II, Editorial Espasa) nos dice que:

> vecino/na. (del lat. *vicinus*, de *vicus*, barrio, lugar). Adj. que habita con otros en un mismo pueblo, barrio o casa, en habitación independiente. U.T.C.S.//2. Que tiene casa y hogar en un pueblo y contribuye a las cargas o repartimientos, aunque actualmente no viva en él. U.T.C.S.//3. Que ha ganado los derechos propios de la vecindad en un pueblo por haber habitado en él durante el tiempo determinado por la ley. U.T.C.S. vecindario. Conjunto de vecinos de un municipio o sólo de una población o de parte de ella.

Entiendo como una interesante mirada acerca de la comunidad lo siguiente:

> Una de las formas por las que el hombre descubre sus identidades se alcanza a partir del diálogo con su lugar de pertenencia. Volver a nacer es algo vedado a las posibilidades humanas, por lo que la vida mamada en nuestra época primigenia constituye nuestro reservorio ineludible de sentidos, valores y sentimientos. Este estanque vivencial encuentra sus afluentes en dos realidades: la familia y nuestra comunidad de origen. […] Somos lo que aquel universo dialógico-cultural ha hecho de nosotros a partir de nuestros hábitos, reyertas, creencias y relaciones. Este determinismo sociohistórico no supone la impugnación de nuestra autarquía individual sino que la completa, ya que jamás podremos ser hombres sin otros hombres, tener cultura sin cultivarnos, querernos sin haber querido, ni luchar por ideales sin que antes hayamos pugnado por los principios de nuestra colectividad (Barbieri, J., 2008).

Lo cotidiano, que nos construye, nos aburre o nos estimula, como seres individuales y en comunidad, descrito por Humberto Maturana, nos dice:

> Todo nuestro quehacer humano opera en nuestra cotidianeidad, y si no reconocemos y aceptamos que esto es así, no podemos apreciar correctamente cómo nuestra existencia biológica como sistemas vivos que convivimos en el lenguaje puede generar algo que ninguna técnica habría podido generar sin la participación creativa de seres humanos, por la sencilla razón de que la técnica es un producto de entidades biológicas humanas (Maturana, H., 2008).

Avancemos entonces en esto de los conflictos vecinales y comunitarios y su posible abordaje pacífico.

3. MEDIACIÓN EN ÁMBITOS VECINALES Y COMUNITARIOS

El ejercicio de mi rol de mediadora, en estos diez años, ha transitado por un espacio judicial dedicado exclusivamente a la mediación, con características tan particulares y flexibles, que me han permitido en el transcurso de este tiempo realizar modificaciones de gestión, repensar modos de abordaje, flexibilizar protocolos, contemplar excepciones, y todo el tiempo reflexionar sobre mi tarea, cuestión que creo fundamental en un mediador, en un profesional.

La modalidad de trabajo y abordaje de casos, en particular con contenido vecinal y comunitario, está dado en ese contexto que brevemente tiene las siguientes características:

Constituye un servicio de acceso público y gratuito dentro del Poder Judicial, dedicado exclusivamente a la mediación. El proceso es voluntario, no requiere patrocinio letrado obligatorio, es dialogal, comunicacional y confidencial. El equipo de mediadores está integrado por profesionales de diferentes disciplinas, que han realizado la formación en mediación y trabajamos en duplas de comediación, donde

ambos mediadores están en igualdad de condiciones. Se pueden llevar a mediación en este ámbito todas aquellas cuestiones disponibles para las partes, por lo que se trabaja en mediaciones de naturaleza familiar, contractual, civil, adolescentes, penal restaurativo y vecinal y comunitario.

Desde un primer momento de acercamiento de un particular al proceso de mediación, es vital transmitirle que es un espacio voluntario —en la premediación se chequea la voluntad de continuar en el proceso, el que puede abandonarse en cualquier momento, como así retomarse luego—, que el mediador conducirá el proceso, en los encuentros fijados, y el participante es el dueño de la solución. El rol del mediador es de neutralidad (no impongo mis valores, me aparto) y de imparcialidad (no estoy a favor de uno de los participantes en desmedro del otro). El mediador propone las pautas de organización del encuentro, en un llamado quizás de orden a lo que puede ser un desorden vivencial que traen las personas consigo. Esto genera un contexto pacífico para hablar, expresar, escuchar, atender y ser atendido y escuchado. Estas personas es posible que estén presas, presas de sus indecisiones e inseguridades; el mediador recordará la libertad de decisión con la que cuentan, el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Esta modalidad de trabajo se plasma mediante el discurso inicial, que en comediación lo importante es distribuirlo entre ambos mediadores; legitimará el espacio, el proceso, a los mediadores y a los participantes. Al trabajar en comediación, el primer acuerdo será la buena comunicación de los mediadores. Acompañarse en comediación es una experiencia maravillosa, enriquecedora y especialmente si lo es interdisciplinaria.

El particular transita entonces por los siguientes pasos, conjuntamente con el mediador:

— Premediación (entrevista inicial informativa y de esbozo del conflicto).

— Reunión de mediación: conjunta y/o individual.

— Discurso inicial (explicativo del proceso de mediación, características, pautas pacíficas y de respeto del encuentro).

— Firma del convenio de confidencialidad (dependiendo de la práctica de cada espacio en el que se desarrolle).

— Exploración, parafraseo, encuadre, exploración, parafraseo, replanteo, nacimiento de alternativas probables de solución.

— Merituar la utilidad de consultar por las partes y/o invitar al proceso de mediación profesionales de otras disciplinas en acuerdo con las partes: arquitecto, maestro mayor de obras, plomero, gasista, constructor, etc.).

— Transformación: emotiva, actitudinal.

— Con acuerdo: se escribe con los mediadores o puede ser verbal.

— Sin acuerdo: posibilidad de volver a encontrarse en el espacio de mediación en otro momento, luego quizás de otros abordajes, o luego de cambio de contextos.

El mediador transita por los siguientes pasos:

— Encuentro con el comediador y chequeo inicial breve recogido en la premediación.

— Presentación con los participantes, discurso inicial.

— Exploración, parafraseo, exploración, encuadre, replanteo, tarea para la casa, uso del rotafolio, síntesis.

— Posibles soluciones y posible acuerdo (merituar la posibilidad de convocar a otros que colaboren con la solución en acuerdo con los participantes).

— Se escribe el acuerdo con los participantes en el caso.

— Trabajo conjunto con el comediador de reflexión de la tarea.

— Análisis de estrategias y técnicas utilizadas, detección de posiciones e intereses, transformación de actitudes participantes y mediadores.

Sobre el proceso de mediación, comparto esta doctrina:

> Como el mediador no tiene poder sobre las partes, el procedimiento es su única arma, y a ella debe acudir cuando los ánimos se caldean. […] Los mediadores utilizan la palabra «procedimiento» con dos significados diferentes: *a*) Para indicar la serie o conjunto de actos o de fases en la evolución de la mediación, hasta llegar a su culminación; *b*) Para indicar el carácter, los medios y el método con que esos actos se llevan a cabo. […] Por ello, en tanto en la negociación las partes controlan el procedimiento y la solución, en la mediación mantienen el control de la solución, pero ceden al mediador el control del procedimiento (Highton, E. I. y Álvarez, G. S., 2008).

Desde el procedimiento de mediación se intenta transmitir e inspirar en las personas atravesadas por un conflicto la creencia que es posible colaborar desde la comunicación para construir su propia solución y en su propio contexto, y que se multiplicará a los demás ámbitos positivamente. Cuando las personas en el ejercicio de la autonomía de su voluntad aceptan el procedimiento de mediación, toman las riendas de sus propias decisiones. Como mediador se participa de la maravilla de la transformación producida en los participantes.

En el ámbito que me compete, el trabajo con mediaciones de índole vecinal y comunitaria resultan de abordaje cotidiano, ya que en los tiempos actuales los conflictos con base en las relaciones de vecindad, o también de raíz de tema comunitario más amplios, son diarios.

Desde un principio he sentado mi perspectiva sobre lo vecinal y comunitario, y entiendo que, si bien todos los conflictos son de la comunidad, hacer algunas distinciones puede resultar positivo a los fines organizacionales, sin desmerecer que todos los conflictos, aun los interpersonales, pueden ser comunitarios si tenemos en vista el bien común y la paz social que se pueden ver afectados en su totalidad por el malestar de sólo unos pocos miembros de esa comunidad.

Por tanto, lo trabajado en estos años de índole vecinal y comunitario fue variando y modificándose en el transcurso del tiempo, en cuanto a los conflictos específicos, como por los protagonistas, y por el contexto socio económico cultural y geográfico en la comunidad particular con la que me toca trabajar. Resulta notable y preocupante la entidad y contenido de los conflictos. Y no digo grave, porque para cada ser humano que transita un conflicto, inconveniente, malestar, esa situación que le causa dolor es ya grave, luego desde el proceso dialogal sin duda colaboramos con la

mirada que esa persona puede tener de la gravedad de la situación y entonces ayudar a aliviar.

Sí me atrevo a decir grave e intentando ser objetiva, y desde una mirada institucional en cuanto a la belicosidad manifestada por las personas atravesadas por conflictos basados en la vecindad inmediata o mediata como parte de una comunidad barrial por ejemplo, y rozando presuntos delitos en cuanto a las amenazas que pueden haberse proferido de manera verbal o de hecho y que arriban al ámbito del Ministerio Público Fiscal.

Creo verdaderamente que el espacio del proceso de mediación, negociación, dialogal pacífico, de manera preventiva y aun ya ocurridos los hechos, en los tiempos que vivimos, es la única forma de reconstruir la naturaleza amistosa, solidaria y hasta alegre de lo que pueden haber sido los vínculos vecinales. Asimismo en cuestiones de mayor amplitud vecinal comunitaria y en relación a organismos estatales o no, es también la manera propicia de abordaje.

Ha resultado de utilidad en estos casos, y a fin de que los participantes puedan contar con parámetros objetivos, invitarlos a consultar otros expertos (arquitecto, ingeniero, maestro mayor de obra, albañil, por dar algunos ejemplos), y munirse de su información o también participando del proceso. En algunos casos como éstos ha resultado de mucha utilidad la convocatoria y participación de responsables de las oficinas gubernamentales, como pueden ser Servicios y/o Obras Públicas, pues la presencia gubernamental ha resultado colaborativa y constructora de confianza en los participantes.

Es necesario, opino, realizar verdaderos planes de concientización del diálogo entre vecinos, entre los miembros de la comunidad por temas que les afecten al todo y que la solución pueda depender en gran medida de ese todo comunidad: barrial, del club, del asentamiento, etc. Contar con operadores preparados y como mediador es óptimo en lo posible conocer ese barrio, caminarlo, apreciarlo. Esto redundará en beneficio de todos, y aviso, como ya he adelantado, la justicia penal no es la respuesta satisfactoria a estos conflictos, sino el poder y autonomía de cada ciudadano ayudado en la construcción de la solución; es, considero, la única herramienta eficaz.

Los participantes arriban a acuerdos de las más diversas modalidades. Pueden arribar a acuerdos por escrito, que se escriben en la misma reunión y que sea firmado por participantes y mediadores, y cada uno se lleve su ejemplar, pudiendo homologarlo si fuera factible y por voluntad de cualquiera de las partes. Es decir, presentado al juez competente para que sea convertido en sentencia. Y también pueden arribar a acuerdos verbales, que considero tan válidos, sustentables y sostenibles que un acuerdo hecho por escrito.

En muchas oportunidades, ya sea que esté manteniendo una entrevista inicial de premediación o una reunión de mediación, las personas preguntan y se preguntan acerca de qué hacer si no se cumple. Mi reflexión siempre es que los acuerdos nacen para ser cumplidos, como así rige siempre la buena fe, es un principio del Derecho romano, en el caso del Derecho argentino plasmado en el artículo 1.198 del Código Civil. Escritos o no los acuerdos, siempre son morales, la buena fe sustenta las

relaciones; si la buena fe está ausente, todo será más dificultoso: dialogar, escucharse, apreciarse y acordar.

Los acuerdos pueden también tener contenido patrimonial o puramente moral y de reconocimiento y disculpas, que cada vez suele ser más vital como parte de ese «aprecio por el otro», como así constructor de paz y esperanza.

4. RELATO DE CASOS

Los casos que a continuación relataré, con el solo fin académico, son reales, y por ello y a fin de resguardar la confidencialidad, nombre y parte del contexto ha sido modificado.

4.1. OREMOS CON MÚSICA

Una mañana se acerca por la oficina la señora María, acompañada de su hijo Osvaldo, ya mayor, diciendo que le habían informado en el Municipio que por su problema se acercara por la oficina de mediación, que ahí podrían ayudarla. Se mantuvo reunión de premediación, y en esta entrevista explicó que hacía varios años que era vecina de Antonio, que es pastor de una Iglesia evangélica. Que hasta hace un tiempo las celebraciones no se realizaban en la casa de Antonio, pero de un tiempo a esa parte habían comenzado a hacerse en su casa. No sólo esto, sino que, como eran vecinos lindantes, habían apoyado recíprocas construcciones, y en la actualidad tenían un problema con la caída de agua al llover, que estaría perjudicando a María.

Relataba que viernes, sábado y domingo, desde las 18 horas aproximadamente hasta las 23 horas, colocaban unos grandes parlantes en la calle, y la música, todo lo que el pastor decía y las canciones se escuchaban a todo volumen. Agregó que habían tenido un encuentro con el pastor y otra gente de la iglesia, en la que se habrían gritado y proferido algunos insultos, acercándose la policía ante el llamado de otro vecino. María aceptó el proceso de mediación.

El pastor fue citado a premediación, asistió junto con su hijo Roberto. Se le explicaron las características de ese espacio de mediación y del proceso, y que había sido requerido por su vecina María, molesta por los horarios y el volumen de la música. Aceptó el proceso de mediación y se fijó fecha de reunión. El día de la reunión de mediación se presentó María con su hijo Osvaldo, y por la Iglesia evangélica sólo se presentó el hijo del pastor, Roberto.

María aceptó conversar con el hijo del pastor, pese a que prefería que hubiese estado Antonio. En la reunión María pudo explicar que su hijo, aunque mayor, padecía una dificultad de maduración, que implicaba que estuviese bajo su cuidado y protección todo el tiempo, afectándole mucho la música a todo volumen y durante tantas horas de la Iglesia. A todo esto Roberto explicó que su padre se encontraba atravesando una delicada situación de salud, no encontrándose en la ciudad, ya que estaba siguiendo un tratamiento en la capital, y ésa era la razón por la que Antonio no

estaba en ese momento. Roberto agregó que, para ser respetuoso con María y el espacio de mediación, se presentaba él con ánimo de intentar una solución. Esto fue aceptado por María, pero ella reclamaba una solución. Roberto le propuso reducir las horas, y bajar el volumen, manifestó comprender el padecimiento de María y su hijo. Expresó que transmitiría esto a su padre como a las demás personas responsables de la Iglesia para que se cumpliera. Con relación a la caída de agua, acordaron consultar un experto que les diera su opinión técnica de cómo solucionarlo, y encontrarse nuevamente en una mediación.

Esto narrado, que fue parte de un proceso en el tiempo, con intervención de un mediador en la entrevista inicial y dos comediadores en la mediación, y que se inició con un gran malestar y enojo de parte de María, tuvo una solución pacífica, por la oportunidad de escucharse y conocer un poco más del otro, de su vida y sus padeceres.

4.2. Como perro y gato

Juan y Ariel fueron convocados a sendas reuniones de premediación, motivado por un pedido de intervención de fiscalía, ante una denuncia de amenazas de Ariel contra Juan. En esa oportunidad aceptaron el proceso de mediación, en reuniones conjuntas, y al mantener la reunión de mediación manifestaron que ya habían podido hablar y se habían pedido disculpas por el suceso ocurrido, escribieron un acuerdo conteniendo estas manifestaciones y un compromiso de buen trato, informando además a fiscalía que no deseaban continuar con la acción penal.

Pasado un año se presenta Juan espontáneamente, se mantiene reunión de premediación y manifiesta que han surgido nuevas situaciones con Ariel, con quienes comparten un patio. Ariel lo habría acusado a Juan de no cuidar lo que hace su perrito caniche, y que sus excrementos quedaban esparcidos en el patio del lado de Ariel. Esto a los gritos, insultándose y amenazándose. A todo esto, Juan explicaba que los excrementos no eran de perro, sino de gato, que se prestaba para que los analizasen si era necesario. En oportunidad de mantener esta entrevista, y mientras le confeccionaba un certificado a Juan que acreditaba para su trabajo haber concurrido a una oficina del Estado, era evidente que no estaba en uno de sus mejores días, y apoyado sobre la ventana, mirando hacia afuera, me pregunta: «¿Dra., qué se hace cuando uno no tiene ganas de ir a trabajar?»

Me comprometí con Juan a comunicarme con Ariel a fin de poder propiciar una reunión de mediación. Así es que cité a Ariel, y él se comunicó telefónicamente, manifestando que no podía asistir a la entrevista, dado que estaba sin trabajo y entonces cuidaba a sus hijas en la mañana mientras su esposa iba a trabajar. Aceptó la reunión y combinamos un horario óptimo para su actual organización familiar. No obstante, ya expresó su malestar con Juan, en cuanto a que no cuidaba la higiene y limpieza del patio, permitiendo que su perrito hiciera sus necesidades en cualquier lugar sin luego limpiar.

Se mantuvo la reunión de mediación; de manera conjunta y en privadas, ambos

estaban muy enojados y nerviosos, pero el contexto creado les permitió escucharse, explicar que quizás Ariel pudiese estar equivocado en cuanto a los excrementos del perrito, pero comprometiéndose Juan a ser cuidadoso con su perrito y además a construir un pequeño cerquito que impidiera que la mascota se cruzara al espacio de Ariel. También en esta oportunidad pudieron disculparse mutuamente, y manifestaron que era suficiente con la palabra, que no necesitaban escribir un acuerdo.

Juan estaba atravesado por varias dificultades, haber perdido su trabajo y no conseguir otro, como así cierto exceso con el alcohol; Juan pudo ver esto también, que le permitiera tener quizás más paciencia que en otras condiciones. Además lo positivo es que ambos optaron por la mediación de manera espontánea, volvieron a elegir ese espacio.

4.3. La arboleda

«La calle donde habito…» canta Sabina, y yo les digo, el pueblo donde habito… pues tiene algunos espacios que han sido ganados por la gente, armando «barrios» o pequeñas comunidades, que más allá del reconocimiento y ordenamiento municipal, constituyen un verdadero vecindario. Es así que en el ámbito de este barrio se encontraba un Centro de Gestión Barrial del Municipio, y su responsable Francisco, a quien conocía de haber visitado justamente el Centro contando sobre la oficina, se puso en contacto y me narró lo siguiente:

Que se había presentado un conflicto en el Barrio «La Arboleda», ya que si bien contaban con una presidenta de la Junta Vecinal, a raíz de un problema que él no tenía claro cuál era, habían «sacado» a Mecha, y había otra presidenta. Los vecinos estaban enfrentados, enojados, y descuidando justamente un valor de ese barrio que era su arboleda, algo con lo que no contaban los demás barrios.

Es así que le propongo acercarme por el barrio, y poder explicarle a los vecinos acerca de la mediación y si aceptarían colaboración para conversar sobre el conflicto que se les había presentado. Bien ahí estaba yo en «La Arboleda» —aclarando que los árboles aún eran pequeños— con frío y viento patagónico, en la puerta de la casa de Mecha, ya que Francisco había pasado el pregón que a las 17 horas nos reuníamos ahí, sobre una de las calles —sin pavimentar— para presentarme y explicarle a los vecinos. Ahí estaba Mecha, que no le faltaban dotes discursivas, y estaba muy dolida y enojada porque no entendía qué era lo que había pasado para que la «destronaran» de esa manera, arbitraria e injusta. Pude explicar de alguna manera mi rol y para qué estaba ahí, y acordamos una nueva fecha para reunirnos en el salón del Centro de Gestión Barrial, a las 18 horas, para que así pudiesen asistir más señoras con sus esposos, cuando salían de trabajar y luego de asearse, según me explicaron.

El día fijado asistimos con Lucía —mediadora de mi equipo— al salón donde funcionaba el Centro de Gestión Barrial del Municipio, armamos las sillas en semicírculo, estaba Francisco y esperamos que se acercaran los vecinos. Se acercó Mecha y unos cuantos vecinos más y habíamos pensado en una facilitación para que ellos pudiesen expresarse y escucharse luego de contarle nuevamente quiénes éramos

y cuál era nuestro rol. Fue un encuentro interesante, uno a uno los vecinos fueron expresando lo positiva que había sido la gestión de Mecha, cómo había impulsado muchas cosas en el barrio, obras que habían redundado en beneficio de «La Arboleda», y también expresaban desconocer cuál era la situación concreta de la «crisis presidencial». Acordamos un nuevo encuentro, para el que con Lucía preparamos unas láminas para proyectar, aprovechando que contaban con un proyector. Preparamos imágenes de un gran árbol y en sus ramas todos los desafíos, y en los frutos todos los logros. Esto los movilizó, y los vecinos expresaron que deseaban que Mecha continuara como presidenta, que la «crisis» que aparentemente había surgido por una confusión en el uso del tanque de agua y su reposición ya estaba aclarada, y que se organizarían para realizar las actas correspondientes que repusieran a Mecha.

Esta mujer aguerrida precisaba reconocimiento, toda su energía y ocupación estaba puesta en esta gestión y en el poder y autoridad que representaba para ella, y a su vez lo positivo que era para los vecinos, ya que los cuidaba internamente como así ante cualquier situación que significara «un ataque» a la Arboleda por parte de vecinos foráneos.

Ésta fue una experiencia de facilitación con herramientas de mediación, sosteniendo la comunicación, el lenguaje pacífico, la neutralidad e imparcialidad como facilitadoras.

5. REFLEXIÓN FINAL

Desde un comienzo adelanté mis expectativas sobre este diálogo compartido con ustedes, y digo diálogo, aguardando que al leerlo se les presenten preguntas, inquietudes, reflexiones, disidencias.

Esto que les cuento sea movilizador y esperanzador, ante tanto mensaje negativo, invasivo… El cambio requiere un esfuerzo propio, individual, ofrecido a los demás en los espacios en los que nos toque desarrollar una tarea social.

De cada operador en mediación dependen los cimientos en los que asienta el desarrollo de un encuentro de mediación; es responsable de ello, como también tiene el privilegio de experimentar y ser atravesado por las emociones y transformaciones de las personas con las que comparte ese encuentro. El trabajo de mediación con el vecino se transmitirá al siguiente vecino, a la junta vecinal, al municipio, es insospechado el *big bang* pacífico que puede provocar. Seamos conscientes de esto y no escatimemos esfuerzos en desarrollarlo.

Culmino con el maestro Maturana:

> ÉTICA. Todo acto humano tiene lugar en el lenguaje. Todo acto en el lenguaje trae a la mano el mundo que se crea con otros en el acto de convivencia que da origen a lo humano; por esto, todo acto humano tiene sentido ético. Este amarre de lo humano a lo humano es, en último término, el fundamento de toda ética como reflexión sobre la legitimidad de la presencia de otro (Maturana, H., 2003).

6. BIBLIOGRAFÍA

ALMIRÓN, D. P.: *Mediación en lo público. Acceso a Justicia. Gestión Judicial. Práctica de la mediación*, Ediciones del Cedro, Trelew, Argentina, 2012. www.edicionesdelcedro.com.ar.

PUNSET, E.: *El viaje a la felicidad. Las nuevas claves científicas*, Ediciones Destino, 2.ª ed., 2012.

PETIT, E.: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Universidad, 1999.

BARBIERI, J.: *De qué hablamos cuando hablamos de valores*, 1.ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2008.

MATURANA ROMESÍN, H. y PÖRKSEN, B.: *Del ser al hacer. Los orígenes de la biología del conocer*, Granica, 2008.

MATURANA ROMESÍN, H. y VARELA, G. F.: *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, Editorial Universitaria, Lumen, 2003.

HIGHTON, I. E., GLADYS, S. Á.: *Mediación para resolver conflictos*, AD-HOC, 2008.

SANDOR, M.: *Divorcio en Buda*, Narrativa Salamandra, 2002.

CAPÍTULO XXII

MEDIACIÓN POLICIAL

A) LA MEDIACIÓN POLICIAL

JUAN ANTONIO CRUZ PARRA
Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía
Doctor en Derecho

> En efecto, tanto les supo el cura decir, y tantas locuras supo don Quijote hacer, que más locos fueran que no él los cuadrilleros si no conocieran la falta de don Quijote; y así, tuvieron por bien de apaciguarse, y aun de ser medianeros de hacer las paces entre el barbero y Sancho Panza, que todavía asistían con gran rencor a su pendencia. Finalmente, ellos, como miembros de justicia, mediaron la causa y fueron árbitros della, de tal modo, que ambas partes quedaron, si no del todo contentas, a lo menos, en algo satisfechas, porque se trocaron las albardas, y no las cinchas y jáquimas; y en lo que tocaba a lo del yelmo de Mambrino, el cura, a socapa y sin que don Quijote lo entendiese, le dio por la bacía ocho reales; y el barbero le hizo una cédula del recibo y de no llamarse a engaño por entonces, ni por siempre jamás, amén.
>
> Miguel de Cervantes, cap. XLVI de la I parte de *Don Quijote*.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN POLICIAL? 3. LAS INFRACCIONES «ESTRELLA» DE LA MEDIACIÓN POLICIAL. 3.1. *Pequeñas infracciones patrimoniales*. 3.2. *Infracciones punta de iceberg*. 4. EL PROYECTO CONJUNTO UNIVERSIDAD DE GRANADA-CUERPO NACIONAL DE POLICÍA. 4.1. *Procedimiento de mediación policial.* 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo del presente Tratado dedicado a la mediación penal se plantea, como seguidamente se verá, un escenario de crisis del modelo penal en el que irrumpe el debate acerca de la conveniencia de recurrir a la mediación, afirmando que si bien ésta no ha de verse como pócima mágica que curará los males que aquejan al sistema, sí se erige como mecanismo que puede dinamizar y mejorar su respuesta, especialmente frente a las infracciones de menor entidad. Es palmaria la decisión de nuestros legisladores de abordar el proceso de naturalización de la mediación penal; a ello han contribuido, amén del indiscutible atasco de la justicia, otras causas, como el mayor interés criminológico e institucional por la víctima del delito o el fracaso de la pretendida función resocializadora de las penas tradicionales.

Pero, a la espera de ver culminados los nuevos derroteros legislativos, se antoja éste un momento oportuno para reflexionar acerca de las posibilidades de actuación

de la policía en el campo de la llamada justicia restaurativa. En consonancia con la necesidad de actualización de las concepciones clásicas que sustentan nuestro esquema penal, la policía también está llamada a adaptar su papel a los nuevos paradigmas. La adopción del monopolio de la violencia por el Estado moderno implicó la creación y especialización de la policía como unidad administrativa dedicada a su ejercicio; ésta nos da la medida exacta de la mezcla entre fuerza y libertad en un Estado y una época determinados (Hassemer, W., 1999: 43).

Y, aunque su función represora no va desde luego a desaparecer mientras exista el fenómeno de la criminalidad, no es menos cierto que una policía moderna debe aspirar a ser concebida por la sociedad, no como factor exógeno de control, sino como referente dentro de la misma.

Si en la sociedad industrial la autoridad se ejercía de forma disciplinaria, en las sociedades postindustriales actuales se ha instalado definitivamente una nueva relación con la autoridad. Más allá de vigilar y reprimir, ahora se trata de alentar la creatividad, la participación en las decisiones y la interlocución entre dirigentes y dirigidos. Los tradicionales agentes de control social, como la familia y la escuela, han transitado ese camino, del que los sistemas policiales tampoco deben quedar al margen. Dicho cambio de paradigma, trasladado al campo policial, equivaldría a pasar del clásico esquema reactivo, en el que el policía permanecía ajeno al entorno social para intervenir únicamente cuando se detectaba una infracción, a un modelo eminentemente proactivo, donde el policía es un conocedor de los procesos sociales que están teniendo lugar a su alrededor y, lejos de limitarse a la represión puntual del comportamiento desviado, pasa a formar parte del paisaje de cada comunidad, involucrándose con los interesados en la búsqueda de soluciones a los problemas de convivencia que les afectan.

La cuestión de la seguridad presenta hoy una multitud de aristas que exigen un tratamiento muy diferente: desde la puesta en marcha de políticas represivas de alcance global para enfrentar fenómenos relacionados con el crimen organizado (terrorismo, cárteles de la droga, tráfico de seres humanos, etc.), hasta la atención de las demandas ciudadanas a nivel vecinal o familiar, lo cual precisa políticas de cariz más asistencial que policial en el sentido clásico del término. En este contexto, podemos observar cómo las distintas instituciones policiales vienen prodigando esfuerzos para superar las barreras cognitivas que les separan del ciudadano. Las ya habituales campañas de publicidad institucional con consejos sobre seguridad doméstica, así como la creación de unidades policiales específicamente dedicadas a la interacción con los colectivos más vulnerables, dan fe de ello. En el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) existe, desde 1988, la Unidad Central de Participación Ciudadana y Programas (UCPCP). Este servicio, cuyo nombre original era, no por casualidad, Sección de Necesidades Sociales, ha ido confeccionando a lo largo de los años programas de seguridad dirigidos a grupos de riesgo, diseñando asimismo campañas de prevención ante situaciones coyunturales. Iniciativas de este tenor son dignas de alabanza, pero para llegar a ser un referente comunitario no basta la mera mercadotecnia; se requiere algo mucho más profundo: redefinir el rol de la policía

como elemento de control de una sociedad plural y democrática y ahondar en la perspectiva de la comunicación real con el ciudadano. He aquí donde puede entrar en escena la mediación como instrumento a emplear por el agente de policía.

La mediación conlleva un cambio de óptica, una nueva comprensión de las relaciones de poder y, por lo tanto, una redefinición del concepto de autoridad y un cambio de actitud respecto de quien lo aplica (Redorta Llorente, J., 2004: 29). A mi juicio, la difícil situación económica por la que atravesamos puede ser el punto de inflexión para que la policía asuma nuevas responsabilidades de intervención comunitaria, como la implantación de programas de mediación en los centros policiales, lo que coadyuvaría a proyectar su otrora papel opresor al de verdadero referente social. Nos hallamos en un escenario donde las tensiones y los conflictos, tanto individuales como colectivos, están más receptivos que nunca a lo que representa la mediación ciudadana y comunitaria, entendida fundamentalmente como instrumento de cultura transformadora de las relaciones sociales conflictivas. La propia Organización de Naciones Unidas, en su *Handbook on restorative justice*, afirma que el empleo de prácticas restaurativas por los policías representa un paso lógico en la evolución de la política social y de la misma Policía. Por otro lado, desde el punto de vista del ciudadano, dichas prácticas proporcionarían la posibilidad de contribuir a una importante y necesaria transformación cultural, a una integración ciudadana propia de una democracia participativa y, por qué no, a una mayor comprensión y respeto hacia el prójimo (Trebolle, M. A., 2012: 102).

2. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN POLICIAL?

Podemos decir que la mediación policial es aquella que se realiza en el seno de las instituciones policiales. Pero no nos referimos a la mediación informal que ha hecho el patrullero de toda la vida en la calle, sino a procedimientos formales de mediación, desarrollados por servicios policiales especialmente destinados a ese cometido. Desde este punto de vista se trata de una cosa reciente, apenas iniciada en los años noventa del pasado siglo, en países significativamente avanzados como Canadá, pudiendo identificarse dos vertientes de la mediación policial:

a) La aplicación, por el servicio de prevención y patrullaje en las calles de las ciudades, de un modelo de trabajo internacionalmente denominado *policía comunitaria* o *policía de proximidad*, en el que la mediación policial actúa como forma de expresión de la llamada mediación comunitaria, que se ha desarrollado en los barrios de las grandes ciudades, promoviendo un modo de resolución de conflictos de convivencia sin relevancia penal que requiere de la participación activa de los ciudadanos. Este tipo de mediación puede ser afrontada por el agente mediante una formación básica en habilidades comunicativas, susceptible de ser impartida en las propias dependencias policiales.

b) La creación de oficinas de mediación en las propias comisarías: dichos servicios, como el que coordinamos en la sede del CNP en Granada, pueden estar

conformados por mediadores externos, o por los propios agentes de policía pero, en este caso, no basta con policías con buena voluntad o determinadas aptitudes comunicativas; es imprescindible que se hayan formado adecuadamente en mediación y que sepan utilizar bien sus técnicas. Cualquiera que, como el que suscribe, haya realizado labores de seguridad ciudadana, sin duda sabrá de la infinidad de conflictos que pueden obtener una respuesta satisfactoria para las partes enfrentadas sin necesidad de tramitar un proceso judicial. Son muchas las desavenencias que, dicho en nuestro argot, se solucionan mediante *presencia policial*, expresión aparentemente simple que los agentes actuantes plasman en el correspondiente parte de intervención, pero que encierra toda una mediación informal llevada a cabo entre personas desavenidas. Si agentes sin formación específica en la materia consiguen, a menudo, solucionar conflictos *en caliente*, cabe imaginar todo lo que podría lograrse a través del trabajo de mediadores convenientemente preparados que contactasen con los protagonistas del suceso días después de acontecido el hecho, cuando la *espuma anímica* ha decrecido y todo se ve ya *de otra manera*. Este tipo de oficinas específicas de mediación policial, como es el caso de la que coordinamos, pueden abordar la resolución de infracciones penales perseguibles exclusivamente a instancia de parte, e incluso cabría plantearse la posibilidad de incluir pequeños delitos de naturaleza pública, si bien estos últimos deberían afrontarse por derivación de la autoridad pública encargada de la instrucción de la causa (el juez o, según el Derecho proyectado en España, el fiscal).

3. LAS INFRACCIONES «ESTRELLA» DE LA MEDIACIÓN POLICIAL

Este epígrafe hace alusión, dentro de los conflictos que cabe abordar desde la institución policial, a aquellos en que más ventajas pueden obtenerse frente al proceso judicial tradicional, ya sea por la facilidad de lograr la reparación, como es el caso de las infracciones patrimoniales con nula o escasa violencia; o por la capacidad transformativa de la relación interpersonal de los protagonistas, léase aquellas infracciones que tienen lugar en el marco de un vínculo estable. A estas últimas las denominamos, *sit venia verbo*, infracciones *punta de iceberg*, por cuanto suelen ser el aviso de un conflicto subyacente de muy superior alcance.

3.1. Pequeñas infracciones patrimoniales

No pretendemos referirnos a las manifestaciones violentas de los delitos patrimoniales, que exceden con mucho de las posibilidades de mediación policial, sino a pequeños hurtos, o incluso a deudas dinerarias de poca entidad que, pese a no constituir ilícito penal y por lo tanto no ser denunciables, llevan al sofocado acreedor a buscar amparo en la comisaría de policía. En este tipo de conflictos, los procesos comunicacionales y la intervención en la relación personal entre los protagonistas, que como vamos a ver a continuación son capitales cuando dicha relación va a

continuar en el futuro, ceden ante la finalidad utilitarista de reparación del daño. La mediación puede estimular la pronta y ágil compensación de la víctima, por lo que pocas objeciones deberían ponerse a su viabilidad en estos supuestos. El concepto de reparación en esta clase de conflictos va a tener un contenido eminentemente materialista, pero no puede confundirse con el de indemnización civil. El acuerdo no tiene por qué consistir necesariamente en la compensación dineraria o en la restitución de la cosa: si nos limitásemos a vincular la evitación de la denuncia con el mero resarcimiento material, estaríamos abriendo la puerta a una justicia de clase, basada en la discriminación penal de los más débiles frente a los poderosos, porque sólo los pudientes podrían recurrir a la vía de la reparación. Así, si no se posee la capacidad económica y la cosa no está en condiciones de ser restituida, deberá dejarse abierta la posibilidad de la reparación en especie, siempre, obviamente, que sea voluntariamente aceptada por ambas partes. Las posibilidades de arreglo a las que puede llegarse son infinitas, pudiendo bastar, en determinados supuestos, la reparación simbólica conformada por la disculpa ante el ofendido.

El caso de la vaporeta misteriosa. Servicio de mediación UGR-Jefatura Superior de Policía de Granada. Octubre de 2012. Mediadoras: Saida Pérez Prados y Laura Díaz Grütter (alumnas del Máster de Mediación). Una señora se presentó en comisaría, decidida a denunciar a tres empleados que habían participado en la realización de unas obras de reforma de su domicilio porque, según ella, aquéllos le habían sustraído una vaporeta (máquina de limpiar al vapor) valorada en más de 1.000 euros (lo que constituiría un delito de hurto, castigado, según el art. 234 CP, con entre seis y dieciocho meses de prisión). Nuestras dos mediadoras la convencieron de que, al menos, intentase la mediación y después pusiera la denuncia si no daba resultado. Se celebraron dos sesiones con los empleados, en las que éstos clamaron al cielo por su inocencia, mientras que la señora no abandonaba su postura. Los empleados manifestaron a las mediadoras que la única explicación plausible era que otras cuadrillas de operarios, o incluso algún vecino, hubiesen cogido el aparato, pues, a consecuencia de las obras, el piso había permanecido accesible a cualquiera durante varios días. Por ello, pidieron tres días de tiempo para investigar lo sucedido, a lo que la señora accedió, concediendo ese plazo para que el misterio se resolviese o interpondría la denuncia. Expirado el plazo, la señora acudió a su piso y comprobó, para su sorpresa, que alguien había depositado la vaporeta en su lugar original. Pero lo más curioso es que, a la misma vez, los empleados habían llamado a nuestras mediadoras para ofrecerse a pagar el valor del artefacto, pues, aunque seguían manteniendo su inocencia, no querían exponerse al descrédito de su empresa de reformas y lamentaban no haber podido dar con la vaporeta durante esos tres días. La señora les llamó uno por uno para pedir disculpas y, aunque probablemente nunca llegaremos a conocer la verdad de lo sucedido, con este final feliz se logró evitar un seguro proceso judicial.

3.2. Infracciones punta de iceberg

Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo dedicado a la mediación penal acerca de este tipo de conflictos relacionales. Como hemos podido constatar por propia experiencia, en la realidad diaria de nuestros quehaceres policiales abundan las explosiones circunstanciales de ira entre personas cercanas, que a menudo derivan en denuncias cruzadas que luego no van a ninguna parte pero contribuyen a elevar simples discrepancias a la categoría de diferencias irreconciliables. Cuando los protagonistas están *condenados a entenderse*, esto es, han de seguir manteniendo su nexo vecinal, familiar, comercial o de amistad, el trabajo del mediador policial puede ser decisivo en la superación del verdadero conflicto —el latente—, ya que sólo de este modo se superará la episódica explosión y se garantizará que ésta no vuelva a repetirse.

4. EL PROYECTO CONJUNTO UNIVERSIDAD DE GRANADA-CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

No quisiera dejar pasar la oportunidad de mencionar la experiencia, fruto del convenio suscrito en su día con la Universidad de Granada, que, desde hace cinco años, venimos desarrollando en la sede de la Jefatura Superior de Andalucía Oriental del Cuerpo Nacional de Policía, cuya coordinación tenemos encomendada junto con el inspector jefe D. José Cano Ariza. Es de justicia resaltar el papel desempeñado tanto por nuestro anterior jefe superior, D. Pedro Luis Mélida Lledó, sin cuyo apoyo hubiera sido imposible emprender esta aventura, así como del actual, D. Francisco Arrebola Larrubia, cuyo constante aliento e implicación personal están resultando fundamentales para la buena marcha del servicio. Los resultados, aunque todavía modestos, son muy alentadores. El servicio es prestado por alumnos/as del Máster en Mediación de la Universidad de Granada, cuya alma máter es nuestro querido catedrático de Derecho civil, D. Guillermo Orozco Pardo, los cuales acuden a la sede de la jefatura a realizar el período de prácticas con el que culminan sus estudios.

4.1. Procedimiento de mediación policial

Dado que la mediación policial es, *per definitionem*, una actividad preprocesal, se ha de contactar con los posibles interesados, caso de que el hecho en cuestión sea denunciable, antes de que formulen la denuncia, pues a partir de que el proceso judicial se incoe ya nada podrá hacer la policía. Así, en la sala de espera de la oficina de denuncias y atención al ciudadano (ODAC), se reparten folletos explicativos del servicio de mediación policial. Además, los propios policías de la ODAC, si estiman que el hecho que se pretende denunciar es susceptible de ser derivado a mediación, informan sobre dicha posibilidad al denunciante. A estos efectos, a los miembros de la ODAC se les impartieron en jefatura unas jornadas sobre mediación por profesores del meritado máster, en las que recibieron nociones básicas sobre mediación y sobre el tipo de asuntos que pueden guiarse a través de la misma.

Otra vía de información que está revelando una gran utilidad es el estudio, por los dos inspectores jefes que venimos coordinando el experimento sobre el terreno, de las llamadas al teléfono de emergencias de la Policía Nacional (091): cada día *cribamos* el registro de llamadas del día anterior, seleccionando aquellos conflictos que podrían ser gestionados a través de la mediación y derivándolos a nuestros mediadores.

La decisión de derivar cada caso al servicio de mediación, que es responsabilidad exclusiva de los dos coordinadores policiales, tiene una fundamentación estrictamente jurídica, filtrándose al servicio de mediación aquellos expedientes en que no se aprecia la existencia de impedimentos legales para proceder a la mediación (pensemos, por citar un ejemplo, que en materia de violencia de género la mediación está expresamente vedada en el ordenamiento español, *ex* artículo 87 ter de la Ley Orgánica 1/1986, de 1 de julio, del Poder Judicial). Una vez filtrado el caso, será competencia de los mediadores decidir la activación o no del mecanismo, resolución a la que llegan tras un pormenorizado análisis del tipo de conflicto, características de las partes implicadas, equilibrio de poder entre ellas y conocimiento de la *historia* o pasado del problema.

Dado que suele contarse solamente con una de las partes, los mediadores contactan con la otra individualmente, ofreciéndole una sesión presencial en las instalaciones de la Jefatura de Policía. En esta fase de contactos iniciales se instruye a las partes acerca de la existencia del servicio y la posibilidad de recurrir al mismo, advirtiéndoles de su gratuidad, de las ventajas que pueden obtener y de las consecuencias del eventual acuerdo, remarcando siempre que la mediación es voluntaria y que en cualquier momento se puede desistir de la misma, devolviendo la causa a sus vías tradicionales.

Si ambas partes aceptan la mediación, firman un acta comprometiéndose a respetar sus principios informadores. A partir de este momento es cuando formalmente se inicia la mediación, programándose las sesiones propiamente dichas, en las que la labor del mediador es fundamental, pues ha de propiciar la comunicación y el sentimiento de respeto entre los protagonistas. El mediador tiene que ser capaz de identificar el «PIN» de las partes, según, esto es: sus posiciones, intereses y necesidades (Portela, J. G., 2007: 234). Si la posición es el punto de partida, el máximo inicial exigido, los intereses son aquello que se aspira a obtener, mientras que las necesidades vienen conformadas por lo que realmente se necesita. He aquí el meollo del trabajo de todo mediador: saber hacer ver a las partes cuáles son sus verdaderas necesidades y conseguir que éstas converjan; lograr, en definitiva, que cada uno llegue a ponerse en el lugar del otro para así comprender sus verdaderas necesidades.

Tras las sesiones, cuyo número es indeterminado y queda a criterio del mediador, si se produce el acuerdo, ambas partes, en unión de aquél, plasman por escrito su compromiso.

La última fase viene constituida por el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos, que se realiza a través de contactos periódicos con los interesados. Finalmente, una vez que se tiene constancia de que los acuerdos han sido cumplidos,

se archiva el expediente.

En el convenio de colaboración suscrito entre la Jefatura de Policía y la Universidad de Granada se limitaron los asuntos a las faltas de injurias, calumnias, amenazas y vejaciones injustas del artículo 620 del Código Penal y a la falta de daños del artículo 625.1. Sin embargo, donde la mediación policial se ha revelado como un instrumento especialmente efectivo, como arriba se apuntó, es en determinados conflictos interpersonales, inicialmente no constitutivos de ilícito penal, que por una u otra razón llegan al servicio de mediación de comisaría. La difícil situación económica que vivimos genera numerosas desavenencias que, si bien en otro escenario carecerían de importancia alguna, hoy son motivo de acaloradas discusiones que a veces requieren la presencia de la patrulla policial. Baste el siguiente apunte para comprender lo que decimos: analizando las llamadas recibidas en el teléfono de emergencias 091 durante los últimos años, se observa cómo, tras el estallido de la crisis económica, las peleas —no constitutivas de delito— de pareja, entre miembros del núcleo familiar, y entre compañeros de piso o vecinos, han experimentado un dramático aumento hasta llegar casi a cuadruplicarse. En semejante escenario, la policía tiene ante sí el enorme compromiso de contribuir, en la medida de sus posibilidades, a la pacificación comunitaria: no creemos que sea ésta una afirmación ingenua.

La mediación policial que practicamos en Granada, aunque está a caballo entre la mediación comunitaria y la penal, tiene casi más de la primera, pues, como hemos dicho, la mayor parte de los casos tratados no han sido tan siquiera constitutivos de infracción penal. Empero, si los afectados vienen a la policía en busca de una solución (problemas de relación familiar, entre vecinos o compañeros de piso, pequeñas deudas económicas…), ¿por qué no ayudarles y aprovechar así la posibilidad de hacer de la comisaría un espacio común si, merced al convenio suscrito con la Universidad, tenemos los instrumentos para hacerlo?

5. CONCLUSIONES

1. La mediación policial, como la penal, no sólo es posible, es también beneficiosa para la sociedad a la que servimos. La institución policial tiene en la mediación un poderoso instrumento a su alcance que, se ha comprobado, soluciona conflictos de la más diversa naturaleza, desde pequeñas infracciones penales hasta problemas relacionales.

2. La mediación en el contexto policial permite un mayor crecimiento y especialización de los agentes, la obtención de nuevos recursos y habilidades profesionales, así como la agilización de la vía judicial. También posibilita el desarrollo de una policía más moderna, capacitada para entender a la comunidad a la que sirve, lo que es capital en el actual contexto de dificultades y escasez de recursos a la hora de enfrentar las lógicas tensiones sociales y evitar que éstas vayan a más.

3. Resulta sorprendente lo reconfortante que puede llegar a ser, para quien ha sido

víctima de una infracción, que otra persona se siente a su lado y le ayude a expresarse, a contar su historia en un marco de intimidad y de libertad. Por otro lado, la sorpresa que produce en los usuarios que la policía demuestre tan especial interés en conocer su problema, les hace implicarse en la búsqueda de la solución. Dentro del servicio puesto en marcha en nuestra comisaría hemos recibido, incluso en mediaciones que no han terminado en acuerdo, numerosas muestras de gratitud de personas que, como mínimo, se marchan con un mejor estado anímico fruto de la atención recibida. Pero este mayor espacio a la comunicación, a la expresión de sentimientos y puntos de vista, no es la única ventaja que la mediación proporciona frente al proceso tradicional. En determinados tipos de infracciones, la mediación posibilita la reparación del daño de manera mucho más rápida y eficaz, amén de menos traumática, tanto para la víctima como para el victimario, todo lo cual nos hace creer firmemente en su integración dentro de los servicios policiales.

4. Hay un déficit de conocimiento de la mediación, por lo que es necesaria su difusión. La instauración de la mediación, tanto penal como policial y comunitaria, debería ir acompañada de una ambiciosa campaña divulgativa que informase al público de su existencia, su funcionamiento y de sus posibilidades, así como de sus límites. Somos dados a creer que nuestra herencia cultural latina nos predispone más hacia la confrontación, pero ¿no será que lo que falta es una educación que nos predisponga mejor hacia la resolución pacífica de las controversias? En estos tiempos se hace más necesario que nunca proceder a lo que en su día se denominó *alfabetización emocional* (Goleman, D., 1997: 168), es decir, hacer comprender a las personas, desde el mismo patio de recreo, que los conflictos no siempre se deben a que el otro es malo, sino que, a veces, nacen de nuestra propia hostilidad, y que es posible la superación no traumática de los mismos. La mediación podrá instalarse definitivamente entre nosotros cuando aprendamos esta evidencia, pero una evidencia no es evidente hasta que nos la explican: la mediación policial y comunitaria necesitan la concienciación y el desarrollo de una verdadera política de la cultura de la mediación para poder desplegar todo su potencial. Para el mediador profesional, la mediación es una técnica, pero para el ciudadano ha de ser una forma de entender, de analizar y de estar en el conflicto; un aprendizaje social de mejora de las relaciones. La mediación ofrece, en estos momentos de cambios vertiginosos que vivimos, metodologías de futuro para problemas sociales que están apareciendo. Los esfuerzos que se están haciendo de difusión y formación desde la Universidad de Granada y desde la Jefatura Superior del Cuerpo Nacional de Policía de Andalucía Oriental son, sin duda, una muestra del camino a seguir.

6. BIBLIOGRAFÍA

CERVINI, R.: «Referente comunitario y función policial», en VVAA, *Homenaje a Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001, vol. I.

CRUZ PARRA, J. A.: «La mediación penal (II). Relato de una experiencia de mediación policial en la Jefatura Superior de Granada», en *Ciencia Policial*, n.º 118, 2013, pp. 31-49.

CURBET HEREU, J.: *La Glocalización de la (in)seguridad*, Instituto Nacional de Administración Pública,

Madrid, 2006.
DANDURAND, Y. y GRIFFITHS, C. T.: *Handbook on Restorative Justice programmes*, ONUDD, Nueva York, 2006.
DAMMERT, L.: «Participación comunitaria en la prevención del delito», en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.os 18-19, Madrid, 2003, pp. 124-157.
GOLEMAN, D.: *La inteligencia emocional*, 19.ª ed. (originariamente publicado en inglés, bajo el título *Emotional intelligence*, Bantam Books, Nueva York, 1995), Barcelona, 1997.
GOLDSTEIN, H.: *Problem-oriented policing*, McGraw-Hill, Nueva York, 1990.
— *Policing a Free Society*, Ballenger, Cambridge, 1977.
— *Police corruption: a perspective en its nalure and control*, The Police Foundation, Washington, D. C., 1975.
HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita), Temis, Bogotá, 1999.
MUNNÉ, M. *et al.*: «Mediación ciudadana y comunitaria», en VVAA, *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2011, pp. 373-430.
PORTELA, J. G.: «Comprensión del PIN de las partes», en AAVV, *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.
REDORTA LORENTE, J.: «Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 15, 2004, pp. 30-46.
TREBOLLE, M. A.: «La función policial en el nuevo milenio y los métodos RAC», en *Libro de ponencias de la VIII conferencia internacional del foro mundial de mediación, Valencia, 18-21 de octubre de 2012*, vol. III, Foro Mundial de Mediación, Caracas, 2012, pp. 90-110.

B) MEDIACIÓN SOCIAL O COMUNITARIA EN SEDE POLICIAL

JOSÉ CANO ARIZA
Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía

SUMARIO: 1. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO POLICIAL. 2. ¿CÓMO NACE LA IDEA DE LA MEDIACIÓN EN SEDE POLICIAL? 3. ¿QUÉ LUGAR OCUPA O PUEDE OCUPAR EL CNP? 4. ¿CASA LA MEDIACIÓN CON LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL CNP? 5. ¿QUÉ OBJETIVOS SE HAN MARCADO EN EL CONVENIO? 6. DIFERENCIAS ENTRE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y DISTRIBUTIVA. 7. OTRO MEDIO DE ENTENDER EL CONFLICTO. 8. ¿CÓMO PUEDE SER LA RESPUESTA DEL CNP? 9. CASOS PRÁCTICOS.

1. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL AMBITO POLICIAL

En la mediación en sede policial cumplimos escrupulosamente con todos los principios que marca el proceso de la mediación, como veremos a continuación.

Cabe destacar, que durante el proceso nos encontramos con algún inconveniente que no suele darse en la mediación privada, como es que las dos partes no se encuentran presentes, sino que tras la primera entrevista que se realiza a la persona que viene a denunciar a la ODAC, tenemos que localizar a la otra parte. Este pequeño *handicap*, normalmente se soluciona con cierta celeridad, puesto que hay una excelente relación y coordinación entre las mediadoras y los coordinadores de las prácticas del máster.

Al igual que tenemos este problema, también se observa como característica favorecedora que las partes suelen presentar una especial receptividad al realizarse en comisaría. Del mismo modo, y por igual motivo, las partes, a pesar de estar sufriendo la tensión de un conflicto (muchas veces larvado), mantienen en todo momento un comportamiento muy adecuado, que sin duda alguna favorece la ESCUCHA y, por tanto, crea un ambiente de relativa tranquilidad que propicia la mediación.

— Voluntariedad.
— Confidencialidad.
— Plano de igualdad de las partes.
— Imparcialidad (o multiparcialidad).
— Buena fe.

Seguidamente, se efectuará un alegato referido a los aspectos positivos de la mediación y, especialmente, se intentará explicar por qué tiene cabida el Cuerpo Nacional de Policía (en adelante CNP) en la mediación y por qué necesita el CNP de la mediación.

2. ¿CÓMO NACE LA IDEA DE MEDIACIÓN EN SEDE POLICIAL?

La justicia penal, como bien es sabido, es el nivel más fuerte de intervención estatal en la conflictividad social. Por este motivo, por ser el más fuerte, debería ser el último recurso en accionarse y, sin embargo, es el primero al que recurrimos cuando tenemos un problema, provocando el «colapso judicial», sobre todo por juicios inmediatos de faltas (JIF). Es decir, nos encontramos con que el Derecho penal, en lugar de ser la «última ratio», se ha convertido en un gran «cajón de sastre».

El 16 de mayo de 2010, en medios de comunicación granadinos, la fiscalía advertía que se habían sobrepasado 1.000.000 de diligencias previas, por lo que hacía un llamamiento para que se sacaran del sistema judicial las «denuncias de proximidad», lo que en el mundo del derecho se conocen como «bagatelas». Dicho esto, casi inmediatamente después de la citada fecha se decidió dar cuerpo a la idea que se venía gestando de acercar la mediación a la institución policial, cosa que se concretó el mes de febrero de 2011, al amparo de un CONVENIO ESPECÍFICO DE COLABORACIÓN entre la Universidad de Granada (UGR) y la Jefatura Superior de Policía (JSP) de Andalucía Oriental, que se firmó días después del alcanzado entre la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) y la UGR.

En nuestra ya dilatada experiencia hemos podido constatar, con gran satisfacción, que los alumnos del Máster en Mediación de la UGR se encuentran muy involucrados y entusiasmados con la tarea. Ellos están siendo *testigos y actores* privilegiados de los innumerables conflictos que se plantean ante la justicia a través de las denuncias en las ODAC (Oficina de Denuncia y Atención al Ciudadano); pudiendo comprobar cómo muchos de esos conflictos ocurren no solamente por fallos de comunicación, sino por una ausencia total de comunicación en las relaciones interpersonales. De igual modo, los alumnos están teniendo la oportunidad de ser testigos directos de la dinámica policial y de los problemas que se nos plantean continuamente. Al mismo tiempo, los policías estamos conociendo otra manera de trabajar. Todo ello hace que se compartan experiencias y se mejore el conocimiento mutuo.

3. ¿QUÉ LUGAR OCUPA O PUEDE OCUPAR EL CNP?

Seguramente habrá quien se haya podido preguntar sobre el papel de la policía en materia mediación, cuando su función es, en resumidas cuentas, investigar y detener. Por ello, el objetivo es ahora explicar:

— Por qué el CNP tiene *cabida* en la mediación;
— Por qué la POLICÍA *necesita* de la mediación.

En principio, no podemos olvidar que la policía siempre ha hecho mediación informal, pero esto no es suficiente. Quisiéramos elevarlo a la categoría de mediación FORMAL.

Muchas de las intervenciones de los «Zs» se limitan a solucionar momentáneamente el problema, pero en muchos de los casos las partes en conflicto vienen posteriormente a poner la denuncia. Es decir, lo que está ocurriendo en muchos de los casos es aplazar el desenlace final (LA DENUNCIA), pero no se soluciona el problema de base, el problema subyacente, porque sencillamente no se consigue restablecer la comunicación.

Todos tenemos muchos clichés o estereotipos, por lo que inmediatamente relacionamos a la policía con la idea única de represión del delito, razón por la cual es preciso poner en valor la idea de una policía dinámica, cercana y acorde con una sociedad moderna y cambiante.

La policía sigue trabajando, como no podía ser menos, en sus distintas áreas de trabajo tradicionales (PJ, SC, PC, I y Extr) y, para poder realizarlo, se nutre de otras disciplinas, como el Derecho, la Química, la Psicología, etc. Desde este punto de vista, podemos afirmar que la labor de la policía es multidisciplinar.

El CNP, tras conseguir la capacitación, tiene que desarrollar esos conocimientos hasta alcanzar la competencia. Esto es lo que se denomina capacitación básica. Es decir, el amplio conocimiento que hemos alcanzado en muchas materias (por ejemplo, en Ps. de la comunicación), tenemos que desarrollarlo y aplicarlo en las distintas problemáticas que plantean los ciudadanos.

Diariamente son miles los problemas, conflictos y consultas que nos plantean los ciudadanos en las ODAC y a los Zs, a través de las salas del 091 de toda España. En consecuencia, nos podemos preguntar cómo se puede dar una respuesta cercana y acertada, si no se aplican adecuadamente conocimientos de comunicación. Es, sin duda, por este hilo conductor de la comunicación, por donde queremos aplicar la mediación en conflictos.

4. ¿CASA LA MEDIACIÓN CON LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL CNP?

La mediación, desde una perspectiva policial, tiene perfecta cabida en nuestra actividad como servicio público que somos; pero además, lo que podemos hacer con la mediación es cumplir con un objetivo específico que tenemos encomendado: «Neutralizar los riesgos *que afectan* a la *calidad de vida* desde el punto de vista de la seguridad ciudadana y de la *convivencia*». ¿No es esto lo que se consigue exactamente con la mediación?

El CNP, al igual que otras instituciones como la Universidad, el Poder Judicial o la Fiscalía, identifican continuamente conductas que lindan con el Derecho penal, así como otras conductas que son pequeños conflictos interpersonales de menor entidad, tales como expresiones de calificativos injuriosos, faltas de daños y amenazas, etc., que sin duda alguna pueden ser apartadas de prácticas retributivas, reconduciéndolas, previo acuerdo de partes, a caminos distintos de la justicia penal.

Por eso, la filosofía del convenio firmado con la Universidad de Granada (en

adelante UGR) se ha plasmado en la práctica tasando determinados faltas, tales como amenazas, injurias, vejaciones leves, maltrato de obra, pequeños daños; así como otras conductas que no llegan a entrar en el terreno penal, como riñas familiares, que sin llegar a representar un tipo penal pueden plasmarse, *a posteriori*, en denuncias.

Dicho esto, creo que es importante destacar que nuestro *practicum* se aparta de la idea de mediación penal, que, como se sabe, no ha sido incluido en el anteproyecto de ley. Por eso, creemos más conveniente definirlo como mediación social o, si se quiere, como mediación comunitaria; aunque también alcanza a pequeños conflictos laborales, familiares y de carácter civil, como los originados entre arrendador y arrendatario de viviendas.

Siguiendo con la idea anterior, creemos que la mediación penal, si en un futuro no muy lejanos se acepta *—en mayo del 2014, el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha abogado por que se introduzca la mediación en sede judicial—*, debería desarrollarse en sede judicial, pero por personal ajeno a la Administración de justicia y siempre que la denuncia formulada en comisaría hubiera tenido entrada en los Juzgados.

5. ¿QUÉ OBJETIVOS SE HAN MARCADO EN EL CONVENIO?

La UGR y el CNP, como instituciones absolutamente comprometidas con el bienestar y la paz social, se adaptan al cambio y demandas sociales y, haciendo un esfuerzo prospectivista en cuanto a la evolución futura de la sociedad, han emprendido conjuntamente este camino de la mediación en comisaría, con el objetivo de llegar al fondo de la raíz de los problemas interpersonales, sin estigmatizar al infractor y contribuyendo a la satisfacción de la víctima, cosa que normalmente no sucede en la justicia penal.

6. DIFERENCIA ENTRE JUSTICIA RETRIBUTIVA Y RESTITUTIVA

Es práctica habitual, que cuando nos llega un ciudadano a presentar una denuncia por pequeños conflictos vecinales, daños o amenazas leves, insultos, riñas familiares, etc., en la mayoría de los casos subyacen otros conflictos que han deteriorado las relaciones, y es aquí donde el Derecho penal nunca va a dar soluciones al «problema base».

Además, en estos casos de escasa determinación penal, la víctima, más que buscar una sentencia ejemplarizante, lo que demanda es una solución rápida. En ese escenario, la justicia tradicional suele producir una gran insatisfacción en la víctima, puesto que la resolución judicial, en este tipo de hechos, además de tener escasa significación, deja al denunciante con el convencimiento de que ha perdido tiempo y dinero y que su problema, no solamente no se ha solucionado, sino que puede reproducirse, ocasionando además una victimización secundaria.

La explicación de lo anterior reside en que la *justicia retributiva no soluciona* conflictos interpersonales, mientras que *la justicia restitutiva, sí.* Dicho de otro modo, la justicia restitutiva es verdaderamente *reparadora*, porque plantea la infracción penal *no como una lesión* a una norma jurídica, sino como un *ataque a la víctima y a las relaciones interpersonales*.

7. OTRO MODO DE ENTENDER EL CONFLICTO

Es por este razonamiento por el que el CNP, al igual que el resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe interesarse e integrarse en la mediación, puesto que la idea de seguridad no puede quedar circunscrita a la idea de orden público. La seguridad es un concepto más amplio. Es decir, el CNP, como institución que vela por la seguridad y el bienestar social, amplía el concepto de prevención, más allá de la idea de no comisión de infracciones penales.

En las comisarías estamos viendo continuamente cómo las denuncias se reproducen y cruzan una y otra vez entre los mismos actores. Por eso, cuando llegamos a la mediación, estamos previniendo futuros comportamientos, porque:

a) Se trabaja el problema que hay detrás de esos insultos, amenazas o daños.
b) Se restablece la comunicación.

Estamos convencidos que, al restaurar los cauces de comunicación entre las partes, el infractor interioriza mejor las consecuencias de su conducta disruptiva y, por tanto, es muy posible que no se reproduzca. Además, esta mejor interiorización de las consecuencias viene favorecida por el hecho de que el infractor no está pendiente de un castigo impositivo, sino que se le da la oportunidad, en un absoluto plano de igualdad, de arreglar el problema. Por otra parte, cuando gestionamos el problema de este modo, estamos contribuyendo a la educación ciudadana, que es una manera clara y notoria de mejorar la seguridad personal y ciudadana, que como vimos, es un objetivo específico del CNP.

Lo que estamos haciendo en la Jefatura de Andalucía Oriental es una experiencia, pero eso sí, una experiencia pionera en toda España dentro del ámbito de las FF y CC de Seguridad del Estado.

Conviene dejar un mensaje claro respecto al modo en que entendemos que debe implementarse la mediación social o comunitaria en sede policial. Por pleno convencimiento, nuestro deseo es que las comisarías de policía, además de ser centros donde se investiga, se detiene y se denuncia, se constituyan también en espacios de encuentro de los ciudadanos cuando tengan determinados conflictos, para que sean ellos los únicos actores que intervengan en su solución. Esto, además de ser una satisfacción, sería una manera palpable de cumplir con nuestras ideas de calidad, cercanía y servicio al ciudadano. En definitiva, en mi opinión, la mediación es un buen servicio que el CNP puede dar a la ciudadanía.

8. ¿CÓMO PUEDE SER LA RESPUESTA DEL CNP?

Diariamente, para proteger al ciudadano y sus intereses, la POLICÍA da respuesta a situaciones de riesgo y da respuesta a situaciones de peligro concreto.

Del mismo modo, cuando la mediación sea suficientemente conocida, el ciudadano la demandará y, por tanto, el CNP tendrá que dar una respuesta. Pero cuando nos reclamen esa actividad mediadora, cuando se convierta en una exigencia social, debemos estar preparados. Por eso, haciendo uso de esa visión prospectivista sobre la evolución de la sociedad, estamos dando nuestros primeros pasos antes de que eso ocurra.

Si esta experiencia, proyecto, o como queramos llamarlo, conseguimos que llegue a buen puerto, podremos crear una necesidad, para que la mediación sea un servicio más al ciudadano.

Desde esta idea de servicio al ciudadano, quisiera adelantarme a pensamientos negativos y críticos que pudieran surgir, en el sentido de que la policía está interesada en la mediación, porque es «una manera de bajar sus estadísticas». Pues bien, de ningún modo esto es así. Evidentemente, si se consiguen llevar a término las mediaciones, ello supondrá una reducción del número de denuncias formuladas; pero eso constituirá un objetivo secundario; es decir, será una consecuencia de la mediación, pero nunca un objetivo primario.

Desde esta perspectiva, nuestro principal objetivo con el *practicum* es ofrecer un «paraguas de igualdad» a las partes en conflicto, para que en absoluto plano de igualdad resuelvan el problema que les enfrenta. De esta manera:

a) Daremos *satisfacción* a uno (la víctima).
b) Evitaremos la *estigmatización* del otro (el infractor).
c) Conseguiremos que la solución sea *duradera* en el tiempo.
d) *Restableceremos la comunicación y la relación*.
e) *Evitaremos segundas victimizaciones y escaladas en el conflicto*, tal y como suele ocurrir cuando dirigimos nuestros problemas a la justicia penal.

Con este sistema de trabajo estaremos educando en valores, puesto que ante la denuncia se ofrece una alternativa ajena a la imposición de sanciones, lo que contribuye a fomentar la comunicación, la convivencia y el respeto.

No cabe ninguna duda de que si la mediación se interioriza, ello va a suponer que, en futuros casos de conflictos, las personas se orienten hacia una *concepción positiva del conflicto,* puesto que dispondrán de herramientas suficientes para poder resolver sus problemas futuros mediante el diálogo (COMUNICACIÓN).

En nuestra realidad social actual, con marcados tintes de insolidaridad e individualismo, es fundamental que trabajemos en esta línea.

Así las cosas, podemos finalizar retomando la idea de partida. El CNP lleva años formando a sus miembros en «habilidades sociales», en «inteligencia emocional», línea en la que conviene seguir profundizando para no perder «el tren de la

mediación», que algún día, no muy lejano, nos reclamará la ciudadanía. Pero si estos conocimientos no los desarrollamos y los ponemos al servicio del ciudadano, estaremos CAPACITADOS, pero no habremos alcanzado la COMPETENCIA.

9. CASOS PRÁCTICOS

Extraídos de las intervenciones de las alumnas mediadoras en prácticas (Pérez Prados, Saida y Díaz Grütter, Laura N.).

— Conflictos derivados de una relación laboral/profesional:

R. está realizando unas tareas de reforma en su casa y en el transcurso de las mismas desaparece un objeto de gran valor. Ella sospecha de tres de los operarios que intervienen y quiere denunciarlos por robo. Los operarios niegan la autoría. Entienden que ella sienta ira y frustración y no dudan de que el objeto realmente haya desaparecido, pero insisten en que ellos no han sido y argumentan que puede haber sido cualquiera, ya que en la obra han intervenido muchos más trabajadores de la misma empresa y todos han tenido acceso a la casa. Manifiestan que aunque los denuncie no va a conseguir recuperar el objeto porque ellos no lo han robado, y el pleito sólo tendrá como consecuencia, además del desembolso para ella, ocasionarles un gran perjuicio económico por tener que contratar servicios jurídicos y un mayor perjuicio laboral por desacreditarlos profesionalmente.

R. se compromete a esperar un plazo de tiempo antes de tramitar la denuncia, dando parte a la empresa para que pueda realizar indagaciones entre todos los trabajadores que han intervenido en la reforma de su casa. Ellos se comprometen a colaborar activamente en dicha tarea y ayudarla a encontrar al culpable. Asimismo se fija un lugar donde el objeto puede ser depositado de forma anónima.

Posteriormente, realizado seguimiento, se constata que el objeto efectivamente apareció, realizándose la devolución amparada por el anonimato y Rocío llamó a los tres operarios a los que había acusado de forma inicial para pedirles disculpas personalmente.

* * *

A. y B. eran socios. Debido a los estragos de la crisis han tenido que cerrar el bar que regentaban a medias y ahora tienen que repartirse el mobiliario y el excedente de mercancía. Desconfían mutuamente. Se acusan de haber sustraído botellas y han llegado al punto de hacer saltar la alarma cuando ven que el otro está dentro del local. Tras una discusión acalorada vienen a comisaría. Uno quiere poner denuncia por amenazas y el otro por hurto.

Acuerdo alcanzado en mediación: Desisten de denunciarse. Pondrán dos cerraduras en la puerta, conservando una llave cada uno, de forma que sólo se pueda acceder al local cuando estén los dos juntos.

— Conflictos entre inquilino-propietario:

A., de nacionalidad inglesa, compaginaba sus estudios en Granada con un trabajo a media jornada. Se ha quedado sin empleo y no puede pagarle a su casero hasta que no le envíen dinero de su país. Adeuda la mitad de la renta del mes pasado y la mensualidad corriente. Debe asimismo las facturas de suministros de este mes y el anterior. El propietario le ha dicho que o lo soluciona pronto o lo desahucia.

Llegan al siguiente acuerdo: el propietario le da facilidades de pago fraccionándole la deuda en tres plazos y rebaja la cuantía de la renta a partir del mes siguiente a cambio de que imparta clases particulares de inglés a sus hijos.

— Conflictos puntuales entre desconocidos:

M. y V. Son madres de dos hijos de 9 y 10 años que inician una discusión por el uso de un columpio. Las madres intervienen en la pelea, originándose como consecuencia un conflicto directo entre ambas, en el transcurso del cual se enaltecen los ánimos con amplias muestras de agresividad verbal e incluso de agresión física leve. Ambas quieren denunciarse. Informadas sobre el servicio de mediación, acceden y en el trascurso del proceso aclaran los malentendidos y se dan cuenta del mal patrón educativo transmitido a sus hijos, ya que presenciaron la pelea. Deciden que no hay motivo para denunciarse y acuerdan volver a encontrarse intencionadamente para pedirse disculpas mutuamente en presencia de los niños y darles un ejemplo más pedagógico de cómo resolver las controversias.

— Conflictos familiares:

• De pareja:

A. y G. llevan muchos años casados. La relación se ha ido deteriorando poco a poco. Ella recrimina falta de atención, siente una intensa soledad, hay poca comunicación y cree que su marido no la valora, ya que no le hace ni el más mínimo caso y todo el tiempo libre del que dispone lo invierte en sus hobbies, cualquier cosa menos estar con ella. Se ha volcado en la relación con su hija, a la que le dedica todo su tiempo y atención, considera que es su obligación como madre y que todo lo demás es secundario.

Él está cansado de los celos de su mujer y sus continuos reproches. Cree que ella no tiene vida propia porque sólo vive para la niña, pero paga con él su frustración. Se pasa el día recriminándole cosas del presente y del pasado, y si él muestra indiferencia, ataca también a su familia. Muchas de las discusiones que tienen se desencadenan precisamente por ese motivo, porque si ella insulta a su familia, él se ve en «la obligación» de recordarle que la suya tampoco es precisamente perfecta.

Llegan a una serie de acuerdos para gestionar el tiempo de ocio, de forma que se realicen actividades en familia, otras sólo de pareja y otras de forma individual.

Asimismo acuerdan evitar sacar trapos sucios del pasado en las discusiones y no criticar a las familias políticas porque sólo consiguen hacerse daño, predisponer al otro negativamente y ponerlo en una situación muy difícil entre su familia y su pareja.

* * *

C. y R. son novios. Llevan saliendo varios años pero últimamente discuten a todas horas y la relación empieza a hacerse insostenible.

Cada vez que se enfadan C. tiene un comportamiento muy agresivo, lo insulta, le dice todo tipo de crueldades por teléfono y le manda mensajes hirientes. Él necesita arreglarlo cuanto antes, por lo que, aunque ella no quiera hablar, la llama persistentemente, le manda mensajes al móvil y al correo electrónico y si aun así no consigue que le responda, la amenaza con ir a su casa, a pesar de que los padres de C. se lo tienen prohibido. En numerosas ocasiones se ha sentado frente a la casa y ha esperado llamándola hasta que ella sale.

Acuerdos adquiridos: Él no irá a casa de ella salvo que lo inviten expresamente, ni la amenazará con acudir para presionarla, ya que eso le genera mucha ansiedad y empeora la situación con sus padres. R. se compromete asimismo, a respetar el espacio de C. y su necesidad de estar tranquila y sola para que se le pase el enfado. Ella se compromete a no decirle cosas hirientes y a no mandarle mensajes de contenido cruel. Apagará el móvil si es necesario para no caer en la tentación.

• Entre hermanos:

I. y E. han heredado una serie de muebles y objetos antiguos bastante valiosos. Tienen que repartírselos pero no se ponen de acuerdo sobre la adjudicación. Necesitarían un tasador pero no pueden permitirse el desembolso económico de la tasación. El problema es que los objetos están almacenados en un local arrendado y hasta que no se los repartan están pagando alquiler. Lo abonan por mitad, ingresando la cuota para la renta en una cuenta conjunta. Los ánimos están muy enaltecidos, sólo se hablan para discutir. Ambas han sustraído pequeños objetos porque acusan a la otra de haber hecho lo mismo antes. A E. le gustaría repartirlo inmediatamente todo para dejar de pagar alquiler innecesariamente, pero I. se niega hasta que se sepa el valor real de los bienes, porque no se fía de su hermana y sospecha que intentará engañarla.

Llegan al siguiente acuerdo: Inventariar todo el género por separado. Cada una hará su propio inventario, una en horario de mañana y otra de tarde. Cada objeto enumerado irá acompañado de una descripción de las características y de una fotografía digital para evitar fraudes. Una vez finalizados los inventarios, lo pondrán en conocimiento de sus respectivos abogados para que se haga una propuesta de adjudicación a los solos efectos de depósito, haciéndose cada una responsable de los bienes que se lleve y sin perjuicio de una nueva reorganización cuando se practique la tasación, momento en que se hará la adjudicación definitiva. A estos efectos seguirán ingresando en la cuenta conjunta el equivalente al arrendamiento de forma que puedan ahorrar la cuantía necesaria para contratar al tasador.

— Conflictos intergeneracionales:

Problemas de convivencia entre padres e hijos adolescentes. Los padres no se sienten respetados. Los hijos no se sienten comprendidos.

Acuerdos alcanzados en mediación:

Caso Uno: La hija cumplirá los horarios que se le marquen, se encargará de la limpieza y orden de su cuarto, respetará a sus padres y a su hermano y hablará con buenos modales.

Los padres le permitirán que asista a clases en el Conservatorio y serán más flexibles con el horario de salida el fin de semana.

Caso Dos: El hijo se compromete a no llegar tarde al instituto y no volver a hacer novillos. Irá a clases particulares dos días en semana.

La madre no volverá a avergonzarlo delante de sus amigos y le permitirá jugar con el ordenador los fines de semana y días festivos, una vez finalizadas sus obligaciones académicas.

Caso Tres: La hija respetará las normas de la casa y utilizará buenos modales con su familia. Su novio tendrá un horario de visita.

La madre será más cariñosa y hará más actividades con su hija en el tiempo libre.

Caso Cuatro: Se establece un horario de estudio, salidas y uso del móvil que la hija habrá de cumplir estrictamente.

Los padres no la criticarán delante de amigos y familiares y buscarán un psicólogo que la ayude con técnicas de control de la ira.

Caso Cinco: La hija informará a sus padres de los deberes y exámenes que tenga. Cumplirá un horario de estudio, colaborará con las tareas domésticas y no alzará la voz, absteniéndose de malos modales.

La madre no le registrará sus pertenencias y el padre la recogerá los sábados que pueda para evitar que pierda gran parte del horario de salida en desplazamientos.

9.1. Enfoque y técnicas utilizadas

En relaciones carentes de vínculos emocionales el objetivo primordial de la mediación es la búsqueda de un acuerdo que satisfaga los intereses materiales de las partes, pudiendo gestionar este tipo de situaciones con el enfoque que propone la escuela de Harvard. En cambio, cuando se trata de relaciones con fuertes vínculos emocionales partimos del modelo transformativo; en estos casos la finalidad prioritaria de la mediación no es tanto resolver un conflicto con la consecución de un acuerdo sobre aspectos puntuales, sino la transformación y mejora de la relación, buscando el saneamiento de la misma mediante el restablecimiento de los canales de comunicación y la eliminación de elementos tóxicos. Consecuentemente, se reduce la producción de nuevos conflictos y se dota a las partes de capacidad de autogestión para el afrontamiento de los que se generen.

Partimos de una primera fase de aceptación y reconocimiento de la existencia del conflicto. Hay que identificar el problema y definirlo. El mediador ayudará a las partes a dimensionarlo en su justa medida, porque si se magnifica se pueden fomentar victimismos absurdos y si se minimiza se puede caer en la infravaloración de sentimientos.

Cada parte tiene una versión del conflicto. El mediador los ayudará a alcanzar una

redefinición conjunta del problema. Para ello, se inicia una fase de discusión en la que favorecerá el diálogo y brindará a cada una de las partes la oportunidad de hablar y ser escuchado. Se intenta que cada uno pueda expresar sus sentimientos y necesidades pero también que se haga consciente de la repercusión que tienen sus actos para el otro.

El mediador ha de conducir la conversación de forma que las partes concluyan que no hay razones únicas ni verdades absolutas y crear una duda razonable sobre la «autenticidad irrebatible» de cada historia, sin cuestionar a ninguna de las partes ni desacreditar sus versiones. Para ello se utilizarán técnicas como la normalización, la reciprocación y la generación de empatía entre ambas. Con la finalidad de conseguir que las partes empaticen, el mediador hará tanto preguntas abiertas como cerradas, dependiendo de las peculiaridades del caso, y especialmente preguntas circulares, preguntas reflexivas y preguntas estratégicas, forzando a que cada parte se ponga en el lugar del otro. Asimismo, utilizar la reformulación es muy práctico para reconducir el diálogo, dándole a los aspectos negativos una connotación positiva.

En esta fase de diálogo es muy habitual que haya tensión y las partes tiendan a alterarse. Son muy habituales los reproches cruzados. El mediador puede ayudar reconvirtiendo las acusaciones del pasado en peticiones para el futuro.

Debe el mediador encontrar el equilibrio entre permitir que las partes se desahoguen, pues la interrupción sistemática sólo genera frustración e incremento de la rabia, y no dejar que se convierta en una confrontación violenta. Para ello, puede recurrir a diversas técnicas dependiendo de la situación. En momentos de gran tensión puede desviarse el tema hacia aspectos no controvertidos, en el que las partes se encuentren más cómodas y facilitar la vuelta a la calma. Si la escalada empieza a descontrolarse, el mediador puede interrumpir la discusión y dedicar un lapso de tiempo a dirigirse a las partes con tono tranquilizante, legitimándolos a ambos pero haciendo una llamada a la calma. En ocasiones, serán necesarias medidas más contundentes, como ponerse en pie y recordar la necesidad de respeto o tener cualquier tipo de conducta inesperada que sirva de freno y neutralice los ataques.

Debe evitar el mediador que las partes caigan en el muy frecuente error de dar por hecho lo que el otro piensa o siente. Asimismo los invitará a la sinceridad para evitar percepciones erróneas y la construcción de un problema sobre la base de un mero malentendido. Ser claros y honestos evitará situaciones absurdas derivadas de una comunicación contaminada con prejuicios de una parte y falta de exteriorización por la otra.

Normalmente, las sesiones se realizan de forma conjunta, ya que lo que se intenta es fomentar el diálogo entre las partes. No obstante, si la situación así lo requiere, el mediador podrá optar por realizar un «caucus», entrevistándose con las partes por separado, bien de forma inicial o en un momento concreto del proceso. Esta técnica suele ser muy útil en conflictos intergeneracionales porque suele haber datos que los padres quieren poner en conocimiento del mediador y que el menor no debe escuchar. Por otra parte, los hijos también se sienten con más libertad para exponer determinados aspectos si no están sus padres delante. Asimismo, es bastante práctica

esta técnica cuando el nivel de conflicto es tan elevado que puede ser útil permitir a las partes que se desahoguen y expresen libremente sin miedo a humillar o hacer un daño irreparable a la otra persona.

No es tarea del mediador evaluar a las partes, ni discernir quien lleva la razón, sino gestionar la interacción entre ellas e ir desactivando el clima emocional para convertir las posiciones en intereses y necesidades, e inculcar a las partes que la premisa básica para entrar en la fase de búsqueda de soluciones es el enfoque hacia el futuro.

Una vez hallada una solución válida para ambas partes, el mediador debe vigilar que el acuerdo al que se llegue sea justo y equitativo en el sentido de que satisfaga el interés de ambos, no debiendo permitir situaciones en la que uno de ellos intenta imponer sus condiciones e instrumentalizar la mediación para conseguirlo. Asimismo deben de tratarse de acuerdos concretos (no buenas intenciones en general) y realistas, de forma que cada parte sólo adquiera compromisos que realmente esté en situación de cumplir.

CAPÍTULO XXIII

LA MEDIACIÓN PENAL

JUAN ANTONIO CRUZ PARRA
Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía
Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. MEDIACIÓN PENAL CON ADULTOS. 1.1. *Una búsqueda de alternativas*. 1.1.1. El retorno de la víctima. 1.1.2. El fracaso de las penas tradicionales. 1.1.3. El redescubrimiento de la justicia restaurativa. 1.2. *Compatibilidad de la mediación con los fundamentos de nuestro sistema penal*. 1.2.1. Compatibilidad con el principio de legalidad penal. 1.2.2. Compatibilidad con las garantías procesales del inculpado. 1.2.3. Compatibilidad con los fines de la pena. 1.3. *Regulación legal de la mediación penal*. 1.3.1. Normativa internacional. *a*) Naciones Unidas. *b*) Consejo de Europa. *c*) Unión Europea. 1.3.2. Ordenamiento español. 1.4. *Ámbito material de la mediación penal*. 1.4.1. Infracciones que mejor se prestan a la mediación. 1.4.2. Infracciones excluibles. 1.5. *Algunas notas específicas sobre el funcionamiento de la mediación penal.* 1.5.1. El mediador penal. 1.5.2. Momento procesal oportuno para la derivación del caso. 1.5.3. Significación de la disculpa: la reparación simbólica. 2. MEDIACIÓN PENAL CON MENORES. 2.1. *Antecedentes.* 2.2. *La mediación en la LORPM*. 2.3. *Procedimiento de mediación*. 2.4. *Conclusión*. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. MEDIACIÓN PENAL CON ADULTOS

1.1. UNA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS

Hoy nadie pone en duda que nuestro sistema penal está en crisis. Probablemente nunca ha dejado de estarlo, habida cuenta de la tarea que se le encomendó —nada menos que la pacificación social y la prevención de futuras infracciones— y la tosca herramienta de que fue dotado para alcanzar tan alta aspiración: la pena de prisión, si bien con el tiempo combinada con otros castigos. Su impedimento más acuciante es el descomunal atasco que padece, consecuencia de la ingente cantidad de procesos que cada día se ventilan en nuestros Juzgados y Tribunales. Según datos publicados, en 2013 ingresaron en la justicia española cerca de nueve millones de asuntos, de los que un 73,2 por 100 correspondió al orden penal. A esto nada ayuda un aparato procesal anclado en el siglo XIX; empero, la principal razón es la mórbida hipertrofia de nuestro Derecho penal sustantivo, consecuencia de las continuas adiciones, de cariz marcadamente populista, que los diferentes Gobiernos de la nación han ido incorporando al Código Penal (CP) desde que fuera promulgado en 1995, el cual es hoy la prueba de que la calidad de un libro no puede medirse por su grosor.

Por otra parte, la metodología clásica de confrontación judicial se ha mostrado incapaz de dar una solución adecuada a la comisión de determinadas infracciones. La sentencia judicial y el farragoso proceso que culmina no satisfacen a la víctima, y las penas hacen bien poco por mejorar el futuro del delincuente, por lo que la propia

sociedad se resiente y la percepción subjetiva de una justicia ineficaz se expande de forma muy negativa para la consolidación del Estado de derecho. Se ha generado, en suma, una crisis de legitimación del sistema penal que ha propiciado la difusión de nuevos modelos, menos formalizados, y aquí es donde entran en escena la justicia restaurativa (JR) y la mediación penal, concepciones que abogan por la existencia de un control social no basado únicamente en el imperio absoluto de la ley y la represión, sino que armonice los intereses del Estado y de la sociedad con los de las partes privadas del delito. A nuestro juicio, son tres los factores que en mayor medida han contribuido a que estas tesis gocen cada vez de mayor predicamento: el denominado retorno de la víctima, el fracaso de las penas tradicionales y el «redescubrimiento» de la justicia restaurativa.

1.1.1. El retorno de la víctima

Desde finales de la pasada centuria la persona que sufre el delito viene siendo objeto de una atención muy superior a la que antes se le había brindado, lo que ha motivado que se hable de un retorno o neoprotagonismo de la víctima (Garland, D., 2001: 46 ss.). El origen de su papel de cenicienta del sistema se remonta al afianzamiento de las estructuras estatales modernas; durante milenios no existió el Derecho penal como mecanismo de control social sometido a monopolio estatal, pero sí la norma que imponía la compensación al ofendido o a su familia. Se consideraba la afrenta como un hecho perteneciente únicamente a la esfera familiar de la víctima; por lo tanto, esta era la única institución competente para reclamar el resarcimiento del daño o, en su defecto, recurrir a la venganza particular, lo que no era una reacción instintiva, ni tampoco un derecho, sino un verdadero deber que recaía sobre el ofendido y su clan, frente a los que respondían, de modo solidario, el infractor y su progenie, y cuyo ejercicio estaba sometido a ciertas reglas, equivalentes, en cierto modo, a nuestras formalidades procesales. Se ha llegado a hablar, en suma, de una *edad de oro de la víctima* (Shafer, S., 1968: 7).

Con el advenimiento de las grandes monarquías bajomedievales se consuma el proceso, iniciado en las postrimerías del Imperio Romano, de apropiación estatal de la gestión del conflicto criminal, cuando el concepto de «daño» se sustituye por el de «infracción». La infracción ya no es una ofensa a la víctima, es un ataque al Estado, al soberano, quien, para resarcirse, recurre a la confiscación de los bienes del infractor, con lo que la infracción termina siendo una forma de enriquecimiento económico del poder establecido (Foucault, M., 1996: 67 ss.). Posteriormente, la reforma ilustrada mantuvo a la víctima en la periferia de su flamante esquema penal, aún hoy vigente. Éste gravita exclusivamente en torno al imputado, cuya suerte en el tenebroso proceso medieval dependía de factores difícilmente cognoscibles, especialmente si era plebeyo. Los pensadores ilustrados decidieron situar al imputado en el centro del sistema penal, pues en ese momento histórico lo más perentorio era la consolidación de ciertas garantías legales que lo protegiesen de la irracionalidad que hasta entonces había presidido su enjuiciamiento. En este contexto la víctima sobra; el problema es entre la sociedad, representada en el Estado, y el acusado. Y así hemos

seguido hasta hoy, cuando la Criminología y su vástago, la Victimología, nos han hecho reparar en esta gran carencia del modelo penal surgido de la toma de La Bastilla.

El reingreso de la víctima en el sistema ha tenido reflejo en los textos legislativos. A nivel internacional, ejerció gran influencia la Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, que consagró, tanto el derecho de la víctima al acceso al proceso judicial y a obtener una reparación (art. 4), como la obligación del delincuente de resarcirla por el daño causado (art. 7). En nuestro país tuvimos que esperar hasta la promulgación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de *Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, para ver regulada una carta de derechos de la víctima. Dicha ley contempla una serie de ayudas económicas, además de imponer a los distintos funcionarios y autoridades determinadas obligaciones informativas para con la víctima. Sin embargo, tenemos que decir que estos mandatos no siempre se cumplen en la práctica. Por ejemplo, como hemos podido comprobar en nuestro devenir profesional, el fiscal a veces pacta con la defensa la conformidad del acusado sin acordarse de exigir la satisfacción de la responsabilidad civil, con lo que la víctima queda avocada a gastar dinero, tiempo y desvelos en entablar un nuevo proceso civil si quiere ser indemnizada. Afortunadamente esto no es lo habitual, pero lo que sí es moneda corriente es el incumplimiento por los fiscales de su deber de información a la víctima cuando se alcanza la conformidad con la parte acusada, algo que, por exceso de trabajo, desidia, o ambas cosas, no suele llevarse a cabo. Por lo tanto, sin dejar de reconocer la importancia de estos instrumentos, parece que resultan insuficientes para lograr la total recuperación de la víctima desde el plano material, físico y psicológico, por lo que toda ayuda debería completarse con la admisión legal de la posibilidad de que la víctima participe en primera persona en el restablecimiento del *statu quo* dañado por el delito padecido.

1.1.2. El fracaso de las penas tradicionales

Otra de las grandes razones subyacentes bajo la crisis del sistema penal es el fracaso universal de su castigo estándar, la pena de prisión. La preocupación por la función de las cárceles terminó desembocando en los países occidentales, tras la Segunda Guerra Mundial, en un intento por convertirlas en lugares donde poder inculcar en el recluso valores de convivencia. El Derecho español no reflejó esa tendencia hasta el advenimiento de la Constitución de 1978, cuyo artículo 25.2 consagra la reeducación y reinserción social como fines a los que habrán de estar orientadas las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Pero desgraciadamente es imposible, como la realidad ha demostrado, hacer de las prisiones lugares de reinserción social, lo que no deja de ser una buena prueba de la necesidad de su progresiva sustitución por otros sistemas. Y si ya se ha previsto legalmente la suspensión de la ejecución de ciertas penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP), y si empiezan a estilarse las medidas electrónicas de restricción de libertad en la criminalidad menos grave, se impone la regulación de procedimientos de

reparación autor-víctima, tendentes igualmente a evitar la estigmatización social del victimario, pero en mejores condiciones para ambos.

1.1.3. El redescubrimiento de la justicia restaurativa

Entre los años sesenta y ochenta del pasado siglo fue conformándose en Estados Unidos una tendencia que respondía al deseo de encontrar vías alternativas de tratamiento del hecho delictivo sin tener que pagar los altos costes emocionales y materiales asociados al modelo de justicia oficial. La nueva corriente inspiró sus proposiciones en el ideario abolicionista, así como en diversos estudios etnográficos que habían centrado su atención en los ritos tradicionales adoptados por las comunidades aborígenes para resolver sus desavenencias internas, dando como resultado lo que hoy conocemos como JR. Ésta se presenta como una tercera opción de modelo de justicia criminal, que trataría de superar el fracaso tanto del sistema centrado en el castigo del delincuente como del basado en su rehabilitación. Sin embargo, no propone nada nuevo —de ahí que hablemos de *redescubrimiento* de la JR—, sino que se apoya en la reformulación de un heterogéneo conjunto de métodos cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, cuando la reparación y otras formas de conciliación eran el modo habitual de resolver los conflictos que hoy llevaríamos al Juzgado penal. Los instrumentos de JR poseen, no obstante su diversidad, una muy destacada nota común: en todos ellos la resolución del conflicto se deja en manos de sus protagonistas. La autocomposición no es extraña a las materias civil y mercantil, tradicionalmente consideradas disponibles; empero, la gran novedad que aporta la JR es su aspiración de trasladarla al ámbito criminal. Para la JR, el delito deja de constituir un acto contra el Estado y pasa a ser un acto contra la comunidad, contra la víctima e, incluso, contra su propio autor. La idea clásica de reproche moral es reemplazada por la de responsabilidad social y, si en la justicia oficial se da el interés público en la actuación del Derecho penal, en la JR tal interés pertenece a las personas implicadas en el episodio criminal y a la comunidad que las rodea. Sin embargo, se hace muy difícil la precisión de un concepto uniforme de JR, lo que ha sido visto como un signo de debilidad por sus detractores. Esto responde, además de a la diversidad de instrumentos utilizados, a dos razones principales: en primer lugar, la JR carece de una base ideológica uniforme; entre sus defensores podemos hallar integrantes de corrientes filosóficas, antropológicas o religiosas verdaderamente disímiles y hasta incompatibles entre sí. En segundo lugar, tampoco hay que olvidar que no se trata de una teoría dogmática del delito, sino más bien de una *antidogmática del delito,* una reacción crítica que busca experimentar con fórmulas alternativas. No obstante, suele acudirse a la siguiente definición de JR: «Aquel proceso donde las partes involucradas en una ofensa resuelven colectivamente cómo afrontar sus consecuencias y sus implicaciones para el futuro» (Marshall, T., 1999: 5).

Respecto a cuáles son los principales mecanismos de JR, es preciso señalar que, dentro de la multiplicidad de sus expresiones, cada práctica, en función de las especificidades sociales y culturales del lugar donde se implanta, puede comprender

elementos tomados de diferentes modelos, por lo que no cabe hablar de esquemas únicos [Guardiola Lago, M. J., 2012: 238, en Tamarit Sumalla, J. (coord.), 2012]. Con todo, podemos destacar dos patrones clásicos, además de la mediación víctima-ofensor: las conferencias familiares y los círculos de diálogo. Los tres han sido designados, tanto por Naciones Unidas como por la Unión Europea, como los más indicados para su implantación oficial. Las conferencias tienen su origen en los ritos de justicia familiar practicados por las tribus maorís en Nueva Zelanda, donde fueron incorporadas al sistema de justicia juvenil en 1989, siendo posteriormente exportadas a Australia y a otros países angloamericanos. Las conferencias pueden considerarse una «forma expandida de mediación» (Merino Ortiz, C.; Romera Antón, C., 1998: 287), pues en ellas se procura que los protagonistas del conflicto acudan acompañados de personas de su círculo más íntimo, denominadas *apoyadores*. Cada conferencia está dirigida por un *facilitador*, que puede ser un trabajador social (modelo neozelandés) o un agente de policía (modelo Wagga australiano). En cuanto a los círculos, proceden de culturas nativas norteamericanas como la navajo y, fundamentalmente, se diferencian de las conferencias en que el conjunto de personas que participan es todavía más amplio, pudiendo ser utilizados en materia de adultos y en casos de criminalidad grave, ya que también toman parte funcionarios de justicia y a veces hasta el propio juez, quien, una vez pactada la sentencia entre los integrantes del círculo, recupera su rol, comprometiéndose a dictarla.

1.2. Compatibilidad de la mediación con los fundamentos de nuestro sistema penal

La implantación de la mediación penal no puede significar ninguna suerte de dejación de funciones por parte del Estado, por lo que es necesario cohonestar premisas tan disímiles como el *nullum crimen sine poena* y la colaboración autor-víctima. A continuación se hace una somerísima descripción, en primer lugar, de las posibilidades de articulación de la mediación con el principio de legalidad que domina el modelo penal clásico, para después tocar la cuestión de las garantías procesales del inculpado y terminar haciendo referencia a la integración de la *reparatio per mediationem* en las teorías tradicionales de los fines de la pena.

1.2.1. Compatibilidad con el principio de legalidad penal

Como ya hemos dicho, nuestro esquema penal tiene su basamento ideológico en la filosofía ilustrada. La teoría del contrato social sometió el poder de los gobernantes al imperio de la ley, consagrando la prisión como pena de referencia y proscribiendo los tormentos arbitrarios. Empero, simultáneamente, la racionalidad del nuevo sistema elevó el castigo a la categoría de corolario ineluctable de toda infracción de la norma criminal, por lo que cualquier solución distinta de aquél cae abiertamente, al menos en teoría, en la heterodoxia [Quintero Olivares, G., 2011: 505, en Castillejo Manzanares, R. (dir.), 2011]. Ahora bien, las garantías que conforman el principio de

legalidad han de ser objeto de adaptación a los días actuales, cuya complejidad social y tecnológica ha generado una multiplicación de los conflictos. Se necesita flexibilizar el contenido de los axiomas tradicionales de nuestro sistema jurídico para poder convenirlo con el de otros emergentes, llamados a ser la punta de lanza de las reformas que la justicia demanda, como el principio de oportunidad, de cuya mano podrá instalarse la mediación penal. Dicho principio, entendido como «la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado» (Gimeno Sendra, V., 1991: 34), está expresamente reconocido en nuestra legislación de menores y viene siendo aplicado, de facto, en los procesos penales de adultos, merced a las amplias posibilidades que las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) han ido concediendo al instituto de la conformidad. Sólo hay que recordar que más de la mitad de las acusaciones públicas que se formulan anualmente en el seno de nuestros órganos jurisdiccionales conllevan la conformidad del acusado. Sin duda, mediación y principio de oportunidad son figuras distintas en el ejercicio de la acción penal, pero se complementan (Del Río Fernández, L., 2006: 6). Por otro lado, la mediación puede hacer más por los protagonistas del conflicto que la conformidad, cuya única razón de ser es la economía procesal (el acusado acepta una rebaja punitiva y a cambio el Estado se ahorra un juicio, sin que se exija ninguna actitud reparadora concreta hacia la víctima), mientras que el *leitmotiv* de la mediación estriba en una mejor satisfacción de los intereses de ofensor y ofendido.

1.2.2. Compatibilidad con las garantías procesales del inculpado

La mediación penal posee la nota característica, frente a otras posibilidades mediadoras, de que el conflicto se basa en unos hechos que, presuntamente, no han existido; de ahí el peligro de que la mera aceptación de la mediación por el inculpado pueda afectar negativamente a la presunción de su inocencia, clave de bóveda del proceso criminal en todo Estado de derecho que se precie de serlo. Y ello sin olvidar los efectos coactivos que pueden generarse en la voluntad de aquél, pues el deseo de obtener una respuesta diferente de la pena puede llevarle a reconocer todo tipo de responsabilidades. Paralelamente, la razón de ser de la mediación penal, como ya se ha dicho, es procurar una solución más satisfactoria también para la víctima, la cual difícilmente va a sentirse satisfecha sin que el infractor reconozca los hechos. En este sentido, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, al regular la implantación de mecanismos de justicia reparadora, establece, en su artículo 12.1.*c*), que «el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso», con el evidente riesgo de quebranto del derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Estimamos que es necesario un reconocimiento de responsabilidad por el victimario para que la mediación pueda fructificar, pero el mismo no puede suponer en ningún caso un fallo de culpabilidad, de manera que la cuestión de su culpabilidad o inocencia, de cara a la posible

continuación del proceso penal por sus cauces habituales si la mediación no fructifica, deberá quedar abierta: no se puede obligar al presunto infractor que acepta una mediación a formular una declaración de culpabilidad, al menos una declaración que contenga hechos concretos: hora, día, lugar, *modus operandi*, el reconocimiento de que se obraba dolosamente... una confesión formal, en fin.

Y si la mediación se frustra y hay que celebrar el juicio, ¿qué ocurrirá con las manifestaciones vertidas y con los compromisos asumidos por el presunto infractor a lo largo de las sesiones?; ¿podrán tener eficacia probatoria y ser valorados por el juzgador? Para soslayar el problema, toda regulación de la mediación penal debería respetar dos reglas esenciales: 1.º la imposibilidad de admitir como prueba las manifestaciones vertidas por el presunto infractor durante las sesiones de mediación, pues lo contrario equivaldría a admitir una prueba ilícitamente constituida (sería como aceptar, por ejemplo, unas conversaciones telefónicas interceptadas sin autorización judicial); 2.º el mediador ha de estar sujeto al deber de sigilo, y a su vez amparado por el secreto profesional consagrado en nuestra Constitución, ya que de otro modo se abrirían las puertas a un uso subrepticio de la mediación penal. De otra parte, sobre la valoración que pueda hacer el juez del propio hecho de que el imputado haya aceptado participar en la mediación, debemos decir que nunca podría admitirse un juicio de culpabilidad basado en el consentimiento de la mediación por aquél, pues ello vulneraría de plano el derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, hemos de reconocer que resulta muy difícil imaginar que realmente quepa imponer al juez la obligación de ignorar semejante dato, por lo que la limitación que sí es viable establecer *ex lege* es la consistente en prohibir que la decisión de participar del presunto infractor sea tomada por el juez como prueba incriminatoria, sin perjuicio de ser contemplada a título indiciario.

1.2.3. Compatibilidad con los fines de la pena

Cualquier mecanismo que aspire a operar como sustituto de la pena no puede significar merma alguna de legitimidad ni de capacidad del Derecho penal como medio de control social, ni tampoco una distorsión negativa en materia de política criminal, ergo hemos de asegurarnos de que la admisión de la mediación en el modelo penal no va a suponer ninguna ventaja para ningún tipo de delincuencia. Así pues, la mediación será viable, como mecanismo capaz de evitar el juicio y ulterior condena, en la medida en que pueda colmar las finalidades perseguidas a través de la imposición del castigo. Hoy día, pese a lo que pudiera sugerir la lectura del artículo 25.2 de nuestra Carta Magna, la resocialización del infractor no es el único fin al que están orientadas las penas; también atienden a criterios retributivos y, sobre todo, preventivos, finalidades ambas que, en la criminalidad grave, difícilmente pueden ser satisfechas por la *reparatio per mediationem*. Para la conciencia común, reparar el daño significa un sacrificio menor que la pena (Alastuey Dobón, M. C., 2000: 18), por lo que el efecto intimidatorio de la reparación sobre la sociedad es inferior al de la pena, y lo mismo puede decirse en términos retributivos: la sociedad no asumiría como justa una reparación carente de castigo en los casos graves. Sin embargo, la

reparación se muestra como una solución útil, tanto en términos de prevención general positiva, por el efecto de satisfacción y de confianza en el derecho que se genera en la sociedad cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general da por finalizado su conflicto con aquél (Roxin, C., 2000: 17), como en términos de resocialización, no ya sólo del infractor, sino también de la propia víctima, a quien la reparación puede devolver parte de la dignidad menoscabada por el delito, coadyuvando a su reintegración en la sociedad (Galain Palermo, 2010: 326).

1.3. Regulación legal de la mediación penal

1.3.1. Normativa internacional

a) Naciones Unidas

En este ámbito, el impulso inicial llegó a través de la Resolución 40/34, ya citada, que propugnó la utilidad de los «mecanismos informales de solución de controversias, incluida la mediación, el arbitraje y las prácticas consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctima» (art. 7). Posteriores resoluciones han ido incidiendo en la cuestión, como la 55/59, de 4 de diciembre de 2000, que alberga la Declaración de Viena sobre Delincuencia y Justicia: frente a los Retos del Siglo XXI, la cual subraya, en su punto 27, la conveniencia de establecer mecanismos de mediación y JR.

b) Consejo de Europa

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha venido aprobando distintas recomendaciones en la materia, siendo de gran trascendencia la Recomendación n.º R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre Mediación en Asuntos Penales, cuyo art. define la mediación penal como «procedimiento a través del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de un tercero imparcial: el mediador». Su articulado aconseja a los Estados miembros que vayan progresivamente recurriendo a la mediación penal, pidiendo una mayor y más activa participación de la víctima y de la comunidad en el procedimiento penal. También se ocupa del mediador penal, recalcando la necesidad de una adecuada formación. Por último, reserva a la autoridad judicial la decisión acerca de si conviene o no el proceso de mediación; es decir, no contempla un modelo radical y alternativo, sino vinculado al proceso oficial.

c) Unión Europea

El pleno reconocimiento de la mediación penal por la UE llegó de manos de la Decisión Marco (DM) 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, cuyo artículo 10 conminaba a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales «que a su juicio se presten a este tipo de

medida», así como a velar «por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales». La citada DM fijó el 22 de marzo de 2006 como término temporal máximo de cumplimiento de su contenido (art. 17), por lo que puede decirse que nuestro país *no hizo los deberes*. Recientemente, la DM 2001/220/JAI ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE, citada supra. La nueva directiva relega la mediación penal a un plano secundario, pues, mientras que su predecesora se ocupó de definirla y de fijar un plazo para su implantación, la norma hoy vigente se limita a mencionarla como modalidad de «justicia reparadora», concepto al que sí consagra varios preceptos. Se ha optado, así, por dar más protagonismo a la justicia restaurativa como sistema general, lo que, *prima faci*e, no tiene por qué verse como algo negativo para la mediación penal; no hemos de olvidar que, pese a que en los sistemas jurídicos de herencia napoleónica, como es el nuestro, la mediación es el único modelo viable desde una perspectiva realista, en la UE hay países cuyas concepciones son más permeables a los mecanismos de justicia comunitaria, antojándose lógico que no se les quiera avocar a la adopción de la mediación como único esquema restaurativo posible.

1.3.2. Ordenamiento español

Pese a la ausencia de regulación expresa hasta la fecha, los titulares de los Juzgados que han albergado proyectos piloto sobre mediación penal han aprovechado determinadas *puertas de acceso* de nuestra legislación para reconocer eficacia jurídica a los acuerdos alcanzados. Nos referimos, fundamentalmente, a la atenuante de reparación de daño del artículo 21.5 CP, la cual permite dar un tratamiento punitivo privilegiado al delincuente que se esfuerza por reparar el mal causado, siempre que sea con anterioridad al juicio oral, por lo que ha sido considerada como una manifestación de JR dentro del Derecho español vigente [Alcácer Guirao, R., 2011: 110, en Martínez Escamilla, M.; Sánchez Álvarez, M. P. (coords.), 2011]. Además de dicha atenuante, defendemos la exploración de las posibilidades de la denominada circunstancia analógica del artículo 21.7 CP, históricamente empleada por nuestro Tribunal Supremo para dar entrada a nuevas líneas político-criminales.

Ya en fase de ejecución, nuestro Derecho contempla diversas medidas que cabría adoptar a consecuencia de una mediación, como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, previstas en los artículos 80 y siguientes CP. En este punto es necesario hacer alusión a la reciente ley orgánica de modificación del CP, cuya tramitación parlamentaria está concluyendo en el momento de escribir estas líneas, pues por vez primera se introduce el término «mediación» en dicho texto legal. Así, la nueva dicción del artículo 84 CP establece que el órgano sentenciador podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuyo límite genérico es que no sea superior a dos años, al «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en un proceso de mediación». Esta importante novedad ha de complementarse con la lectura de la legislación proyectada en materia de enjuiciamiento criminal. Así, tanto el Anteproyecto de LECr presentado por el

Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero en 2011, finalmente desechado, como el borrador de Código Procesal Penal elaborado bajo la égida del actual Gobierno de la nación, han afrontado la regulación de la mediación penal. En ambos textos, aunque de forma más nítida en el primero, se reconocen a la mediación efectos suspensivos del proceso penal, los cuales, bajo determinadas circunstancias, pueden tener lugar en procesos seguidos por delitos castigados con hasta cinco años de privación de libertad, correspondiendo la decisión al Ministerio Fiscal, si bien posteriormente habrá de ser confirmada por un Tribunal de Garantías.

1.4. Ámbito material de la mediación penal

En este asunto la doctrina se divide entre los que consideran que determinados delitos no pueden someterse procesalmente a mediación y los que optan por no excluir, *a priori*, ningún delito por grave que sea, abogando por un examen de *mediabilidad* en cada caso concreto. Con esta segunda opción compartimos la idea de que no hay por qué establecer, de partida, un catálogo cerrado de infracciones mediables, por cuanto la inversión y esfuerzo realizados en pro de instaurar la mediación no merecerían la pena si luego la precariedad de su campo de acción la deja reducida a la categoría de mera anécdota. No obstante, creemos que existen delitos cuyo tratamiento no puede dejarse exclusivamente en manos de los afectados, ya por la gravedad de la pena que llevan asociada, ya porque su naturaleza los hace incompatibles con esta figura. El presente trabajo no niega la posibilidad de mediación en ningún caso, pero sí su viabilidad para frenar el progreso de la acción penal en determinados supuestos, especialmente en el terreno de la criminalidad grave y organizada. Por tanto, de lo que se trata es de fijar unos límites legales dentro de los cuales la mediación goce de plena operatividad y, cuando el tipo penal cometido exceda dichos límites, la mediación podrá seguir existiendo, pero en los términos en que opera hoy, es decir, paralelamente al proceso, como circunstancia exógena a valorar por el órgano sentenciador a la hora de fijar la condena o las condiciones de su ejecución.

1.4.1. Infracciones que mejor se prestan a la mediación

Existe un núcleo de tipologías delictivas en que el recurso a la mediación puede reportar grandes ventajas frente al proceso penal tradicional, ya sea por la facilidad de lograr la reparación, como es el caso de los delitos patrimoniales de nula o escasa violencia; o por la capacidad transformativa de la relación personal entre las partes, léase aquellas pequeñas infracciones tipo *punta de iceberg* que tienen lugar en el marco de una relación personal estable. Los lazos interpersonales a veces esconden desavenencias, largo tiempo soterradas, que cuando salen a la superficie lo hacen de forma violenta, como el magma de un volcán, sumiendo en la pura irracionalidad una relación hasta entonces apacible. Es en estos conflictos *de tracto sucesivo* (Mejías Gómez, J. F., 2009: 20) donde más partido puede sacarse a la mediación como

procedimiento que, a diferencia del judicial, permite ir más allá de las apariencias para sacar a la luz lo que realmente se dirime en el proceso (Six, J. F., 2005: 19). Hablamos de estallidos puntuales de violencia física o verbal entre familiares, amigos, compañeros de trabajo o de piso, que no son sino la revelación de un conflicto germinado en la oscuridad. En este tipo de discordias la mediación se despega definitivamente de las limitadas posibilidades de actuación de la sentencia judicial, la cual es capaz de castigar la agresión puntual, pero se muestra del todo inoperante para atacar la raíz del problema, la parte sumergida de un iceberg, que, cuando no se logra deshacer, lo más probable es que siga creciendo hasta que la relación finalmente zozobre, o suceda algo peor. En estos casos, el gran atributo de la mediación es su capacidad transformadora de las relaciones personales de los protagonistas del conflicto: no se circunscribe a la mera reparación de la ofensa, sino que, a través de la instrumentación de vías para la reflexión y la modificación de comportamientos, posee la capacidad de lograr que el vínculo se mantenga y las partes puedan seguir compartiendo espacio en la familia, el trabajo o la vivienda. Traemos a colación una norma de Derecho comparado que expresa a la perfección lo que intentamos transmitir: la Nota Orientadora del Ministerio de Justicia francés, de 3 de junio de 1992, señaló que la mediación penal «posee el dominio privilegiado de los conflictos familiares, los conflictos vecinales y las infracciones recíprocas, que no se tratan, o no se tratan correctamente, y que pueden degenerar con rapidez». En este sentido, si tomamos los últimos resultados del servicio de mediación penal alemán, uno de los más desarrollados de nuestro entorno, en más del 40 por 100 de los expedientes derivados a mediación víctima y autor mantenían una relación personal cercana.

1.4.2. Infracciones excluibles

Por evidentes razones de espacio, nos limitaremos a mencionar algunos supuestos de dudosa mediabilidad, como los delitos violentos o sexuales de carácter grave, en los que los padecimientos de la víctima no le permiten situarse en el necesario plano de equilibrio de poder entre las partes que ha de presidir toda mediación. Tampoco existiría la necesaria bilateralidad de la mediación en los llamados *delitos sin víctima*, en los que el sujeto pasivo del delito no es individualizable (delitos contra la seguridad colectiva, contra la Hacienda Pública, etc.). En estos supuestos la mediación no tiene sentido, si bien la falta de corporeidad de la víctima no impide la existencia de fórmulas de atenuación punitiva que estimulen las conductas reparadoras del mal causado a la comunidad. De hecho, nuestro CP ya prevé como atenuante específica la reparación de los males causados en los delitos, tales como los cometidos contra la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico, contra los recursos naturales y el medio ambiente o en los relativos a la protección de la flora y la fauna.

En cuanto a las personas jurídicas como sujetos de mediación, podría sostenerse esta posibilidad en el caso de que la persona jurídica fuera la infractora, en cuyo caso actuaría a través de representante. Encontramos, no obstante, un escollo cuando

aquélla ocupa la posición de víctima: la Directiva 2012/29/UE define a la víctima, en su artículo 1, letra *a*), como «persona física que ha sufrido un daño o perjuicio», lo que dificulta la admisión legal de la mediación en esta vertiente. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado acerca de la cuestión no admitiendo la extensión del concepto de víctima a las personas jurídicas (STJUE de 28 de junio de 2007).

Pero, sin duda, la materia más controvertida en relación con el ámbito objetivo de la mediación penal, según evidencian los ríos de tinta que ha generado, es la relativa a la denominada violencia de género. Por un lado, es palmario que este tipo de violencia constituye un problema frente al que el Derecho penal tradicional, por sí solo, no puede hacer nada, como demuestra el hecho de que, frente a la política de expansión punitiva llevada a cabo durante los últimos años, la cifra de asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o exparejas se ha mantenido estable. Es absolutamente necesaria, pues, una respuesta que implique a todos los elementos sociales, lo que conecta con el ideario de la JR. Pero, por otro lado, en materia de violencia de género la mediación está expresamente vedada por su propia ley orgánica reguladora (LO 1/2004, de 28 de diciembre), cuyo artículo 44, al enumerar las competencias de los Juzgados de violencia contra la mujer, establece que «en todos estos casos está vedada la mediación». El acentuado desequilibrio de poder entre víctima y agresor que constituye la base fáctica de estos delitos no parece aconsejar, *prima facie*, la aplicación de la mediación. Sin embargo, no todos los casos son iguales, y es posible diferenciar entre aquellos que implican una dilatada historia de dominación sistemática, en los que no sería viable la mediación, y aquellos que consisten en episodios aislados de agresión, incluso mutua, en los que, bajo ciertas condiciones, podría recurrirse a la mediación (cfr. Esquinas Valverde, P., 2008: 130-131). Lo mismo es predicable de los episodios ocasionales de violencia doméstica, con la ventaja de que en este campo no está legalmente prohibida la mediación. En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa n.º R (98) 1, de 21 de enero, sobre Mediación Familiar, admite la mediación en tales supuestos.

1.5. Algunas notas específicas sobre el funcionamiento de la mediación penal

1.5.1. El mediador penal

Al contrario que en el ámbito civil, la mediación penal no puede configurarse como una profesión liberal; a ello se opone la gratuidad y oficialidad del proceso penal. Así, podrá optarse entre diversos sistemas, como la contratación estable de los mediadores, o el sistema rotatorio de mediadores especializados, en virtud de listas *ad hoc*, estilado en Portugal. Lo cierto es que, para el ejercicio de la mediación penal, sería deseable establecer un plus de requisitos, ya basado en la formación, en la superación de determinadas pruebas de aptitud o en la posesión de experiencia en la materia. Volvemos a traer a colación la Directiva 2012/29/UE, cuyo artículo 25

establece:

> Los Estados miembros fomentarán iniciativas, a través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a las víctimas, mediante las que se posibilite que las personas que prestan servicios de apoyo a las víctimas y servicios de justicia reparadora reciban la formación adecuada de un nivel que sea el adecuado al tipo de contactos que mantengan con las víctimas, y observen normas profesionales para garantizar que tales servicios se prestan de manera imparcial, respetuosa y profesional.

Por otro lado, como ya se ha dicho, el mediador penal ha de estar protegido por el secreto profesional, y a la vez vinculado por el deber de sigilo respecto de las manifestaciones vertidas en las sesiones de mediación. En cuanto a su responsabilidad, debería ser la propia Administración de Justicia la que asumiese la responsabilidad civil derivada de una mala praxis del mediador; ello sin perjuicio de una ulterior repetición contra el mediador en caso de dolo o negligencia grave. He aquí una sensible diferencia con la mediación en el campo del Derecho privado: a nuestro juicio, un modelo de mediación penal ligado al sistema de justicia caería bajo la órbita del artículo 106.2 de la Constitución, que obliga a la indemnización de los particulares en caso de lesión padecida a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

1.5.2. Momento procesal oportuno para la derivación del caso

Debemos comenzar aclarando que también puede existir la mediación penal preprocesal, es decir, aquella que tiene lugar antes de que la *notitia criminis* llegue a las autoridades. Dicha mediación es viable en las infracciones perseguibles a instancia de parte y consiste, en suma, en el ofrecimiento a las víctimas de someterse a mediación con el presunto infractor de manera absolutamente voluntaria y previa a la presentación de la denuncia, la cual quedaría provisionalmente paralizada, a resultas de lo que se consiguiera en la mediación. Entendemos que esta mediación preprocesal es la solución ideal en las infracciones bagatelarias, como los delitos leves de nuevo cuño. En estos casos, el ofrecimiento al ciudadano de la mediación preprocesal partiría de los propios servicios de mediación, que a su vez podrían contar con la colaboración de las comisarías de policía.

En cuanto a la fase procesal adecuada, la mediación puede darse en cualquier etapa, pero si la *reparatio* subsiguiente a la mediación se concibe como una forma de atenuar o excluir la pena, habrá de celebrarse el juicio y ser tenida en cuenta a la hora de dictar sentencia para, llegado el caso, sustituir la pena por el cumplimiento del acuerdo, dejando la pena *en reserva*. Sin embargo, si se concibe como forma de terminación anticipada en atención a criterios de oportunidad, opción que nos parece la más adecuada, el momento apropiado es la fase instructora o en su defecto la llamada fase intermedia, pero siempre antes de la apertura del juicio oral. La autoridad instructora podrá terminar o suspender la instrucción y derivar el expediente al oportuno servicio de mediación, que será el encargado de informar sobre la posibilidad de mediación a las partes. Así, de alcanzarse un resultado satisfactorio, el juez, el fiscal, o este último sujeto a posterior confirmación judicial,

podrán acordar el archivo de la causa, condicionado al efectivo cumplimiento de los acuerdos por el presunto infractor. Por traer un ejemplo de Derecho comparado, ésta es la configuración adoptada en la legislación francesa, que sólo admite la incoación por el Ministerio Público de un «procedimiento alternativo», como sería la mediación, «previamente a su decisión sobre el ejercicio de la acción pública» (art. 41.1 del Código de Procedimiento Penal francés).

1.5.3. Contenido del acuerdo de reparación

La mediación penal, a diferencia de otras modalidades, no consiste sólo en la búsqueda de un acercamiento entre las partes, sino que implica la reparación de una infracción cometida por una de ellas. Empero, el contenido de dicha reparación no debe constreñirse únicamente a la mera compensación económica o material, pues ya no estaríamos hablando de reparación penal, sino de mera indemnización civil, amén de que estaríamos abriendo la puerta a una justicia de clase, porque sólo los pudientes podrían recurrir a la vía de la reparación. Tampoco puede consistir en la aceptación voluntaria de una pena, ya que no sería entonces reparación, sino expiación; además, para la atenuación de la intervención punitiva en virtud de su aceptación voluntaria ya existe la conformidad procesal. De igual manera, no deberían tener cabida los acuerdos ignominiosos, como, por ejemplo, que el infractor se comprometa a ponerse una camiseta con el rótulo «SOY UN LADRÓN». Soluciones de semejante jaez están extendiéndose peligrosamente en el entorno angloamericano (las llamadas *shame sanctions*), fundamentalmente en materia de delincuencia juvenil, pero ni reparan, ni reeducan: se basan simplemente en la denigración del infractor, poseen un sesgo marcadamente retributivo y nos retrotraen a los tiempos de la picota y el sambenito. Sin duda, una de las grandes aportaciones de la JR es que deja espacio a la creatividad en la búsqueda de soluciones, pero ello no significa que deban ser aceptadas aquellas de contenido inquietante o incluso espantoso. La autoridad competente ha de supervisar el contenido de los acuerdos, con potestad para el rechazo de aquellos que no respeten ciertos estándares. Así, serán las circunstancias del caso concreto y la voluntad de las partes los factores que determinarán el modo de restablecer el equilibrio dañado; he aquí otra gran disimilitud con la obligación civil *ex delicto*, en la que el tipo de reparación no se deja a la elección del infractor, pero tampoco de la víctima, siendo el juez quien lo determina (Sainz-Cantero Caparrós, M. B., 1997: 120). La reparación penal podrá consistir, si ello es dable, en la *reparatio in natura*, pero también en una compensación de naturaleza completamente distinta a la del daño causado, como las prestaciones personales o laborales; determinados servicios a la comunidad; e incluso compromisos educativos o deshabituadores. Pensemos en aquellos supuestos de denuncias cruzadas, cuando los papeles de víctima y ofensor no están tan definidos, en los que puede resultar conveniente una reparación mutua, consistente en la adopción de comportamientos tendentes a evitar que el episodio se repita.

1.5.4. Significación de la disculpa: la reparación simbólica

Las necesidades de la víctima no son sólo tangibles: la reparación ha de comprender en lo posible el resarcimiento material, pero también puede ejercer efectos positivos sobre el estado de perplejidad y temor al que normalmente queda sometida. La reparación, ya se ha dicho, puede contribuir mejor que el mero castigo a la recuperación por parte de la víctima de la dignidad menoscabada por el delito. Por ello es de capital importancia que el ofensor tome conciencia de su responsabilidad y ofrezca una muestra de arrepentimiento, si no sincero, pues eso es algo inexigible en una concepción moderna del Derecho, sí al menos con apariencia suficiente de veracidad y alejado del mero formalismo. La simple celebración de una reunión donde la víctima tenga la oportunidad de comunicarse directamente con el victimario y de formular aquellas preguntas que tanto le inquietan, como «¿por qué a mí?», puede afectar para bien a su vida futura (Larrauri Pijoán, E., 1992: 305). Si atendemos a los datos de los distintos programas piloto desarrollados en España (según publica el Consejo General del Poder Judicial, en 2013 finalizaron con acuerdo casi 1.500 mediaciones penales, cifra nada desdeñable habida cuenta de su falta de regulación legal), más de un 50 por 100 de los acuerdos alcanzados entre víctima e infractor consistieron en una reparación moral o simbólica, es decir, centrada en el perdón, o en combinar éste con la realización de alguna actividad por parte del infractor, lo que demuestra el error de quienes ven en la mediación penal un trasfondo básicamente materialista.

2. MEDIACIÓN PENAL CON MENORES

2.1. ANTECEDENTES

El llamado Derecho penal del menor es el sector de nuestro ordenamiento en que con más claridad se han dejado sentir los planteamientos de la justicia restaurativa. Desde los años setenta vienen propagándose las corrientes, fundamentalmente de origen anglosajón, favorables a la *diversión* (derivación) de la respuesta judicial a la delincuencia juvenil. En este contexto, se ha propuesto la utilización de la mediación como vía de solución de los conflictos y de reparación del daño causado a la víctima por el menor, entre otros mecanismos de JR, de los que ya hemos tratado. A nivel internacional, el gran paso adelante en este campo se produjo con la aprobación de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, conocidas como *Reglas de Pekín*, integradas en la Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985. Se trata de un conjunto de principios, amplios y flexibles para favorecer su adopción en los distintos ordenamientos nacionales, cuya nota principal es que reconocen a los órganos públicos encargados de la persecución de los delitos capacidad para abandonar el proceso formal en favor de programas de conciliación o de restitución (art. 11, apdos. 2 y 4). A su vez, la Convención de los Derechos del Niño, adoptada mediante Resolución 44/25 de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1989, de

acatamiento obligatorio para los Estados que la suscribieron, obliga al respeto de las debidas garantías procesales cuando el presunto infractor es un menor (art. 40.2), así como, «siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales» [art. 40.3.*b*)].

En el marco del Consejo de Europa, la Recomendación del Comité de Ministros n.º R (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre Reacciones Sociales a la Delincuencia Juvenil, estableció la necesidad de que, para que la educación y la integración social pudieran ser las características del sistema penal juvenil, los jóvenes no fueran juzgados por los tribunales de mayores, e instó a los Estados miembros a revisar su legislación y su práctica, recomendando el desarrollo de la desjudicialización y la mediación bajo la égida del propio órgano de persecución, o de la policía, según cuál fuera el competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en la espiral nociva del sistema de justicia penal y padezcan sus consecuencias. En la misma línea, la Recomendación n.º R (2003) 20, de 24 de septiembre, sobre *Nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia de jóvenes*, invita a los Estados miembros a implantar medidas innovadoras que permitan el desarrollo de la mediación en materia de delincuencia juvenil.

En España, durante el franquismo imperó la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948, reproducción casi íntegra de la Ley de Bases sobre Organización y Atribuciones de Tribunales para Niños, de 2 de agosto de 1918, que consagraba un sistema paternalista de larga tradición en nuestro país, carente de toda garantía jurídica, en el que el juez hacía también de acusador y de defensor del menor, mediante el que no sólo se enjuiciaban los hechos objetivos cometidos por éste, sino que tenía capacidad para valorar sus actitudes y modos de ser. Con el advenimiento del Estado democrático se hizo patente la necesidad de una profunda reforma del sistema de justicia juvenil y, aunque la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, previó la creación de los Juzgados de Menores, para ello hubo que esperar a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de 1948 y puso de manifiesto la «palmaria discordancia» existente entre el procedimiento configurado por la citada Ley y las garantías procesales consagradas en nuestra Carta Magna. Consecuencia de aquel pronunciamiento fue la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que puso fin al sistema tradicional, estableciendo que los menores fuesen juzgados por jueces profesionales a través de un proceso similar al de los adultos. Por otro lado, se abrazaban las sensibilidades expresadas en las diferentes resoluciones internacionales, pues, aunque la nueva ley no mencionaba la mediación, sí reconocía la reparación extrajudicial como fórmula para finalizar el procedimiento, bien *ab initio*, antes de la competencia (art. 15.1.6.º), bien después de la sentencia (art. 16.3). En ambos casos, la operatividad de la reparación se determinaba atendiendo «a la naturaleza de los hechos» y sin establecer límite punitivo alguno.

2.2. La mediación en la LORPM

La aprobación de la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), supuso la confirmación de esas incipientes muestras de JR, reconociéndose expresamente en la misma tanto el ejercicio del principio de oportunidad penal como la posibilidad de recurrir a la mediación. Sin embargo, incluso desde antes de su entrada en vigor, en enero de 2001, la LORPM ha seguido la estela punitivista del Código Penal, siendo objeto de sucesivas reformas de marcado sesgo agravatorio, generalmente cocinadas al calor mediático de ciertos crímenes que están en la mente de todos. De esta manera, cabe afirmar que la política criminal en materia de menores delincuentes ha transitado un camino que puede condensarse en tres fases: la del paternalismo del sistema correccional primigenio; la del «Derecho penal de autor de carácter educativo» (Barquín Sanz, J. y Cano Paños, M. A., 2006: 40) que consagra la redacción originaria de la LORPM; y la del horizonte punitivista que sus reformas han trazado.

Con todo, dichas reformas no han afectado excesivamente a la posibilidad de ejercicio de la mediación penal que la LORPM contempla. Así, ya su exposición de motivos nos dice (apartado II.13, párrafo 1.º):

> Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La LORPM deja en manos del Ministerio Fiscal la posibilidad de desistir de la continuación del proceso en dos situaciones:

— Por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18), cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, y no se trate de una conducta reincidente. En estos casos, lógicamente, nada impide que haya tenido lugar una mediación extraprocesal cuyo resultado lleve al fiscal a tomar la decisión de decretar el desistimiento.

— Por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, siempre que se trate de expedientes seguidos por faltas o delitos menos graves, para lo cual se atenderá (art. 19.1):

> A la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Ambos supuestos son expresiones del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, como ha tenido ocasión de manifestar nuestra jurisprudencia (así, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, de 15 de mayo de 2008),

en contraposición al de necesidad en dicho ejercicio, todavía imperante en el proceso de adultos. La razón aducida para justificar este reconocimiento de la oportunidad penal es el principio de interés superior del menor, que impregna toda la legislación de menores, en virtud del cual, como explica el apartado II.7 de la meritada exposición de motivos de la LORPM, pueden rechazarse determinados principios esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma. Dadas las características de nuestro sistema jurídico, presidido por el principio de legalidad, no se trata de una oportunidad *libre*, que puede ejercerse sin limitación alguna, sino *reglada*, esto es, sometida a pautas previamente establecidas en la ley, básicamente resumidas en que se trate de infracciones leves y menos graves y que el menor se comprometa a realizar determinadas actividades o comportamientos previstos en la ley. La naturaleza reglada de la oportunidad que ejerce el fiscal queda patente en la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 1/2000, de 18 de diciembre, la cual recuerda que, aun siendo muy extensa la discrecionalidad del fiscal, «su facultad es de naturaleza reglada y ello obliga a hacer explícitos los motivos en que se funda para disipar toda sospecha de arbitrariedad» (apartado VI.4.A).

En cuanto a lo que se entiende por conciliación y reparación, el artículo 19.2 LORPM dispone:

> Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

Así, se establece una doble vía para llegar al consenso: la conciliación y la reparación, cuya principal diferencia estriba en que, en la primera, el arreglo es simbólico, mientras que la reparación entraña la realización efectiva de ciertos actos, ya sea en beneficio de los afectados por el delito o de la comunidad. Creemos, no obstante, que hay que interpretar que es la propia víctima quien tendrá en su mano la decisión de aceptar la conciliación o exigir una reparación material, lo que habría respondido al deseo del legislador de evitar la categorización normativa de dos clases de víctimas: las que perdonan, por un lado, y las que demandan esfuerzos materiales, por otro (Cruz Márquez, B., 2005: 4). Pero, en cualquier, caso, contrariamente a lo que pueda desprenderse de la dicción literal de la norma, la reparación siempre implicará las oportunas disculpas; otra cosa contravendría el espíritu con el que se redactó la ley. En suma, a nuestro entender, puede haber o no reparación, pero siempre ha de existir la conciliación, pues una reparación sin las oportunas disculpas no respetaría el sentido del precepto.

Resulta llamativo, por otro lado, que la exposición de motivos de la ley que nos ocupa exigiese el arrepentimiento del menor infractor (párrafo 2.º del apartado II.13) y que la redacción final del artículo 19.2 omitiese toda alusión al mismo, a nuestro juicio con buen criterio, pues, como se apuntó en el anterior epígrafe, la exigencia de los sentimientos como requisito se antoja incompatible con una concepción moderna

del Derecho. La LORPM incluso admite prescindir, para el archivo de la causa, de la disculpa del menor o del cumplimiento de los compromisos de reparación, «cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor» (art. 19.5), lo que valoriza la mera actitud reparadora del menor, independientemente de su resultado. Esta previsión encierra en cierto modo el peligro de volver a dejar en el olvido a la víctima [Fernández Carrón, C., 2012: 677, en Garciandía González, P.; Soleto Muñoz, H. (dirs.), 2012], cuando se supone que uno de los grandes objetivos de los instrumentos restaurativos es la recuperación de su protagonismo, por lo que dicha posibilidad no debe ser utilizada a la ligera, debiendo ser reservada para casos muy justificados. *De lege ferenda*, en relación con la mediación penal en adultos, no podría prescindirse del concurso de la víctima, pues ello supondría la quiebra del principio de voluntariedad de toda mediación. Así, en aquellos casos en que el infractor pusiera todo de su parte para lograr el acuerdo, pero sin conseguirlo, serían factibles otros beneficios, como la aplicación de la atenuante de reparación en la modalidad de muy cualificada, pero nunca podría considerarse a efectos legales como una mediación exitosa.

2.3. Procedimiento de mediación

En cuanto a la mediación en sí, la LORPM la reconoce expresamente como vehículo de la mencionada conciliación o reparación, en el apartado 3 del artículo 19: «El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento». Así pues, la mediación se deja en manos de un equipo técnico dependiente de la Administración de Justicia, lo que se corresponde con la idea de mediación penal como procedimiento oficial que se ha defendido en el presente capítulo. La función mediadora del equipo técnico aparece detallada en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1.774/2004, de 15 de julio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LORPM (RRPM) donde se determina que aquél estará compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales. *De lege ferenda* debería exigirse, además, que estos profesionales contasen con formación en materia de mediación, o bien añadirse un mediador profesional a la composición del equipo, si bien el último inciso del artículo 4.1 contempla la incorporación, de modo temporal o permanente, de otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas, cuando las circunstancias lo requieran y así lo acuerde el órgano competente. Según al artículo 4.2, los equipos técnicos estarán adscritos a los Juzgados de Menores y desempeñarán su labor bajo la dependencia funcional del fiscal y del juez de menores cuando éste así lo ordene, aunque, en el ejercicio de su actividad técnica, «actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales». En este punto hemos de tener en cuenta que, a diferencia de la mediación entre adultos, en la que el mediador carece, *per definitionem*, de todo interés en cuanto al resultado de las negociaciones, en la mediación impulsada por la LORPM el equipo técnico ha de

tener como objetivo prioritario la educación y reinserción social del menor, metas hacia las que deberán estar guiadas sus propuestas [Sainz-Cantero Caparrós, M. B., 2010: 88, en Medina Enciso, P. *et al.* (eds.), 2010].

Respecto al procedimiento de mediación, la iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia del equipo técnico (art. 27 LORPM). Cabrá también la iniciativa del letrado del menor, posibilidad que concede el artículo 5.1.*a*) RRPM, precepto que debe ser objeto de una interpretación flexible y hacerse extensivo al letrado de la víctima. El fiscal no está vinculado por las propuestas del equipo pero, como señala la citada Circular FGE 1/2000 [apdo. VI.3.E)], su informe constituye una herramienta de uso imprescindible para el fiscal, dada la dimensión no jurídica de muchos de los problemas abordados.

El equipo técnico citará al menor, a su letrado y a sus representantes legales, a fin de conocer su disposición hacia la reparación y sus capacidades, sobre todo económicas, de llevarla a cabo [art. 5.1.*b*) RRPM]. Así, si el menor, oído su letrado, acepta alguna de las opciones que se le ofrezcan, se recabará la conformidad de sus representantes legales [art. 5.1.*c*) RRPM]. La participación de la víctima aparece regulada en el artículo 5.1.*d*) RRPM, que deja un amplio margen de flexibilidad, pues admite la mediación indirecta, sin encuentro entre víctima y menor agresor, a condición de que el sistema empleado permita dejar constancia de los acuerdos. Hemos de tener en cuenta que en el proceso español de menores cabe, como en el de adultos, la acusación particular (si bien en la dicción originaria de la LORPM no era así, lo que facilitaba el desistimiento por el fiscal, pero, tras la reforma operada en aquélla por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se permitió su ejercicio), por lo que si la víctima se ha personado como tal en el procedimiento, su participación en la mediación será requisito indispensable para que se llegue al sobreseimiento de la causa.

Sobre el contenido de la reparación, el legislador ha sido cauto evitando enumeraciones excluyentes, limitándose a señalar que consistirá en *determinadas acciones* en favor de la víctima, del perjudicado o de la comunidad. Así pues, cabrá cualquier actividad que pueda tener efecto reparador, debiendo jugar el equipo técnico un importante papel a la hora de proponer las soluciones que estime más adecuadas para cada caso. Tampoco hay que olvidar que la reparación debe responder a la naturaleza *penal y educativa* que la propia exposición de motivos de la LORPM predica de su articulado, por lo que, como señala el artículo 19.2, *in fine*, tanto la conciliación como la reparación son independientes del arreglo al que pueda llegarse en materia de responsabilidad civil. Es decir, que podrá pactarse sobre el contenido de la responsabilidad civil, o no, pero, como dejó bien claro la Circular FGE 1/2007, una vez «archivado el expediente de menores conforme a la previsión del artículo 19 LORPM, cualquier cuestión relacionada con responsabilidad civil habrá de ser formulada ante la jurisdicción civil».

En el supuesto de incumplimiento de los compromisos, el apartado 5 del artículo 19 de la LORPM dispone que el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente «en caso de que el menor no cumpla la reparación o la actividad educativa

acordada».

En cuanto al papel del juez, el artículo 19.4 LORPM señala que, una vez el Ministerio Fiscal dé por concluida la instrucción, «solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado». El juez, por su parte, dictará auto de sobreseimiento de las actuaciones, facultad que le concede el artículo 33.*c*) de la misma ley. Cabe preguntarse si el juez puede oponerse libremente a la decisión del fiscal, algo sobre lo que la LORPM guarda silencio, si bien es cierto que el empleo del verbo «solicitar», en el meritado artículo 19.4, parece dejar la decisión en manos del juzgador. No obstante, y pese a que la doctrina no es pacífica en torno a la cuestión [vid. Cucarella Galiana, I. A., 2012: 562-563, en Garciandía González, P.; Soleto Muñoz, H. (dirs.), 2012], entendemos que hay que interpretar su papel como meramente confirmatorio, dados los principios de la LORPM y la dirección de la instrucción del proceso que ésta confiere al Ministerio Fiscal. Al juez le quedaría la vía del artículo 644 de la LECr, referido al procedimiento penal ordinario de adultos, que prevé la remisión de la causa al superior jerárquico del fiscal cuando, no existiendo acusación particular, el juez considera improcedente el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público. Sin embargo, la meritada Circular FGE 1/2000 se muestra contraria a la aplicación de este precepto por entender que no tiene cabida en el proceso de menores. Así, la única posibilidad de rechazo judicial al desistimiento del fiscal sería la indirecta, a través de una hipotética revocación, por la Audiencia Provincial, del auto de archivo acordado por el juez de menores.

Por su parte, el artículo 51.3 LORPM posibilita la conciliación judicial, pues faculta al juez para, una vez impuesta la medida de reforma, dejar la misma sin efecto cuando, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, estime que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. Hay que decir que, aunque no se señale expresamente, la conciliación, o su intento por parte del menor, también puede ejercer influencia en el marco de las decisiones de sustitución de las medidas por otras de igual o superior duración, prevista en el apartado 1 del artículo 51 LORPM. De otro lado, aunque el meritado artículo 51.3 se refiere exclusivamente a la conciliación, debe ser interpretado en los términos del artículo 19.2, es decir, extensible también a la reparación. De igual forma, el procedimiento a seguir será el expresado en el artículo 5 RRPM, arriba expuesto, con la salvedad de que el papel del equipo técnico será encomendado a la entidad pública designada por la Comunidad Autónoma respectiva (art. 15 RRPM). En este sentido, el artículo 8.7 RRPM prevé que, sin perjuicio de las funciones atribuidas a los equipos técnicos, también las entidades públicas podrán poner a disposición del Ministerio Fiscal y de los Juzgados de Menores, en su caso, los programas necesarios para realizar las funciones de mediación. Sin embargo, en la práctica no suele darse una doble vía para la mediación, siendo habitual que los equipos técnicos están integrados en las entidades públicas designadas por las distintas Comunidades

Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla (sobre el funcionamiento de los servicios de mediación de las entidades públicas, vid. Ferreirós Marcos, C. E. *et al.*, 2011: 178 ss.). En otros casos, el equipo técnico toma la decisión de derivar el caso a mediación y ésta es llevada a la práctica por la entidad pública, como ocurre, sin ir más lejos, en la ciudad de Granada.

2.4. CONCLUSIÓN

Si atendemos a la memoria de la FGE de 2013, el número de expedientes archivados mediante conciliación, reparación o actividad educativa extrajudicial fue de 4.794, lo que representa un 16,19 por 100 del total de los incoados. Sería deseable que este *iter* seguido por la justicia juvenil terminase convertido en un precedente para el proceso penal de adultos. La ley penal de menores permite trabajar con el delincuente en su propio entorno, siendo la mediación uno de los instrumentos para ello, pues el fracaso de la reeducación en un centro privativo de libertad está más que demostrado desde que se instauraron las cárceles para adultos. El éxito de las experiencias *alegales*, que también en su día existieron en materia de delincuencia juvenil, convenció al legislador de la necesidad de un reconocimiento expreso de la conciliación y la mediación en el proceso penal de menores, como ahora parece que va a ocurrir en el de adultos. Es cierto que en éste no rige el principio del superior interés del infractor, pero hay otros principios, nada desdeñables, como el del escaso interés público en la persecución penal de infracciones no graves cuando el infractor procede voluntariamente a la reparación del daño, que pueden justificar el recurso a la mediación y el posterior archivo de la causa.

La mediación penal es un mecanismo de justicia restaurativa que, dadas las connotaciones de nuestro sistema jurídico, no ha de ser concebido como alternativa sino como parte integrante del proceso oficial. De esta manera, igual que los mediadores no deben dejar de involucrarse en el diseño, evaluación e investigación de los programas de mediación penal, los juristas hemos de preocuparnos por que estos propósitos respeten las garantías jurídico-penales consagradas en nuestra Constitución.

3. BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, R.: «La mediación penal y la atenuante de reparación», en VVAA, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, coords. Martínez Escamilla, M.; Sánchez Álvarez, M. P., Reus, Madrid, 2011, pp. 109-126.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: «La progresiva implantación de la prisión electrónica en el Ordenamiento jurídico español», en *Orbis: Revista Científica*, vol. 1, n.º 1, 2010, pp. 1-26.

BARQUÍN SANZ, J. y CANO PAÑOS, M. A.: «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», en *RDPC*, 2.ª época, n.º 18, 2006, pp. 37-95.

CRUZ MÁRQUEZ, B.: «La mediación en la LO 5/2000, conciliación y reparación del daño», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.os 7-14, 2005, pp. 1-34.

CRUZ PARRA, J. A.: *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones.* Tesis doctoral, dirigida por Guillermo Orozco Pardo y Carlos Aránguez Sánchez, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 6 de septiembre de 2013.

— «La mediación en el proceso penal español», en *Ciencia Policial*, n.º 113, 2012, pp. 9-39.

CUCARELLA GALIANA, L. A.: «Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal», en AAVV, *Sobre la Mediación Penal*, dirs. Garciandía González, P. M. y Soleto Muñoz, H., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 547-570.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.: «El reto de la Mediación Penal: el Principio de Oportunidad», en *Diario La Ley*, n.º 6.520, de 6 de julio de 2006, pp. 1-8.

ESQUINAS VALVERDE, P.: *Mediación Entre Víctima y Agresor en la Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: «Algunas cuestiones controvertidas en torno al desistimiento del ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento del proceso por acuerdos a resultas de la mediación entre el menor y la víctima», en VVAA, *Sobre la mediación penal*, dirs. Garciandía González, P. M. y Soleto Muñoz, H., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 665-690.

FERREIRÓS MARCOS, C. E. *et al.: La mediación en el Derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011.

FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1996.

GALAIN PALERMO, P.: *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARLAND, D.: *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del Derecho procesal penal*, Cívitas, Madrid, 1991.

GUARDIOLA LAGO, M. J.: «Desarrollo y aplicaciones de la justicia restaurativa en prisión», en AAVV, *La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, coord. Tamarit Sumalla, J., Comares, Granada, 2012, pp. 183-236.

JOHNSTONE, G.: *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*, Routledge, Nueva York, 2011.

LARRAURI PIJOÁN, E.: «Victimología», en VVAA, *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 281 a 316.

MARSHALL, T.: *Restorative Justice. An overview*, Home Office Research Development and Statistics Directorate, Londres, 1999.

MEJÍAS GÓMEZ, J. F.: *La mediación como forma de tutela efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.

MERINO ORTIZ, C. y ROMERA ANTÓN, C.: «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», en *Eguzkilore*, n.º 12, 1998, pp. 285-303.

QUINTERO OLIVARES, G.: «Sobre la mediación y conciliación en el sistema penal: situación y perspectiva de futuro», en VVAA, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, dir. Castillejo Manzanares, R., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 501-525.

ROXIN, C.: *Pena y reparación*, texto de la conferencia pronunciada en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000. Obtenido el 10 de julio de 2012 en www.scribd.com.

— «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en VVAA, *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 129-156.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B.: «El sistema de justicia juvenil de la Ley Orgánica 5/2000 y la eficacia educativa de la justicia relacional-restaurativa», en VVAA, *Derecho y educación*, coords. Mena Enciso, P. *et al.*, Universidad de Almería, Almería, 2010.

— *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997.

SHAFER, S.: *The victim and his criminal: a study in functional responsibility*, Ramdon House, Nueva York, 1968.

SIX, J. F.: *Los mediadores*, Sal Terrae, Maliaño, 2005.

CAPÍTULO XXIV

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

A) PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y MEDIACIÓN PENITENCIARIA

JOSÉ SUÁREZ TASCÓN
Gerente de la Entidad Publica Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo

SUMARIO: 1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y MEDIACIÓN PENITENCIARIA. 1.1. *Organización de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.* 1.2. *La ubicación de la mediacion en esta organización.* 1.3. *Seguimiento del programa*. 1.4. *Resultados de implantación 2008-2012.* 1.5. *Colaboración de otras instituciones*.

1. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y MEDIACIÓN PENITENCIARIA

La Constitución Española de 1978 despeja cualquier duda sobre la finalidad de las penas de privación de libertad, en ella se establece que la finalidad de la pena no es otra que la rehabilitación del ciudadano, su reinserción social. Así se establece en el artículo 25 de la Carta Magna. Esto significa que la finalidad de las mismas están orientadas a que los condenados a estas penas sean capaces de asumir un comportamiento adecuado para vivir en sociedad. Algunos autores denominan a esto «la asunción de valores sociales». En consecuencia, no podemos entender la finalidad de la pena sino entendiendo a ésta inmersa dentro de un Estado social y democrático de Derecho, esto es, un Estado en el que la Ley está por encima de todos y de todo; la pena, así entendida, no puede tener finalidad distinta a la descrita en el texto constitucional: propiciar que el ciudadano asuma una serie de valores elementales para la convivencia social en democracia.

Sin embargo, ésta no es una misión fácil. El contexto donde se desarrolla el cumplimiento de las penas de privación de libertad, son generalmente centros cerrados, centros penitenciarios donde las condiciones forzadas de convivencia con otras personas que ni han elegido, ni conocen, provocan un avivamiento de los conflictos entre los internos y un clima poco propicio para la consecución de este fin. No es sencillo recomponer relaciones sociales entre personas en conflicto con la

sociedad, ni tampoco iniciar otras nuevas. Tampoco debemos tratarlo como una tarea imposible, porque considero que es imprescindible contar con todos los medios a nuestro alcance, con una buena planificación y profesionales con una buena preparación técnica y un perfil humanitario que hagan posible establecer un equilibrio entre los partícipes en esta actividad.

La prisión es uno de los ambientes que más necesitado puede estar de espacios para el diálogo, la paz y el acuerdo en caso de diferencia interpersonal no resuelta. En este campo la mediación penitenciaria puede convertirse en una potentísima herramienta para el entendimiento y el encuentro entre las personas.

Sin embargo, hasta los últimos años, en que se han desarrollado experiencias interesantes en algunos centros, la institución penitenciaria en España no ha desarrollado programas de mediación penitenciaria.

1.1. Organización de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

La estructura administrativa de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias obedece a un sistema descentralizado, pero un gran volumen de decisiones se toman a nivel central.

Desde los Servicios Centrales se lleva a cabo la dirección, el impulso, la coordinación y la supervisión de las instituciones penitenciarias, esto incluye:

El desarrollo de la organización y gestión de las Instituciones Penitenciarias en lo relativo a la seguridad interior de los establecimientos, traslados de internos y, en general, las que afecten al régimen de los centros penitenciarios. La observación, clasificación y tratamiento de los internos, así como el diseño, elaboración e impulso de programas específicos de intervención. La resolución administrativa sobre peticiones y quejas de los internos relativas a la actividad penitenciaria, así como la ordenación normativa de las instituciones a su cargo.

El desarrollo de la administración y gestión del personal que preste servicios en centros y unidades dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la medida que le sea de su aplicación y, en particular:

La planificación, organización y dirección de las actividades tendentes al mantenimiento y mejora de la higiene y de la salud en el medio penitenciario y, en especial, el establecimiento de sistemas de información sanitaria y de vigilancia epidemiológica de las enfermedades prevalentes en el medio penitenciario.

Los programas de prevención, tratamiento y rehabilitación de drogodependencias.

El desarrollo y ejecución de la gestión económica y financiera de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, así como las propuestas de revisión del Plan de Infraestructuras Penitenciarias.

Esta estructura se replica en cada uno de los centros penitenciarios, donde conservan las cinco grandes áreas de actividad.

La Administración Penitenciaria dispone de una red de centros penitenciarios y centros de inserción social, repartidos por todas las Comunidades Autónomas españolas (a excepción de cataluña, que tiene transferidas las competencias en

materia penitenciaria).

Cada centro dispone de una estructura propia, similar en todos, compuesta por el director del centro penitenciario, asistido de cinco subdirecciones: la Subdirección de Tratamiento, la Subdirección de Seguridad, la Subdirección de Régimen, la Subdirección Médica y el Administrador; así como un amplio abanico de funcionarios que trabajan en dichas subdirecciones. Igualmente existe un elevado número de profesionales (funcionarios y personal laboral) en los centros penitenciarios que trabajan en el área de tratamiento (psicólogos, juristas, educadores, trabajadores sociales, monitores deportivos y ocupacionales…) y en el área médica, médicos, farmacéuticos, enfermeros, etc.

Dicha estructura, que se recoge a continuación, permite el correcto funcionamiento interno de cada centro y posibilita la continua relación y coordinación con los servicios centrales.



FUENTE: Elaboración propia.

1.2. La ubicación de la mediación en esta organización

Los inicios de la mediación penitenciaria en España son muy recientes, y no van más allá del año 2005, cuando la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos* inició su actividad en Valdemoro (Madrid III). Era un programa destinado a solucionar conflictos dentro de la prisión, haciendo uso del diálogo y el respeto como herramientas para lograr acuerdos y resolver diferencias derivadas de la convivencia en la cárcel. Tras varios años de funcionamiento del programa, éste se encuentra consolidado dentro de la dinámica de dicho centro. A este proyecto se han unido otros centros más, valorándose muy positivamente los resultados derivados de su implantación.

La ubicación de esta actividad dentro de las diferentes áreas de actuación del centro penitenciario no es una cuestión que goce de opinión unánime dentro de los profesionales de la institución. Para unos, es una actividad que debe encuadrarse

dentro del área de seguridad, encargada de prevenir y solucionar las citaciones conflictivas que afectan a la seguridad y buen orden del centro. Al fin, lo que se persigue es gestionar los problemas de convivencia entre personas que, de forma obligada, tienen que compartir en un espacio cerrado, y la mediación es una herramienta más, una alternativa a la resolución de los conflictos, para disminuir la tensión y pacificar las relaciones entre las personas privadas de libertad.

Para otros, esta actividad debe encuadrarse en el área de tratamiento, puesto que lo que se trata al fin es de modificar comportamientos y conductas de personas que por su personalidad, sus aptitudes, generan problemas de convivencia en el centro.

Además de esto, es el personal que trabaja en esta área, psicólogos, educadores, trabajadores sociales… los que se encuentran más capacitados, bien para llevar a cabo estos programas, bien para colaborar con especialistas en esta materia.

En mi opinión, ésta es una actividad en la que deben colaborar muy estrechamente ambas áreas. Si vinculamos las actuaciones al área de seguridad, y teniendo en cuenta que ésta es una actividad voluntaria, resultaría muy difícil implicar y motivar a que las personas participaran en este programa. Si esto resulta difícil en un medio más normalizado, no digamos en un medio con una subcultura propia y con un índice de violencia interpersonal más pronunciado.

Creo que para que estos programas tengan una mayor garantía de éxito, deben integrarse en los programas individualizados de tratamiento, tratando de reforzar conductas positivas, y que este esfuerzo que realizan las personas participantes por resolver sus diferencias de una forma pacífica tenga también una repercusión favorable en su evolución tratamental.

En este contexto, cabría preguntarse si la institución penitenciaria cuenta con personal capacitado para desarrollar eficazmente estos programas. La respuesta debe ser afirmativa, aunque al tratarse de una actividad que no cuenta con un sustento normativo específico sería necesario proporcionarles una formación y una práctica en estas técnicas. De hecho, lo vienen realizando en varios centros con la inestimable colaboración de asociaciones, universidades u otras organizaciones que colaboran de forma activa en las tareas de reinserción social de los internos.

1.3. Seguimiento del programa

Con la experiencia obtenida en el desarrollo de los programas «piloto» en el centro de Madrid III y otros centros se impulsó desde la Secretaría General un programa denominado «Resolución dialogada de conflictos» en colaboración con la Universidad de Comillas de Madrid. Se elaboró un protocolo de intervención de resolución dialogada de conflictos en el medio penitenciario.

A través de este protocolo de intervención se pretende implantar nuevos métodos y técnicas que permitan mejorar la convivencia, el aprendizaje del diálogo y la tolerancia como instrumentos tratamentales de la función penitenciaria.

Los profesionales que llevan a cabo el desarrollo de este programa pertenecen tanto al área de tratamiento (psicólogos, educadores, trabajadores sociales…), como

funcionarios de servicio interior, más vinculados a la vigilancia y control del establecimiento. Éstos recibieron un curso de formación en esta materia, implantándose el programa en doce centros.

1.4. Resultados de implantación años 2008-2012

En las tablas que se muestran a continuación se ofrecen algunos datos acerca de la participación de internos durante el período 2008-2012, así como del resultado de los procesos de mediación realizados.

En la Tabla 1 se muestran el número de centros que han puesto en marcha el Servicio de Resolución de Conflictos. En 2008 participaron trece centros, cifra que se ha obtenido nuevamente durante 2011, y aumento a catorce en el 2012.

A los centros iniciales se les han ido sumando otros: Alicante Cumplimiento, Murcia-II, Orense, Tenerife y Valencia. También ha habido bajas como es el caso de Nanclares (Álava), Madrid V, La Moraleja, Sevilla, Teixeiro y Orense.

Finalmente, en el año 2012 eran catorce los centros que contaban con este programa consolidado.

Tabla 1

Centros que han implantado el programa[*]

2008	*2009*	*2010*	*2011*	*2012*
A Lama	A Lama	A Lama	A Lama	A Lama
Alicante II	Alicante I	Alicante I	Alicante I	Alicante I
Granada	Alicante II	Alicante II	Alicante II	Alicante II
La Moraleja	Granada	Granada	Almería	Almería
Las Palmas	La Moraleja	La Moraleja	Granada	Granada
León	Las Palmas	Las Palmas	Las Palmas	Las Palmas
Madrid III	León	León	León	León
Madrid IV	Madrid III	Madrid III	Madrid III	Madrid III
Madrid V	Madrid IV	Madrid IV	Madrid IV	Madrid IV
Málaga	Málaga	Málaga	Málaga	Málaga
Nanclares	Sevilla	Orense	Orense	Murcia II
Sevilla			Tenerife	Orense
Teixeiro			Valencia	Tenerife
				Valencia
13	11	11	13	14

[*] Datos facilitados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

En la Tabla 2 y en el Gráfico 1 se muestran en *porcentajes* la representación de los diferentes resultados de los procesos de mediación.

Entre los años 2008 y 2012 se han realizado 1.553 mediaciones, en las que han participado 3.126 internos.

En primer lugar, llama la atención que la tasa de rechazo a iniciar el procedimiento

es tan sólo del 9,71 por 100. Si bien es cierto que es posible que no se hayan recogido la totalidad de los ofrecimientos realizados. Algo más del 70 por 100 de las mediaciones se han resuelto de forma positiva, existiendo en su mayor parte firma del acuerdo pactado (65,44 por 100). En el 4,94 por 100 restante el acuerdo ha sido verbal.

En el 12,52 por 100 de los casos no se llega a ningún acuerdo de resolución entre las partes. Los procesos no han podido llevarse a término en el 7,39 por 100 de los casos, siendo la principal razón de ello los traslados de internos.

TABLA 2

Datos de implantación y de resultados de los procesos de mediación[*]

Servicio permanente de resolución dialogada de conflictos (años 2008-2012)

Año	N.º de Centros	N.º de procesos iniciados durante el período	N.º de internos	Firma de acuerdos positivos	Fin positivo sin firma de acuerdo	Fin sin acuerdo	Interrupción del proceso	Rechazo del proceso
2008	11	264	556	66,14	6,69	10,63	6,69	9,84
2009	10	234	449	65,74	2,31	16,20	6,48	9,26
2010	10	350	710	68,82	7,94	7,65	5,29	10,29
2011	12	398	809	63,24	4,11	11,57	8,23	12,85
2012	13	307	602	63,25	6,64	16,56	10,26	6,29
Total		1.553	3.126	65,44%	4,94%	12,52%	7,39%	9,71%
				70,38%				

[*] Datos facilitados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

1.5. COLABORACIÓN DE OTRAS INSTITUCIONES

En el desarrollo de estos programas se ha contado con entidades y asociaciones, que han contribuido de forma decisiva al desarrollo y éxito del programa. Entre ellas cabe destacar la participación de: Asociación de Mediación para la Resolución de Conflictos, Asociación Apromega, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada, E-Mediación y Pastoral Penitenciaria.

B) EL CONFLICTO EN PRISIÓN Y LA NECESIDAD DE SU RESOLUCIÓN PACÍFICA

MIGUEL ÁNGEL DE LA CRUZ MÁRQUEZ
Director del Establecimiento Penitenciario de Almería

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONFLICTO EN PRISIÓN. 3. EL CONFLICTO COMO FRACASO DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA. 4. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN PACÍFICA DEL CONFLICTO EN PRISIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 25.2 de la Constitución Española establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», estableciendo uno de los principios inspiradores más importantes del Sistema Penitenciario español: el «Principio de Reeducación y Reinserción Social» (sin ocultar el elemento de retribución por el delito cometido). Este principio se lograría mediante el tratamiento penitenciario, definido en el artículo 59 LOGP, como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados».

Seguidamente, el artículo 25.2 mencionado continúa diciendo que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria», lo que constituye el segundo principio inspirador de nuestro Sistema Penitenciario, esto es, el «Principio de Conservación de Derechos Fundamentales» que, junto al de «Judicialización» de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 117.3 CE), constituyen los pilares básicos de la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro país.

Por otra parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que «la relación que une al penado con la Administración penitenciaria, representante de la sociedad, es una relación jurídica en que a los derechos y deberes de una de las partes se contraponen los correspondientes deberes y derechos de la otra», relación jurídica esta de las denominadas de especial sujeción que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración penitenciaria y el recluido (SSTC 35/1996, 120/1990, 137/1990, etc.). Por lo tanto, el interno goza de un estatuto jurídico debidamente desarrollado tanto en la Ley Penitenciaria como en su Reglamento de desarrollo.

Como contenido específico de este estatuto jurídico, en relación a la materia que

nos ocupa —el conflicto entre internos y la mediación penitenciaria—, podemos destacar, entre otros, el deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la integridad de los internos [arts. 3.4 LOGP y 4.2.*a*) del Reglamento Penitenciario, en adelante RP], lo que constituye a la vez el correspondiente derecho del interno, así como el derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo, derecho a las relaciones con el exterior, a los beneficios penitenciarios, a participar en las actividades del centro, etc. (todos ellos reconocidos en el art. 4 del Reglamento Penitenciario).

Paralelamente, según determina el artículo 5.1 del Reglamento Penitenciario, «el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones». En consecuencia, los internos vienen obligados a acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento. También deberán observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento (art. 4 LOGP), colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respecto y consideración hacia los reclusos (art. 5.2 RP).

Estas normas de régimen interior (que desempeñan un papel de moral mínima de la vida comunitaria), denominadas en el artículo 73 del Reglamento «régimen penitenciario», tienen como finalidad la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

Por lo tanto, nuestro sistema penitenciario, para el logro de los fines constitucionales de reeducación y reinserción social mediante el tratamiento penitenciario, debe generar en la prisión un régimen adecuado de convivencia ordenada y pacífica —concretado en la seguridad, el orden y la disciplina (art. 73.2 RP)— para que todo se encuentre dispuesto para lograr el éxito del tratamiento.

La función de «seguridad» penitenciaria pretende la evitación de riesgos para el recluso, para los profesionales penitenciarios y para la sociedad en general. La función de «orden» está relacionada con la necesaria organización que exige la vida en colectividad establecida sobre la base del respeto mutuo de los distintos actores en la ejecución de la pena privativa de libertad. La «disciplina», por su parte, está relacionada con la observancia de las normas regimentales. Las medidas disciplinarias entrarían en juego en segunda instancia, cuando la responsabilidad social de los reclusos y la convivencia ordenada se vieran frustradas.

2. EL CONFLICTO EN PRISIÓN

La teoría del conflicto es tratada con mayor profundidad en otro lugar de esta obra, por lo que ahora me voy a limitar a destacar algunos condicionantes específicos que podrían hacernos pensar en la prisión como lugar o espacio condicionante para la aparición del conflicto entre internos, ya sea porque por sí misma contribuye a su

aparición, o bien porque algunos conflictos generados en el mundo libre se visualizan o confluyen en el interior del centro penitenciario.

Los diferentes ambientes y situaciones en los que se encuentran los individuos pueden condicionar sustancialmente el comportamiento de los mismos y sus actitudes, y las prisiones, como instituciones totales en las que un número elevado de individuos unidos entre sí por igual situación no deseada —privación de libertad en nuestro caso—, aislados de la sociedad por un período de tiempo limitado, comparten la vida de manera estrecha, organizada administrativamente, que condiciona el comportamiento generando situaciones de conflicto.

De cualquier forma, el conflicto podemos percibirlo como algo natural en las relaciones sociales y no supone algo patológico, sino solamente formas diferentes de interpretar una realidad o de una pretensión de posicionamiento individual privilegiado ante alguien o ante algo. Lo importante será la forma de resolverse el conflicto. Esto es, su resolución racional.

Es cierto que la prisión, por sí misma, dispone de unos condicionantes negativos que pueden desencadenar el conflicto o, al menos, no se contempla la prisión como el entorno físico más idóneo para la vida social y para las relaciones interpersonales. El hecho mismo del encarcelamiento, la privación de la libertad individual sin posibilidad de compaginar el recluso su vida cotidiana actual con la anterior, la permanencia obligada en un espacio cerrado que enmarca la vida cotidiana, la convivencia forzada con otras personas de circunstancias muy heterogéneas con un punto de referencia común: el delito, el futuro incierto, la consiguiente reducción de relaciones interpersonales, la limitación de los espacios o momentos para la intimidad, la estructura jerarquizada de la prisión, las estructuras informales de poder, etc. El recluso desarrolla todo su tiempo en el mismo lugar y sometido a la misma autoridad administrativa, en compañía de otros que están en las mismas circunstancias y con los que está obligado a relacionarse de forma más o menos intensa, sometidos a una programación de actos cotidianos diarios obligados y sometido a un sistema de premios y castigos. En definitiva, el recluso se ve inmerso en un mundo estrictamente organizado y planificado en el que debe reconstruir una nueva individualidad con arreglo a su nueva vida. Todo ello sometido al logro del objetivo de la reeducación y reinserción social y al deber de convivir pacíficamente.

Esta situación descrita puede desencadenar en el recluso sentimientos de frustración, sufrimiento, hostilidad, predisposición para las reacciones agresivas, etc., y escasa o nula predisposición para la resolución no violenta de conflictos, al margen de la ausencia de habilidades en cierto número de individuos para ello que pueden entender que la violencia es la mejor forma de resolución de un conflicto o la única forma a veces.

3. EL CONFLICTO COMO FRACASO DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA

Dicho lo anterior y establecido que la prisión tiene el deber de establecer fórmulas de convivencia ordenada y pacífica, y de generar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento (de gran utilidad para la prevención del conflicto), la alteración de la normal convivencia mediante la aparición de conflictos entre internos podemos entender que supone un cierto fracaso institucional en el logro de los objetivos penitenciarios. Por otra parte, en base a lo expuesto, la institución penitenciaria dispone de ciertos recursos específicos o mecanismos motivadores positivamente para el logro de sus fines, así como otros mecanismos de pérdida de beneficios. El conflicto en sí mismo y la incapacidad para resolverlo pacíficamente puede alterar la normal convivencia en el establecimiento penitenciario, y en el supuesto de que dicho conflicto se concrete en actos violentos entre internos, además, supone en todo caso una alteración regimental con consecuencias disciplinarias directas para el interno (establecidas en la normativa sobre régimen disciplinario) y otras colaterales, también desfavorables para el interno.

Por otra parte, las decisiones más importantes de la Administración penitenciaria respecto de la evolución penitenciaria de los internos se basan, entre otras circunstancias, en la conducta de éstos. Es decir, la separación interior, los permisos de salida, la clasificación en grados de tratamiento, los beneficios penitenciarios, la libertad condicional, las recompensas, etc., se adoptan, entre otros criterios, sobre la base de la conducta del interno (art. 47.2 LOGP, para la concesión de permisos de salida; art. 65.2 LOGP, para la progresión en grado de tratamiento; art. 90.3, del Código Penal, para la concesión de la libertad condicional; arts. 204 RP, 205 RP y 91 CP y 206 RP; art. 263 RP, para la concesión de recompensas, etc.). Por ello, cuando surge el conflicto, especialmente el violento, el interno puede ver reducidas sus expectativas de acercamiento a la libertad y, al contrario, cuando se observa buena conducta el interno se posicionará en una situación favorable para el acceso a estas situaciones regimentales que aproximan a la libertad. Por lo tanto, cuando el interno no observa buena conducta, «éste pierde y la Institución penitenciaria también» pierde al no ver alcanzados los objetivos de logro de una convivencia pacífica.

Por lo expuesto, la institución penitenciaria dispone de unos mecanismos reglamentarios para prevenir el conflicto, así como para evitar las consecuencias negativas del mismo. Estas instituciones jurídicas mencionadas (permisos de salida, progresiones de grado, beneficios penitenciarios, etc.), por tanto, constituyen un adecuado estímulo para la buena conducta y de prevención de la mala conducta.

Además, en los supuestos de aparición del conflicto, la Administración penitenciaria podrá y deberá adoptar otras medidas de carácter regimental para evitar las consecuencias que dicho conflicto pudiera desencadenar, como son los cambios de departamento, las incompatibilidades entre internos y las limitaciones regimentales (art. 75 RP) que se podrán adoptar para asegurar la persona de los internos, así como para preservar la seguridad y el buen orden del establecimiento, pudiendo, en casos excepcionales (art. 75.2 RP), llevar aparejado el traslado del interno a otro establecimiento penitenciario. Medidas estas que, aunque no deben obstaculizar la correcta participación del interno en los programas asignados y en las actividades del

centro, no la favorecen.

4. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN PACÍFICA DEL CONFLICTO EN PRISIÓN

Sin la pretensión de profundizar en el procedimiento de mediación, al tratarse con más detenimiento en otro lugar de esta obra, con los antecedentes expuestos no cabe duda de que la mediación penitenciaria, entendida como sistema de gestión de conflictos o de problemas interpersonales de forma pacífica y dialogada en que una parte neutral o mediador (profesional penitenciario o no) ayuda a los internos implicados a resolver de forma pacífica el conflicto, se constituye en el medio penitenciario como una valiosa herramienta para el logro de los fines y objetivos penitenciarios. Mediante la mediación penitenciaria los internos implicados en el conflicto tienen acceso a un procedimiento racional de solución de sus problemas interpersonales que en muchos casos le suponen un obstáculo, a veces insalvable, para la satisfacción de sus intereses de obtención de oportunidades de participación penitenciaria y de acceso a situaciones regimentales que le aproximan a la libertad. De la misma forma la mediación penitenciaria llevada a cabo con éxito proporciona a los internos instrumentos de evitación de futuros conflictos con otros internos y les enseña a relacionarse con sus compañeros de internamiento desde el respeto a las personas.

Por otra parte, la Administración penitenciaria también obtiene sus propios beneficios mediante la resolución pacífica de conflictos, por cuanto se normalizan las relaciones entre los internos, se crea un ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y de normal convivencia que favorecerá el logro de los fines penitenciarios.

De esta forma, tras un procedimiento de mediación penitenciaria llevado a cabo con éxito, la Administración gana y el interno también, por lo que todo son ventajas. Por ello, desde el año 2007, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias tiene implantado un Programa de Resolución Dialogada de Conflictos, que está ofreciendo unos resultados absolutamente positivos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS LÓPEZ, E.: «“Celda 211”, la legislación penitenciaria y los funcionarios de prisiones», *Diario La Ley*, n.º 7.324, La Ley, 2010.

— «Aproximación al estudio criminológico de las muertes por agresión producidas en los establecimientos penitenciarios en el período 1990-2007», *Revista General de Derecho Penal*, 11, 2009.

— «Reflexiones en torno a los fines de la pena y los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión», *Revista del Poder Judicial*, n.º 77, 2005.

NIETO GARCÍA, A. J.: «Breve guía insertadora de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, n.º 6.987, La Ley, 2008.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, 2011.

NISTAL BURÓN, J.: «La protección a la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Su consideración

como elemento coadyuvante a la función resocializadora de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, 11, 2009.

RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLEN, A. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 2008.

C) CÓMO SE REALIZA EL PROGRAMA DE MEDIACIÓN EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS ESPAÑOLES

FELIPE BURGOS FERNÁNDEZ
Director del Centro Penitenciario de Murcia-2

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. PROTOCOLO PREVIO AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENITENCIARIA. 3. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque la finalidad de este apartado es sólo explicar los pasos a seguir en las distintas etapas de esta intervención penitenciaria[1] para conseguir una resolución pacífica de un número importante de conflictos entre internos que se encuentren custodiados en un centro penitenciario (en adelante, CP), también se van a exponer, dentro de la brevedad exigida, algunas particularidades de dicho programa, basado en el diálogo, que a propuesta de la Administración penitenciaria y a través de un mediador, neutral e imparcial, facilita de forma voluntaria la reconciliación entre dos partes enfrentadas, pudiendo éstas desistir en cualquier momento por no estar conformes con la marcha del mismo o no sea ya de su interés.

Las entrevistas y reuniones las dirige un solo mediador, si bien excepcionalmente podrán ser dos, atendiendo a la dificultad manifiesta del caso. Sus funciones son: escuchar por igual a las partes; mantener absoluta confidencialidad sobre todo lo que se hable durante el procedimiento; elevar los resultados, en caso positivo, al director del CP a los efectos oportunos, como, por ejemplo, levantar la incompatibilidad de que se firme el acta de reconciliación o trasladar a la Comisión Disciplinaria para no sancionar o bien a la Junta de Tratamiento[2] para valorarlo como una evolución positiva de los penados, dejando constancia de todo ello en el expediente personal de los internos intervinientes.

El itinerario de la mediación penitenciaria (en adelante, MP) consta de tres pasos y suele durar varias sesiones en función de la complejidad del conflicto. Unas serán individuales, es decir, entre el mediador[3] y cada uno de los internos enfrentados, y otra, la última, conjunta, es decir, de encuentro entre las dos partes, en un espacio para la ocasión, generalmente en una sala del área sociocultural[4].

Para dar por finalizada esta introducción, añadir que no hay nada regulado sobre la MP en la legislación penitenciaria española, aunque existe desde el año 2006 este programa[5], que se desarrolla en catorce CP. Ahora bien, el vacío sobre esta materia

es explicable porque se ha dado también en otros ámbitos penitenciarios, sin que exista ilegalidad en su aplicación ya que puede ser regulado a través de Instrucción de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias y por la normativa interna de cada centro penitenciario para su cobertura específica[6].

2. PROTOCOLO PREVIO AL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENITENCIARIA

Para comenzar, hay un protocolo preestablecido documentalmente, pero que el mediador lo irá completando con la información que recoja. Esta mecánica de funcionamiento facilita las dificultades que conlleva el trabajar en este medio cerrado[7], pautado, determinando los tiempos del proceso.

Antes de iniciar la mediación penitenciaria (MP) es necesario un trámite a realizar por la dirección, que consiste en la derivación del caso concreto[8], lo cual conlleva a aportar unos datos mínimos sobre el mismo, como son: personales de los internos en conflicto (nombre y apellidos, edad) y departamentos en donde se encuentran ubicados; también se debe hacer referencia al posible origen del conflicto. Es información básica y sólo necesaria para el primer contacto; el resto de datos de interés debe ser aportado por cada una de las partes y ordenado por el mediador.

Para determinar y concretar qué internos van a ser atendidos por el Servicio de Mediación, la dirección te indica por escrito quiénes son con los que se puede realizar el programa de resolución pacífica de un conflicto, bien porque han participado en una pelea, consecuencia de la cual se les ha incoado un procedimiento disciplinario, bien porque se haya establecido una incompatibilidad[9] entre ellos, y figuren en tal fichero. Por otro lado, hay casos individuales en que también se interviene por indicación de la dirección, son los casos en que hay internos que se encuentran aislados del resto por voluntad propia[10], pedido conforme al artículo 75.2 RP. En el resto de casos, puede ser a petición voluntaria[11] de una o ambas partes, que estando enfrentadas (por ej., asunto familiar y que traían de la «calle»), no hay un procedimiento disciplinario abierto por este motivo.

En el supuesto de petición por una sola de las partes, la no solicitante debe ser invitada a iniciar el procedimiento a través del mediador en una entrevista individual posterior, y siempre que sea posible la mediación[12].

2.1. Paso inicial

Por otros autores, también llamada «fase de acogida»[13]. Sirve para contactar, por primera vez, con las dos partes por separado, recoger información y, a la par, explicarles a las personas señaladas para mediar sobre cómo se va a llevar a cabo y sus consecuencias. El principal objetivo ahora, en cada una de las entrevistas, es lograr que confíen en este programa de resolución pacífica del conflicto y entiendan

la utilidad de esta herramienta en sus vidas dentro en este medio cerrado.

Lo primero, debe presentarse brevemente el mediador. Al no ser protagonista, tampoco debe profundizar en lo personal; a lo más, referirse al tiempo que se lleva trabajando en este campo, y resaltar tal vez los buenos resultados conseguidos. También, reseñarles su formación o experiencia en casos parecidos[14].

Durante la conversación que mantenga hay que tener en consideración el lenguaje no verbal del entrevistado, para conocer hasta qué punto está interesado en la MP. Esto no tiene nada que ver con ir ganándote la confianza del entrevistado, eso se logra al ir localizando las claves del conflicto y nuestra manera de exponérselo al interno, sabiendo estar y escuchar. Para al final, resumir lo sucedido y decir las propuestas que pueden hacer para la reconciliación[15].

Para acabar con la entrevista, le informa de los pasos siguientes, es decir, que el próximo será una reunión con el otro interno enfrentado, recabando más información, para contrastarla y certificar la veracidad de los hechos relatados.

Si decide no continuar el proceso, manifestarle que para otras ocasiones puede demandar este servicio, aunque el presente caso se cierra como rechazado[16].

En el caso que dé su consentimiento firmado[17] a continuar con la MP, al estar el conflicto versionado por ambas partes, entonces se tendrá el conocimiento suficiente para trazar un plan de actuación, con las opciones a proponer a los internos para que puedan superarlo, y que da paso a la segunda etapa de la MP.

Se dejará por escrito en la carpeta de MP un resumen de la sesión con indicaciones y claves del conflicto, para conseguir entender el origen y los efectos del mismo (cómo se produjo el conflicto, los motivos que lo originaron, consecuencias negativas derivadas de éste, etc.), para utilizar orientativamente según progrese la MP.

2.2. Paso intermedio o de diálogo

Se vuelve a comenzar con una breve exposición de lo que conocemos del conflicto y cómo podemos ayudar a resolverlo con preguntas objetivas que ya se puedan conocer por otra vía (su expediente personal) e ir pasando a profundizar en nuevos detalles del conflicto, sobre el interés en resolverlo (si es el primero o hay anteriores y los perjuicios que le han traído) y a comprometerse a cumplir ciertas normas de conducta. Ante el nivel de diálogo que establezcamos y el conocimiento de lo aportado, se puede hacer una idea de la dificultad de dicho caso y en qué apoyos vamos a basarnos para acercarlos y que puedan finalmente estar cara a cara.

Según vamos escuchando a las partes, reconocemos y valoramos cuáles son las prioridades que tienen cada una de las partes para que se resuelva el conflicto, desde evitar una sanción, levantar la incompatibilidad, poder asistir a todos los actos sin preocuparse en encontrarse a la otra parte, mejorar la opinión ante el equipo técnico, evitar un traslado a otro centro, etc. Son las partes las que nos dicen lo que de verdad les importa y afecta a su vida en prisión[18].

Este segundo paso sirve definitivamente para ir aclarando los puntos oscuros del conflicto, a la vez que se vence la reticencia a un programa tan poco conocido en los

CP y se comienzan a discutir las reglas de conducta que se van a comprometer en cumplir, demostrativas de que el enfrentamiento está superado.

2.3. Último paso, de conclusión o reconciliación

Es ahora cuando se reúnen todas las personas: mediador y partes. Se procede a explicarles de nuevo el contenido particular de esta MP, las reglas de compromiso, los objetivos y el papel del mediador. Éste debe ser muy exigente en que todo debe quedar aclarado, situando a ambas partes en una zona que los intereses sean comunes.

El tercer y último paso de la MP, que posibilita el encuentro entre los internos en conflicto, es para abordar y resolver el problema de forma pacífica y dialogada. Cuando se llega a esta fase, en una única sesión se puede lograr un acuerdo satisfactorio y pactado por ambas, pues lo más difícil se ha conseguido, lograr que cada interno escuche lo que le tiene que decir el otro, sin alterarse ni mostrar un comportamiento agresivo. Se ha logrado establecer un acercamiento entre los internos, desde las antípodas que les llevó el enfrentamiento.

Este paso generalmente se lleva a cabo en una sola sesión, de veinte a treinta minutos, dejando para una segunda sesión, en el caso de no progresar en la resolución del conflicto, por ejemplo porque vemos que la reconciliación es sólo aparente, no real o también porque se deba completar la redacción de los acuerdos adoptados. Para terminar, lo firman todas las personas intervinientes[19].

No toda mediación tiene que cerrarse con acuerdo, esto sucede generalmente porque no ha podido acercar las expectativas en una solución satisfactoria para ambas partes. La experiencia permite afirmar que hay algunos casos con posibilidad de fracasos[20]: cuando el conflicto es entre internos clasificados en primer grado o entre internas por problemas sentimentales y afectivos surgidos en prisión[21]. Pero ya es importante tener esta intervención con las partes enfrentadas porque reciben alguna orientación para solucionar sus conflictos aunque rechacen esta MP.

Recordarles en esta última reunión que dentro del medio penitenciario, por imperativo legal, se va a seguir conviviendo, muy a pesar de nuestras diferencias y disputas. No está en la mano de las personas privadas de libertad determinar el lugar de su condena, ni con quien la cumplen[22], al ser compartida la mayoría de las celdas.

Trabajar en la búsqueda de los intereses comunes es una manera de aportar soluciones que satisfagan a las dos partes y facilite la convivencia en este medio.

Hay dos tipos de seguimientos de los casos mediados:

1. Por el mediador, antes de un mes, en las dos o tres siguientes semanas aproximadamente, en función de las peculiaridades de las personas, del conflicto y de los acuerdos adoptados. Si se ha desarrollado sin incidentes y el mediador observa que el conflicto está solucionado, se redacta un escrito de finalización definitiva de la mediación, en base a criterios objetivos, es decir, si han surgido otros enfrentamientos o bien contrastando la reconciliación con lo escuchado en una nueva entrevista individual.

2. Por la Administración penitenciaria hay un control trimestral de los casos, reseñándose el número de procesos iniciados durante ese período, los procesos realizados y con cuantos internos, para determinar los terminados con acuerdos positivos, sin acuerdo o/y sin firma, los interrumpidos y los rechazados cuyos datos se remiten a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria[23].

3. CONSIDERACIONES FINALES

Es aconsejable que las MP que se implementen por primera vez en un centro penitenciario lo sean para casos en que los internos estén señalados administrativamente como de incompatibles debido a su facilidad de resolverlos positivamente, afianzando el programa desde el primer día y en la adaptación de las técnicas mediadoras al ámbito penitenciario.

En algunos CP se deja algún folleto explicativo[24], de manera que puedan ver reflejado los internos su situación personal y una solución al conflicto. Esto puede ayudar a despejar algunas dudas sobre la mediación, pero lo determinante es la labor personal y experiencia del mediador, con intuición, sentido común y siempre hasta donde las partes quieran llegar.

Las entrevistas serán cortas, en función del interés de los internos en resolver el conflicto, generalmente de veinte a treinta minutos. Hay que hablar claro y directo. Lo normal es trabajar por la tarde de lunes a jueves, pues es cuando los internos están más libres de actividades[25].

Algo difícil de conseguir, pero importante, es trabajar en el reconocimiento de mal causado y del incorrecto proceder respecto con la otra parte, asumiendo nuestra responsabilidad y sus consecuencias, que, entre otras, es la reparación de lo dañado por nuestros actos. No debemos prometer conseguir lo que no esté en nuestras manos ni sea posible, la mayoría de los beneficios penitenciarios son competencia de órganos colegiados del CP o de la autoridad judicial que corresponda.

Se puede entregar al finalizar la MP, con resultado positivo, algún certificado que acredite la participación de ambas partes.

La MP representa un uso alternativo para conseguir una convivencia ordenada y la capacidad de autocontrol, frente a «la respuesta institucional habitual»[26].

Sobre el perfil del mediador, en muchos CP son los propios funcionarios de IIPP, muy particularmente educadores[27], los que desempeñan dicho papel, con resultados poco consolidados a pesar del tiempo. No obstante, la experiencia de asociaciones y Universidades aportando voluntarios, alumnos en prácticas y profesores, está posibilitando la aparición de un nuevo profesional de la mediación, ajeno a la Administración penitenciaria[28].

---

1 Hay un soporte documental: una carpeta que contiene una serie de hojas clasificadas e impresas para rellenar por el mediador sobre ese caso y que serán firmadas por los internos en conflicto, junto al mediador.

2 Suspender o reducir la sanción de aislamiento (art. 255 RP) y acortar los plazos de cancelación o el tiempo de cumplimiento en el resto de sanciones (art. 256 RP).

3 Sobre las técnicas de la negociación y las herramientas que utilice el mediador, no se explican en esta parte, por corresponder a otro apartado de este libro.

4 Donde se sentarán juntos, con el mediador en medio.

5 Tras un curso en la Escuela de Estudios Penitenciarios para Educadores, en el año 2006, impulsado por la jefa del Área de Diseño de Programas de II.PP., Florencia Pozuelo, y coordinado por Alfredo Ruiz Alvarado. Impartido por el profesor Julián Carlos Ríos Martín y su equipo de mediadores, por la experiencia en el CP de Madrid-3 (Valdemoro).

6 Artículos 110 ss. RP que regula «Del tratamiento penitenciario».

7 Sobre las características de este medio cerrado me remito a lo anteriormente escrito aquí por Miguel Ángel de la Cruz Márquez.

8 Se genera la primera hoja de la carpeta documentada sobre cada una de las MP, a modo de protocolo.

9 Los internos, calificados de incompatibles entre ellos, no están residiendo en el mismo módulo ni tampoco participan en actividades comunes en donde se puedan ver, pues al haber tenido algún enfrentamiento de carácter grave anteriormente, a efectos de prevenir agresiones, verbales o físicas, se les separa, y muchas veces se debe al tráfico de drogas dentro de la prisión y su impago.

10 En el argot penitenciario, conocido como «refugiados».

11 Dirigiendo una instancia que el director derivará al coordinador del programa de MP.

12 Excluyendo terminantemente situaciones que se aprecie violencia de género.

13 Asociación de Mediación para la pacificación de conflictos en CP de Madrid-3, experiencia que se lleva desde el 2005, explicado por la psicóloga Francisca Lozano Espina.

14 A través de un máster o curso, en qué Universidad o donde se ha trabajado en mediación.

15 Los internos conocen las normas de obligado cumplimiento en el programa de MP, concretado en los cincos puntos que se señalan en la hoja de compromiso de inicio, que es la segunda hoja de la carpeta de MP.

16 También se podrá retomar pasado un tiempo, cuando los ánimos estén más calmados por ambas partes.

17 Se ha generado la segunda hoja de la carpeta de MP donde se especifica lo que la mediación exige a cada uno de los participantes (diálogo, respeto, reconocimiento de hechos y cumplimiento de acuerdos) y lo que la mediación no permite (presionar a la otra parte y actuar violentamente). Se suele entregar como anexo la literalidad de estos cinco puntos.

18 Como no ser trasladado a otro CP o bien volver a un taller ocupacional en el sociocultural, que tenían prohibido por la incompatibilidad.

19 Puede el mediador ser el primero en firmar.

20 Coordino este programa desde el año 2006 que comencé en el CP Granada (Albolote), después en el CP Alicante-1 (Fontcalent) y actualmente en el CP Murcia-2 (Campos del Río).

21 Que contrasta con el elevado número de casos resueltos positivamente en el conjunto de casos intervenidos.

22 Las celdas son compartidas por dos internos en los CP.

23 El programa de MP se enmarca en el Servicio Permanente de Resolución Dialogada de Conflictos entre internos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

24 Tipo cómics, como propone el profesor Julián Carlos Ríos Martín.

25 Desde las tardes de los viernes y durante el fin de semana se concentran las comunicaciones ordinarias con familiares y amigos.

26 El sistema de sanciones y recompensas (arts. 231 ss. RP). Tomás Montero Hernanz.

27 Por las características del mismo, art. 296.1.º (RP, 1984, en vigor por la disp. trans. 3.ª del RD 190/1996).

28 Con dos ventajas: salva la desconfianza de los internos hacia la institución penitenciaria y garantiza la confidencialidad, neutralidad e imparcialidad de los mediadores.

D) LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENITENCIARIO. SU NECESARIA IMPLANTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL

JAVIER NISTAL BURÓN
Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NECESARIA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENITENCIARIO. 2.1. *La presencia de la víctima en los fines de la pena.* 2.2. *El enfoque de la actividad penitenciaria desde el interés de la víctima y sus posibles efectos positivos en la resocialización del interno.* 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral —mediador— ayuda a las personas implicadas en una infracción penal —víctima e infractor— a comprender el origen del conflicto, sus causas y sus consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación del daño causado, tanto material como moral, lo que da origen a la denominada «justicia restaurativa».

El Derecho penal, que tiene como objetivo principal hacer posible la convivencia pacífica de la sociedad, ha ido adaptándose paulatinamente a las necesidades que en cada momento demanda la sociedad a la que pretende proteger con una marcada tendencia a agudizar el incremento de la represión punitiva. Parece ser que la sociedad ante la delincuencia y sus causas deposita una enorme confianza en el sistema de justicia penal en general y, por consiguiente, en el encarcelamiento en particular, como solución a algunos de los problemas más acuciantes de la misma, de ahí la tendencia constante a endurecer las políticas penales en todas y cada una de las reformas que se llevan a cabo en nuestro Código Penal (CP) en los últimos años (hasta la fecha, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el actual Código Penal, ha sufrido veinticinco reformas, estando en fase de proyecto, en tramitación parlamentaria, una nueva que haría la número veintiséis). Sin embargo, este rigor punitivo de nuestro Derecho penal no viene acompañado, normalmente, ni de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de una percepción subjetiva de mayor seguridad por parte de la ciudadanía, como sería de esperar, por lo que la eficacia real de ese endurecimiento penal no parece responder a la finalidad que se pretende.

Una solución a esta problemática, aunque pueda ser solamente parcial, se intuye que podría venir de la mano de la «justicia restaurativa» en cuanto que la misma fija

su objetivo en lo que realmente ocurre después de la «sentencia» con unos y otros —victimarios y víctimas—. Podemos afirmar que la «justicia restaurativa» nos introduce de plano en «la hora de las víctimas»; no podemos obviar que todo el sistema penal se edificó, en su momento, en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando la protección de los intereses de la víctima, pues el delito se consideraba un atentado contra valores básicos para la convivencia social, considerados estos valores en abstracto, es decir no se personalizaba el daño como algo tangible que era necesario reparar.

Este papel de la víctima en nuestro Derecho penal, como titular abstracto del bien jurídico protegido —una especie de entelequia jurídica— tiene una manifestación similar en nuestro Derecho penitenciario, por cuanto que la finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la Constitución Española (CE) va a determinar, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) en el año 1979, un nuevo modelo de ejecución penal denominado de «individualización científica» en el que todas las decisiones que se toman tienen como único destinatario al recluso, lo que conlleva dejar en un segundo plano el delito cometido y, por ende, el daño ocasionado a la víctima y primar, casi con exclusividad, la idea de reinserción del autor del delito. Ello ha supuesto una concepción de la ejecución penal donde los intereses del autor del hecho delictivo aparecen siempre en clara y manifiesta incompatibilidad con los intereses de la víctima, dando lugar a que la relación entre ambos —victimario y víctima— se materialice, en la práctica, como si se tratara de una operación aritmética de «suma-resta», pues cualquier ganancia por los penados en beneficios penitenciarios supone una pérdida para las víctimas, que lo perciben como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito repercute en un empeoramiento de las condiciones regimentales del interno.

La «justicia restaurativa» ciertamente parte de la víctima y de sus intereses, pero los hace confluir con los del victimario y con los de la sociedad; todos conjuntamente podrán contribuir a fortalecer la credibilidad de la norma penal —prevención general positiva— mediante el restablecimiento del diálogo social que el delito quebró, planteando un modelo de Derecho penal que, al tiempo que responsabiliza al infractor frente a la víctima y le compromete a la reparación del daño causado, atiende a las necesidades reales de dicho infractor, lo que posibilita que se puedan atender sus carencias personales y sociales causantes, posiblemente, de su actividad delictiva, lo que facilitaría su reincorporación a la sociedad cuando finalice el cumplimiento de la condena.

Este protagonismo de la «justicia restaurativa» en un modelo del Derecho penal orientado hacia el futuro, puede tener un referente semejante, también, en el futuro del Derecho penitenciario en los términos que pretendemos explicar en este breve artículo, pues una de las razones por las que la «justicia restaurativa» puede ser importante en el marco de la ejecución penal es porque se basa en la humanización de la otra parte del conflicto, tan necesaria en un ambiente tan deshumanizante como

puede ser el penitenciario.

2. LA NECESARIA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO PENITENCIARIO

2.1. La presencia de la víctima en los fines de la pena

La «justicia restaurativa» parte del presupuesto de que el delito es un problema social, que surge en dicha sociedad y debe resolverse por la misma. La sociedad debe involucrarse en la prevención del delito, en el tratamiento del delincuente y en la reintegración social del mismo. La propia Exposición de Motivos de nuestra Ley penitenciaria —LOGP 1/1979, de 26 de septiembre— refleja el papel protagonista que corresponde a dicha sociedad, cuando afirma que la misma debe estar implicada en las funciones penitenciarias, «como lamentablemente lo está en la génesis de la delincuencia».

Y es que la «justicia restaurativa» procura la corresponsabilidad de la sociedad en la prevención y evitación del delito y, en el tratamiento del delincuente, así como en la inserción social de éste. Para conseguir este objetivo, no cabe duda que la fase de la ejecución de la pena privativa de libertad es la que más posibilidades ofrece, pues es donde el encuentro personal, como forma de restablecer la convivencia quebrada por el delito, que la «justicia restaurativa» preconiza frente a la «justicia vindicativa», tiene más posibilidades de hacerse efectiva, pues si en algún momento del *iter punitivo* es factible un mayor interés del autor del delito hacia su víctima, éste será el del cumplimiento de la condena, dado que en la fase del enjuiciamiento el derecho del acusado de afirmar su inocencia, como una actividad propia de su derecho de defensa, puede impedir un arrepentimiento sincero y pleno para no aceptar su culpabilidad.

Como todos sabemos, la pena privativa de libertad busca la realización de una pluralidad de fines no siempre fácilmente conciliables, que comprenden, tanto los aspectos de la prevención general positiva o negativa en función de sus destinatarios, como los de la prevención especial y también la finalidad retributiva. Cabe preguntarnos si en estas clásicas funciones de la pena debería estar presente la víctima y sus reivindicaciones de reparación del daño.

Empezando por prevención general positiva, podemos decir que no puede concebirse una demostración de la superioridad del ordenamiento jurídico que fortalezca la confianza de los ciudadanos en las normas, si éstos no aprecian de manera clara, primero, que la pena se cumple, y segundo, que las víctimas ven satisfechos todos sus derechos e intereses legítimos. En cuanto a la prevención general negativa, es preciso señalar que a la conminación abstracta de una pena se habría de añadir la idea concreta de que se ha de temer aún más castigo si no se atiende, tras la comisión del delito —en la fase de cumplimiento de la pena—, a los intereses de la víctima, por aplicarse esa pena con un mayor rigor penitenciario, por

lo que la aplicación de los beneficios penitenciarios, que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o del tiempo efectivo de internamiento, debería pasar obligatoriamente por un serio, firme y decidido propósito del autor del hecho delictivo de arrepentirse, compensando a la víctima, en la medida de lo posible, del mal causado. Por lo que se refiere a la prevención especial, que exige una actitud de responsabilidad por parte del autor del delito, podemos decir que dicha «actitud» no se alcanza en abstracto, sino mediante la íntima ligazón con la víctima en concreto, como premisa para no generar otras víctimas en el futuro, es decir, para «tener la capacidad de vivir respetando la ley penal». Por último, en cuanto a la finalidad retributiva de la pena, la intervención de la víctima puede y debe aportar una ayuda valiosa a los profesionales del tratamiento para establecer el *quantum*, de cumplimiento de la condena para considerar satisfecho este fin.

En resumen, que la protección a la víctima permite cumplir todos y cada uno de los fines de la pena, especialmente porque contribuye al sentimiento de justicia en la sociedad, en la medida en que a través de la reparación del daño el responsable asume los hechos y compensa a la víctima, lo que refuerza la confianza de la sociedad en el sistema punitivo.

2.2. El enfoque de la actividad penitenciaria desde el interés de la víctima y sus posibles efectos positivos en la resocialización del interno

La versatilidad que la Administración penitenciaria tiene para «acomodar» la ejecución de la pena a las circunstancias personales y sociales propias y específicas de cada interno debe ser aprovechada por dicha Administración penitenciaria para garantizar la presencia de la víctima en todos los ámbitos de la relación jurídico-penitenciaria en la que intervenga: clasificaciones iniciales, progresiones y regresiones de grado, permisos de salida, concesión de beneficios penitenciarios, etc. Asimismo, la actividad de los distintos profesionales de la institución penitenciaria debe estar orientada en el sentido de dar a la víctima el protagonismo que le corresponde, especialmente en lo que respecta a los profesionales de las ciencias de la conducta que componen las Juntas de Tratamiento y los Equipos Técnicos: juristas, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc., pues muchos de estos profesionales tienen la mentalidad de que su trabajo debe estar orientado única y exclusivamente hacia el recluso, cosa que tampoco nos debe de extrañar, dada la orientación que en el ámbito de la ejecución penal marca el propio ordenamiento penitenciario.

En definitiva, que las víctimas deben ser también protagonistas del proceso de ejecución penal, entre otras razones, porque su reconocimiento puede además tener efectos muy positivos en la resocialización del interno. En primer lugar, porque la protección a la víctima incrementa el sentido de la responsabilidad del agresor. La reparación del daño permite lograr que el autor de delito reconozca su delito y asuma las responsabilidades con la persona ofendida.Y, en segundo lugar, porque la

protección a la víctima mejora la asistencia a ésta, porque permite que la víctima sea escuchada, pueda manifestar sus inquietudes y se vea recompensada por el daño sufrido, tanto moral como económicamente, reduciendo los efectos de la victimización secundaria, lo que frena el olvido en el que ha estado la víctima en el Derecho penitenciario.

Es decir, que la reparación del daño causado puede satisfacer a las dos partes de la relación delictiva —delincuente y víctima— situando un centro imparcial en el que ambas partes resultan satisfechas, ya que si la balanza se inclinara hacia una de ellas, el resultado no sería el adecuado; de esta manera, ni la víctima ha de desarrollar un sentimiento de impunidad hacia el agresor, ni éste debe percibir una injusticia hacia su persona.

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, conviene finalizar este apartado con dos reflexiones básicas:

— La primera, que la mediación no debe considerarse un cuerpo extraño en el Derecho penitenciario, antes al contrario, debe entenderse como una parte esencial del cumplimiento de la sanción penal impuesta, porque puede coadyuvar a conseguir el objetivo principal de la pena privativa de libertad, pues la «justicia restaurativa» permite descubrir que la reparación, como algo mucho más amplio que la pura indemnización económica, puede tener también unos importantes efectos resocializadores en los penados.

— La segunda, es que si hace unos pocos años toda esta cuestión de la «justicia restaurativa» podía parecer un sueño utópico, hoy hablamos ya de algunas realidades normativas, como los artículos 88 y 91.2 CP; también los artículos 19 y 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento de desarrollo, Real Decreto 1.774/2004, de 30 de julio (art. 60.5). También está presente la mediación en algunos importantes proyectos legislativos actuales, como es el del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria (art. 84.1.1, que permite al juez o Tribunal condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación) y en el anteproyecto de Código Procesal Penal, que sustituirá a la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, donde se regula detalladamente en el Libro II la «mediación penal», dando con ello cumplimiento a la exigencia establecida en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima.

4. BIBLIOGRAFÍA

BERISTAIN IPIÑA, A.: *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal,*

prisional y ético), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
— «El papel de las víctimas en la ejecución penal» en *I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario X Jornadas Penitenciarias de Andalucía* (Jaén, 2000), tomo II, Jaén, SOPROARGA, 2002.
GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de criminología*, Tirant lo Blanch, 2003.
LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, P.: «Presente y futuro de la mediación penal», en internet: http://www.uc3m.es/larevistilla.
MARTÍNEZ ARRIETA, A.: «La mediación y su incorporación al proceso penal español», en *I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias*, en internet: http://www.uc3m.es/larevistilla.
ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
ROXIN, C.: «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 8, Madrid, 1991.
SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.: «Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde», en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

CAPÍTULO XXV

LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE

ESTANISLAO ARANA
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Granada

ASENSIO NAVARRO ORTEGA
Investigador Postdoctoral Contratado
Departamento de Derecho administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. PANORAMA GENERAL DE LA «JUSTICIA ADMINISTRATIVA» EN ESPAÑA: LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE CONFLICTOS COMO MEDIO NATURAL DE CONTROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN. 2. CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN: SU REDUCIDO PAPEL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 2.1. *La conciliación.* 2.2. *La mediación.* 2.3. *La transacción.* 3. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. 3.1. *Concepto y naturaleza*. 3.2. *Regulación general*. 3.3. *La Ley 11/2011, de 30 de mayo, como otra oportunidad perdida para la consolidación de una institución de gran proyección.* 3.4. *El arbitraje de la Administración Pública en sectores especializados: en concreto, el arbitraje en materia de contratación pública*. 4. LA ADMINISTRACIÓN EN SU PAPEL DE ÁRBITRO: ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE Y AL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 5. A MODO DE RECAPITULACION: EL ARBITRAJE COMO VERDADERO, AUNQUE LIMITADO, INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CARÁCTER EXTRAJUDICIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PANORAMA GENERAL DE LA «JUSTICIA ADMINISTRATIVA» EN ESPAÑA: LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE CONFLICTOS COMO MEDIO NATURAL DE CONTROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN

La Administración Pública tiene como fin último la satisfacción de los intereses generales (art. 103 de la Constitución Española de 1978). Para poder cumplir con tan excelso fin, el ordenamiento jurídico la ha dotado de una serie de prerrogativas y privilegios con los que conduce sus relaciones jurídicas, especialmente con los particulares. Estas prerrogativas administrativas hacen que ésta no necesite buscar un acuerdo con los particulares o someter a consenso las diferencias de criterio que pudieran existir. La potestad de *autotutela*, en concreto, otorga la presunción de que

sus actos son válidos y que pueden imponerse a los ciudadanos, incluso coactivamente, sin necesidad del concurso inicial de los tribunales y al margen del consentimiento de aquéllos. Así, los conflictos que se presentan en el ámbito material de la actuación administrativa se pueden resolver de forma unilateral, sin perjuicio, claro está, de que los interesados recurran finalmente dicha decisión en vía jurisdiccional.

Aunque nuestro sistema jurídico-administrativo establece mecanismos de control de la actividad de las Administraciones Públicas con carácter previo al que ejercen los tribunales, por ejemplo, permitiendo la «autoimpugnación» de los actos administrativos mediante la revisión de oficio o su revisión mediante los oportunos recursos que en vía administrativa interpongan los particulares interesados, el verdadero, por imparcial, control de la actividad administrativa es el que proporciona el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), ordena este control y establece los cauces para acceder a la justicia administrativa. Sin embargo, desgraciadamente, la situación de verdadero colapso que vive la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lleva a que, sin duda, podamos afirmar que no contamos con un verdadero y efectivo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en este ámbito. Según datos del Consejo General del Poder Judicial (2014, 451), la tasa de litigiosidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha disminuido por cuarto año consecutivo, situándose en el 4,1/1000 habitantes en 2013. Esta reducción, sin duda, es achacable a motivos como la crisis económica y a la entrada en vigor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia. Así, los 191.088 asuntos ingresados en 2013 son un 15,5 por 100 menos que los ingresados en 2012, y 126.000 menos de los que ingresaron en 2009, antes de la crisis. La disminución del número de asuntos hace que se hayan reducido también los asuntos en trámite en 2013 en un 20,5 por 100, pero aún quedan 255.837 asuntos pendientes de resolver.

La tendencia a la disminución del número de asuntos ingresados, sin embargo, no ha evitado que la duración media de los asuntos terminados en esta Jurisdicción siga siendo elevada: 16,3 meses, para los Juzgados de Primera Instancia; 13,1 meses, para los de segunda instancia; y, 15,4 meses, en el Supremo. Esta situación es todavía más grave en el caso de algunas materias como medio ambiente, urbanismo y ordenación del territorio, o expropiación forzosa. De igual forma, dicha situación es más grave en determinados Tribunales, caso de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, donde algunos asuntos tardan en resolverse, de media, hasta 42,8 meses. O, en los Juzgados de lo Contencioso, donde se advierte una tendencia al alza de los tiempos de resolución, a pesar del descenso en el número de asuntos: 2009 (11,1 meses), 2010 (12,0 meses), 2011 (12,9 meses), 2012 (13,6 meses), 2013 (14,2 meses).

Los cambios acaecidos durante estos años, en definitiva, han afectado a una jurisdicción especializada que en su origen fue creada para conocer de un número

limitado de asuntos. Por todo, el control de la Administración está en entredicho, por la dificultad de ejecutar con prontitud las decisiones judiciales y de asegurar la eficacia del proceso. Partiendo de este presupuesto, en las páginas que siguen intentamos analizar cómo se puede armonizar la connatural «dificultad de transaccionar y pactar» en el ámbito del Derecho administrativo con la necesidad de crear mecanismos que agilicen la resolución de conflictos y que permitan satisfacer realmente el derecho a una verdadera tutela judicial efectiva. Se hace necesario realizar un esfuerzo creativo que permita introducir nuevas formas de resolución de conflictos que resulten más ágiles y dinámicas, capaces de mejorar el funcionamiento del sistema en su conjunto.

En este contexto surge, precisamente, la necesidad de prestar atención y analizar mecanismos de resolución de conflictos extrajudiciales, como pueden ser, fundamentalmente, el arbitraje y la mediación, que tan buenos resultados ofrecen en el ámbito privado pero que en el ámbito administrativo presentan bastantes dificultades, por cuanto pudiera pensarse que los intereses públicos que deben defenderse desde lo público no deberían ser objeto de transacción o negociación alguna. Dicha agilidad y eficacia en la resolución de conflictos también debería verse como un interés público a defender y proteger.

2. CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN: SU REDUCIDO PAPEL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La resolución extrajudicial de conflictos no es una materia nueva para el Derecho administrativo, sino que se viene desarrollando con éxito en diversos ordenamientos jurídicos. El ejemplo más notable es el de los Estados Unidos de América, donde en 1990 se aprobó una ley específica (*Administrative Dispute Resolucion Act*) para acercar el sometimiento de las agencias federales a los procedimientos de conciliación y arbitraje, o a través de otros procedimientos similares regulados en este Derecho (*mini-trial, fact-finding, convening facilitating, summary jury trial*). Pero, en el ámbito continental, este tipo de propuestas han tenido un menor impacto, salvo casos muy contados como el del *Conseil d'État* francés de 1993 (*Régler autrement les conflicts: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*).

En España, el acuerdo, como forma de resolución de conflictos entre las partes, se prevé desde hace tiempo en determinados ámbitos. Así, por ejemplo, en la *transacción* de derechos de la Hacienda Pública o del Patrimonio público [arts. 98 y 116 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP); y en el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)]. Asimismo, existen referencias aisladas a otros medios, como pueden ser la resolución de conflictos interadministrativos (art. 39 del Estatuto de Autonomía del País Vasco); los supuestos de mediación informal, como los que realiza el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y los comisionados parlamentarios autonómicos; o el arbitraje institucional, que luego comentamos.

Sin embargo, estos mecanismos de solución de conflictos que tienen su base en el acuerdo y no en la imposición, por las razones seculares comentadas con anterioridad, no cuentan con un amplio predicamento en el Derecho público en general y administrativo en particular. Veamos, muy brevemente, en qué consisten las instituciones de la conciliación, la mediación, la transacción y el arbitraje, como medios elementales de resolución extrajudicial de conflictos y cuál es el grado de aplicación en las relaciones jurídico-administrativas.

2.1. La conciliación

En primer lugar, la conciliación es un acto procesal que actúa con carácter previo a la vía judicial, con el fin de evitar conflictos ya iniciados. Dicho procedimiento es especialmente frecuente en los ámbitos civil y laboral, donde el conciliador reúne a las partes sin realizar propuesta alguna ni tomar decisión. La figura del conciliador tiene, por último, una relevancia estratégica menor que la del mediador, pues en ocasiones aquél ni siquiera está presente en la conciliación, sino que se limita a invitar y a reunir a las partes. Pero la conciliación aparece expresamente excluida del ámbito del Derecho administrativo (art. 460 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) en materias en que intervengan como interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. El artículo 64.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (conforme a su redacción por el art. 22.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), también insiste en dicha idea de excluir la mediación en ámbitos que, aun estando relacionados con materias de carácter laboral, se materializan en actos administrativos de la Administración laboral.

2.2. La mediación

La mediación, en segundo lugar, consiste en un procedimiento no formalizado según el cual un tercero neutral (mediador) interviene a favor de la resolución de un conflicto *inter partes*. Dicho mediador lo que esencialmente hace es favorecer el arreglo a través del intercambio de puntos de vista. Es decir, el mediador no decide por sí mismo, sino que corresponde a las partes lograr el acuerdo definitivo a través de lo que se denomina «composición de intereses».

A diferencia de lo que ocurre, como hemos visto, con la conciliación, que prácticamente no tiene por ahora recorrido en el ámbito del Derecho administrativo, la mediación sí desempeña un papel algo más importante. Así, por ejemplo, en materia de empleo público, el artículo 45.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), dispone que la mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes.

Sin embargo, también, su funcionalidad se ajusta mejor al ámbito del Derecho privado. Sobre todo, a raíz de la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de

mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su desarrollo por el Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Dicha Ley 5/2012 expresamente excluye de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas [art. 2.2.*b*)], si bien le reconoce expresamente el carácter de mediadoras a estas Administraciones en asuntos de su competencia (art. 5.3), como puede ser, por ejemplo, la tutela ambiental o cualquier otra materia donde interceda el interés general. Así, pese a la escasa regulación que dicha Ley hace de las partes que pueden intervenir en un conflicto como mediadores (San Cristóbal Reales, 2013, 168), podemos citar a algunas instituciones de carácter público que actúan conforme a dicho fin, como son las Cámaras de Comercio, de Industria y Navegación, el Consejo General del Poder Judicial, los Colegios profesionales, etc.

Un ejemplo de mediación en el Derecho administrativo lo encontramos en el artículo 49 de la Ley catalana de 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges, que establece que dicho organismo «puede proponer a las administraciones, organismos, empresas y personas que son objeto de un procedimiento de investigación y a las personas afectadas fórmulas de conciliación, de mediación o de composición de controversias que faciliten la resolución del procedimiento».

Es igualmente habitual la firma de convenios entre organismos públicos y privados que tienen como finalidad realizar los estudios precisos y conseguir las pruebas necesarias con carácter previo a la mediación intrajudicial en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con ello se pretende acercar las posiciones de las partes a la finalidad de alcanzar un acuerdo que responda a las expectativas de ambos lados dentro de la legalidad administrativa. Así, por ejemplo, trabaja el Instituto Europeo de Mediación y Ética Pública, mediante la elaboración de Protocolos de actuación o la creación de Grupos de Trabajo y de Comités de Seguimiento que actúan en el marco de estos Convenios.

2.3. La transacción

La transacción, en tercer lugar, es el contrato por el cual las partes que intervienen en el proceso, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan el conflicto extrajudicial o ponen fin al pleito iniciado (art. 1.809 del Código Civil). La transacción trata de resolver controversias que ya se han materializado, sin que pueda ser utilizada en conflictos que se proyectan al futuro, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje; la transacción, por otro lado, se refiere al acuerdo final, como decisión misma, mientras que el arbitraje constituye el procedimiento y la forma de resolución de la controversia (Trayter, 2007: 2247-2248). Se trata, en última instancia, de la formalización de un acuerdo para resolver la disputa.

Otra diferencia es que, mientras el laudo arbitral puede recoger íntegramente lo solicitado por alguna de las partes, la transacción recoge siempre concesiones recíprocas. No obstante, la similitud entre ambos procedimientos queda probada en preceptos como el artículo 7.2 LGP, que señala:

> […] no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública

estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.

3. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

Las tres figuras analizadas con anterioridad (conciliación, mediación y transacción) guardan una cierta sincronía en los objetivos y criterios que persiguen, definiéndose como formas autocompositivas o de colaboración que se guían por principios comunes como los de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad, igualdad y transparencia.

Por su parte, en el arbitraje, al igual que en los otros mecanismos o instituciones de resolución de conflictos extrajudiciales, resulta esencial su carácter voluntario, ya que los árbitros son elegidos libremente por las partes y deben ser órganos colegiados o comisiones al margen de cualquier instrucción jerárquica. Pero existen diferencias decisivas en cuanto a la forma en que se resuelve el conflicto. Así, se diferencia del resto de instrumentos en ser un medio heterocompositivo que además resulta más complejo. La Administración, a través de esta institución, actúa como interesada, una vez acuerda someter la cuestión litigiosa a este procedimiento.

En este sentido, se produce lo que se denomina en términos constitucionales «efecto de equivalencia jurisdiccional», que viene a significar que el arbitraje no es sólo un medio para la resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes (*ius dispositivum*), sino que tal institución pretende obtener los mismos resultados que una sentencia (art. 43 de la Ley 60/2003 y SSTC 43/1988, 15/1989, 62/1991 y 174/1995, entre otras).

En todo caso, no hay que confundir al arbitraje en el que, al menos, una de las partes es una Administración Pública, con la «actividad administrativa de arbitraje», que es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide en conflictos entre administrados sobre derechos privados o administrativos. En este supuesto, la Administración se sitúa al margen del conflicto y únicamente interviene para ayudar a resolver dicho conflicto.

El arbitraje de Derecho administrativo se caracteriza por una serie de notas: *a*) el carácter colegiado de esta institución; *b*) el no sometimiento a instrucciones jerárquicas, para asegurar la imparcialidad y objetividad del proceso; *c*) su actividad se dirige inexorablemente a la resolución de cuestiones disponibles por las partes, más allá de ser una mera propuesta; y, *d*) el laudo o decisión arbitral es de obligado cumplimiento para las partes y produce efectos de cosa juzgada, alcanzando efectos ejecutivos dicho laudo al igual que la ejecución de sentencias.

En relación a esta última cuestión, todavía persiste la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y de este laudo. Como explica Gacía Pérez (2011), en esta discusión se contraponen, por un lado, las tesis *jurisdiccionalistas*, que ponen el acento en la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral y en los efectos ejecutivos

y de fuerza juzgada que el ordenamiento otorga al laudo arbitral; y, por el otro, las *contractualistas*, en las que el componente que enmarca a la institución es el contrato, y, por tanto, la conformación de la institución se sostiene en la existencia de relaciones jurídico-privadas. Pero en la práctica, ambas realidades están, cada vez más, próximas a entenderse.

Al margen de estas cuestiones referidas a la naturaleza jurídica de la institución, sobre el arbitraje en el ámbito del Derecho público se han discutido dos cuestiones por encima del resto. En primer lugar, la posibilidad de que dicha institución pueda vulnerar dos preceptos de la Constitución que son muy sensibles a las garantías procesales en los procedimientos públicos, cuales son los artículos 24.1, referente a la tutela judicial efectiva, y el 117.3, que atribuye exclusivamente a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. En segundo lugar, se señala los límites que esta técnica ha de tener al proyectarse sobre las relaciones jurídico-públicas en la medida en que, además, el arbitraje constituye un supuesto de inmisión del Poder Legislativo en la reserva jurisdiccional. En este sentido, el árbitro ejerce una función cuasi-jurisdiccional que se puede traducir en una anulación parcial de la potestad del Poder Judicial, pues estaría actuando en ejercicio de una potestad de *iuris dictio* «equivalente a la jurisdiccional» (ATC 326/1993, de 28 de octubre). De hecho, el laudo arbitral, a diferencia de las otras figuras que veíamos, no sólo sustituye al recurso administrativo, sino que también desplaza la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo en los términos que explicamos a continuación.

Sin profundizar en el análisis constitucional, el arbitraje supera con creces este juicio de constitucionalidad (ATC 259/1993, de 20 de julio; y STC 174/1995, de 23 de noviembre) en tanto en cuanto la técnica arbitral sea valorada en su justa medida; tanto la figura del árbitro frente al juez, como la eficacia que se desprende del laudo arbitral, frente a la sentencia. En dicho sentido, las prerrogativas del juez son mucho más amplias que las del árbitro, que se limita a resolver un caso concreto y no crea un cuerpo jurisprudencial. De otro lado, aunque el laudo y la sentencia guardan semejanzas desde una perspectiva material, lo cierto es que el arbitraje no tiene efectos ejecutivos y sus fundamentos no pueden exceder los límites de la cuestión que enjuicia.

De tal forma, las dudas de constitucionalidad que surgen en torno al arbitraje se disipan al considerar a éste como el paradigma de la «autonomía de la voluntad» de las partes que, libremente, deciden someterse al proceso, no vulnerando el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE a pesar de que, una vez elegida la vía arbitral, sólo en la misma se deba alcanzar el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro, y que el acceso a la jurisdicción legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral (por todas, la STC 176/1996, de 11 de noviembre).

En coherencia con dichos fundamentos, el laudo supone el pronunciamiento sobre el fondo del litigio, sobre las pretensiones de las partes o sobre el objeto del proceso arbitral. Dicho laudo debe emitirse en plazo sumario, y debe estar siempre motivado,

salvo que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes (art. 37.4 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado). En todo caso, el laudo firme produce efectos de cosa juzgada, siendo una instancia única y no existiendo, por tanto, recurso «arbitral» contra ese laudo. Únicamente podría ser anulado judicialmente de acuerdo a alguno de los presupuestos tasados de nulidad (art. 41 de la Ley 60/2003).

3.2. Regulación general

La actividad arbitral de Derecho público ha sido objeto de estudio a propósito de las relaciones que guarda esta institución, en el ámbito de la Administración, con los particulares (Rivero Ysern), de la responsabilidad administrativa derivada de los actos arbitrales (Leguina Villa), de las jurisdicciones especiales (Sosa Wagner) o con motivo de los procedimientos administrativos triangulares (González Navarro). Sin embargo, no ha tenido un tratamiento específico dentro de las formas de actividad administrativa porque en cierto modo se interpreta todavía como una intromisión de la Administración en las competencias de los jueces civiles (Parada Vázquez, 2013: 431).

Con el paso de los años esta postura se ha ido suavizando, como refleja el artículo 77.1 LJCA, que permite que el juez formalice la *transacción* administrativa para poner fin a la controversia cuando el juicio que se promueve verse sobre materias de transacción y, en especial, sobre estimación de cantidad. Pero el precepto donde más abiertamente se percibe este cambio de mentalidad es el artículo 107.2 LRJPAC, que, con buena voluntad pero limitado alcance, establece cuáles son los distintos medios de resolución extrajudicial de conflictos. De tal forma, dicho precepto prevé la sustitución de los recursos de alzada y de reposición por otros procedimientos de control de la actividad administrativa «en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique». En dichos casos, la resolución de conflictos se llevará a cabo «por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo».

El precepto resulta insuficiente para reconocer un derecho al arbitraje y carece *per se* de aplicabilidad directa, ya que necesita una norma de desarrollo (Tratyer, 1997: 91). Lo que hace, más bien, es introducir un procedimiento específico de impugnación en vía administrativa sustitutivo del recurso administrativo, que no puede considerarse alternativo ni excluyente del control judicial ordinario (Parejo Alfonso, 1999: 24). De ahí que deba hablarse de un arbitraje «impropio» o «atípico» (García Pérez, 2011: 115) al que se le reprocha la imposibilidad de recurso sustantivo y su naturaleza proveniente de otra rama del Derecho (Escartín Escudé, 2012: 133). De otro lado, la regulación del procedimiento arbitral general por parte del Estado

forma parte de la competencia que tiene atribuida en materia de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.ª CE) y de Administración de Justicia (art. 149.1.5.ª CE), por lo que es más que conveniente que dicha cuestión sea regulada en el ámbito del Derecho administrativo para que las Comunidades Autónomas puedan regular con mayor seguridad los elementos necesarios relativos a este procedimiento dentro de los sectores de su competencia (vid., por ejemplo, la STC 61/97, de 20 de marzo). De hecho, en el ámbito autonómico se ha desarrollado una intensa regulación, pudiendo destacar ahora el papel que ejerce la comisión de arbitraje para la fijación de precios en los contratos de obra pública de la Administración del Reino de Navarra.

En lo que se refiere al ámbito local, la instauración del sistema arbitral en Ayuntamientos y Diputaciones viene recogida en el artículo 107.2, *in fine*, LRJPAC, al establecer que «la aplicación de estos procedimientos (conciliación, mediación, arbitraje y otros) en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley». Con esta redacción, algo confusa, no se termina de aclarar si es necesario en este ámbito la aprobación de una ley que desarrolle esta cuestión o, si, por el contrario, ya otorga una habilitación legal específica para la creación de órganos de arbitraje por las corporaciones locales (Trayter Jiménez, 1997: 78).

Como comprobamos, el Derecho público se afana en buscar nuevos mecanismos de resolución de conflictos para reducir la carga de recursos (descongestión del sistema) y facilitar la ejecución de los actos administrativos, pero no establece una regulación integrada al respecto. Si bien el carácter potestativo de estas fórmulas y la vigencia del sistema de recursos hace que todavía sean una alternativa de escaso relieve en el ámbito del Derecho administrativo, su proyección es cada vez mayor. Y ello, pese a no llegar a las cotas de éxito que tiene en el Derecho privado, donde el arbitraje como método de resolución de conflictos cuenta con una larga tradición y una regulación acabada: la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Esta norma, a falta de regulación específica, se convierte en norma supletoria para regular el arbitraje en el Derecho público.

El análisis de la legislación vigente denota la falta de una regulación integrada del arbitraje en Derecho administrativo, más allá de disposiciones que reconocen la posibilidad de arbitraje siempre bajo el cumplimiento de procedimientos demasiado exigentes. Por ello, es factible afirmar que el sistema está a la espera de que se apruebe una norma con rango de ley (existiría una reserva de ley, pues se está renunciando a la jurisdicción) que establezca el régimen jurídico general de esta materia, al igual que sucede en el Derecho privado. Ello también serviría para determinar, de una vez por todas, la posición del legislador respecto a esta figura, sin ambigüedades.

Un aspecto relevante a determinar es el de cuáles son exactamente las materias que se pueden someter a arbitraje. Dicha cuestión ha sido expuesta por la doctrina (López Menudo, Pérez Moreno, Fernández Montalvo, Teso Gamella y Arozamena

Laso) e incluso quedó formalmente planteada en el fallido Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo de 2001. La propia doctrina (Nieto García y Fernández Rodríguez) ha indicado que, *a priori*, no hay ningún ámbito material administrativo excluido del tráfico jurídico de la transacción, salvo el de las potestades regladas. En general, sin entrar en disquisiciones, los autores apuestan por integrar en este procedimiento aquellas materias en las que, teóricamente, la Administración puede pactar o contratar. En particular: *a*) contratos administrativos típicos; *b*) contratos administrativos atípicos; *c*) contratos privados de la Administración; *d*) convenios entre Administraciones Públicas; *e*) convenios colectivos en el ámbito de la función pública; *f*) convenios urbanísticos; *g*) convenios expropiatorios; *h*) terminación convencional en materia sancionadora; *i*) concesión de ayudas y subvenciones públicas; *j*) terminación de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (Trayter Jiménez, 1997: 94-102).

Cabe señalar, no obstante, como expone García Pérez, la ardua tarea de delimitación de este ámbito material y la dificultad para alcanzar un criterio general que pueda recogerse en una futura regulación. A riesgo de simplificar en exceso la cuestión, un criterio de mínimos debe incorporar, al menos, los supuestos en los que se da una situación de derecho subjetivo de un particular que no viene modulado por el interés público o los intereses generales. Así lo explica una parte de la doctrina, que entiende que el arbitraje debe estar presente allí donde la Ley ha querido el acuerdo convencional; allí donde la Administración ha tomado su determinación y hace falta cuantificarla o depurarla técnicamente; allí donde de una actividad o inactividad material de la Administración nacen automáticamente unos derechos concretos para el particular; allí, en definitiva, donde se produce una relación entre particulares y Administración idéntica a la que se produce entre dos particulares, son materias que están sometidas al ámbito del arbitraje (Ferret Jacas, 1999: 17).

3.3. La Ley 11/2011, de 30 de mayo, como otra oportunidad perdida para la consolidación de una institución de gran proyección

La aprobación de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, ha supuesto una nueva oportunidad perdida de reforzar la figura del arbitraje en la esfera del Derecho público. Muy al contrario, las novedades que introduce esta norma se limitan al ámbito organizativo y no exceden de las relaciones de la Administración General del Estado con sus entes instrumentales («arbitraje institucional»), regulando, eso sí, órganos como la Comisión delegada para la resolución de controversias administrativas, y aspectos procedimentales de esta institución, pero sin entrar a plantear siquiera los problemas centrales de regulación del arbitraje público en España. De hecho, el resultado es tan decepcionante que ni siquiera deja claro si dicha norma regula un verdadero sistema de arbitraje, pues no reúne algunos de los elementos configuradores de esta institución, como son la «voluntariedad» o la «flexibilidad» de los mecanismos

(Maresca Cabot, 2013: 321). Tanto es así, que se ha calificado a esta modalidad de arbitraje como «sedicente» (Merino Merchán y Chillón Medina, 2014: 233).

3.4. El arbitraje de la Administración Pública en sectores especializados: en concreto, el arbitraje en materia de contratación pública

La actividad contractual del sector público constituye en la actualidad uno de los ámbitos de su actuación en el que la actividad arbitral está conociendo un mayor desarrollo y relieve. La ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dio un giro decisivo a favor de la admisión del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, admitiendo con carácter general *ex* artículo 39 la arbitrabilidad de las controversias suscitadas en la ejecución y extinción de los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que, técnicamente, no tuvieran la condición de Administraciones Públicas, remitiendo a la Ley 60/2003, de Arbitraje, la solución de las diferencias que pudieran surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebraran. Esta solución es, precisamente, la que se mantiene vigente en el artículo 50 TRLCSP.

Como se sabe, los contratos públicos se articulan de acuerdo a un procedimiento de adjudicación singular que es público y concurrencial, y su desarrollo está sometido a fuertes prerrogativas a favor de los poderes públicos: posibilidad de introducir variaciones en su contenido, interpretación unilateral del contrato, derecho de resolución, etc. De ahí que, señala Dorrego de Carlos (2013: 9), una fórmula de protección habitualmente utilizada por parte del inversor privado haya sido la internacionalización de estos contratos y su sometimiento a procedimientos arbitrales. Pero, como explica este autor, dicha técnica también ha sido utilizada con frecuencia por los Estados de forma estandarizada en los contratos financieros, en los contratos de desarrollo de infraestructuras, en los contratos relativos al aprovechamiento de recursos naturales o los contratos de naturaleza concesional y, en general, en todos aquellos contratos en los que se articulan estructuras de larga duración de colaboración público-privada. De este lado, se advierte una progresiva adaptación del arbitraje privado como técnica de solución de controversias, que se traslada, de hecho, a las legislaciones nacionales, y subyace en el trasfondo de muchos de nuestros preceptos.

En concreto, el artículo 50 TRLCSP declara la arbitrabilidad de los conflictos surgidos a raíz de los «efectos, cumplimiento y extinción» de los contratos que adjudiquen las personas jurídico-públicas que no tengan la condición de «Administraciones Públicas». De este modo, los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que no tengan la condición de Administraciones Públicas son «contratos privados» del sector público que tienen la condición de arbitrables. Y la característica principal de estos contratos es que se rigen por el Derecho privado en lo relativo a sus «efectos, cumplimiento y extinción», que es, precisamente, el ámbito arbitrable de los mismos (art. 50 TRLCSP). En estos casos, los árbitros quedan sometidos a Derecho privado, aunque, si atendemos a la práctica, ésta resulta una

afirmación más teórica que real (Dorrego de Carlos, 2013: 14).

Por último, dentro de las instituciones especializadas en el sector de la contratación pública, destaca el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP), que opera, en forma de comité especializado, en el seno de una institución privada de gran prestigio, como es la Asociación Europea de Arbitraje.

En todo caso, la actividad negocial privada de las Administraciones Públicas es, de lejos, el ámbito en el que más fuertemente interviene, activa y pasivamente, la actividad arbitral de la Administración y constituye un ejemplo más de «huida del Derecho administrativo». Este fenómeno se refleja, asimismo, en la intensa actividad arbitral que realizan los «organismos reguladores» en sectores liberalizados, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de regulación ferroviaria, etc.

4. LA ADMINISTRACIÓN EN SU PAPEL DE ÁRBITRO: ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR DEL TRANSPORTE TERRESTRE Y AL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Tal y como antes señalaba, además de plantearse el arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos entre particulares y Administración, en determinadas ocasiones, el ordenamiento jurídico prevé la intervención de la Administración como árbitro de determinados conflictos entre particulares. Son muchas las materias en las que se establecen procedimientos de arbitraje especiales en los que, como decimos, la Administración ejerce este papel: consumo, transporte terrestre, propiedad intelectual, diseño industrial, deporte, marcas, materia arrendaticia, derecho de propiedad horizontal, telecomunicaciones, sociedad de la información, comunicación audiovisual, actividad laboral, seguros, arbitraje *on line*, etc. (vid. Martínez González, 2011: 217-260). Especialmente relevante es el papel que cumplen las conocidas como autoridades independientes en los grandes sectores económicos regulados que se convierten en auténticos «jueces» entre los operadores económicos que intervienen en ámbitos con un importante grado de liberalización pero sobre los que el Estado no ha perdido su control de manera definitiva.

Significativamente, son dos los ámbitos que cuentan con una regulación más desarrollada en cuanto al papel arbitral de la Administración Pública, nos estamos refiriendo al sector de los transportes por carretera y al de consumidores y usuarios. En relación al transporte, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (arts. 37 y 38), regula las Juntas Arbitrales del Transporte, que se configuran como un instrumento de protección y defensa de las partes intervinientes en el transporte y están constituidas, entre otros, por miembros de la Administración, a los que corresponderá la presidencia. A ellas les atañe resolver las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo

objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades empresariales.

De similar manera, podemos destacar el arbitraje de consumo que regula el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el Sistema Arbitral de Consumo. La norma organiza dicho procedimiento en torno a una serie de órganos: las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales. Dicho Sistema Arbitral de Consumo supone, por otro lado, una forma de arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor (art. 1.2 del Real Decreto 231/2008).

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN: EL ARBITRAJE COMO VERDADERO, AUNQUE LIMITADO, INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CARÁCTER EXTRAJUDICIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El extraordinario incremento de la litigiosidad, que enfrenta a ciudadanos y Administraciones, y a éstas entre sí, ha provocado un considerable retraso en la resolución de los conflictos administrativos que puede vulnerar, a efectos prácticos, la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Como se viene afirmando, el arbitraje supone una forma de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Esta institución, es cierto, ofrece ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas que opten por esta vía de resolución de conflictos, pero también, como es obvio, presenta algunos inconvenientes.

La posición restrictiva que ha experimentado el arbitraje y el resto de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho público se debe, como ya hemos dicho, a la propia configuración de la Administración Pública española que actúa con especial sujeción respecto a principios como el de legalidad y de pleno sometimiento judicial, dejando poco margen a decisiones que no sean de interpretación y aplicación estricta de las normas, impuestas por los Tribunales. De este lado, la posibilidad de resolver los conflictos por medios alternativos en Derecho público ha sido considerada durante mucho tiempo como una intromisión de las funciones que realiza la Administración, o, incluso, como una «dejación» del poder del Estado que introduce a la Administración a un sometimiento al ser «juzgada» por particulares.

No obstante, el arbitraje en el Derecho público ha tenido un avance innegable en los últimos años, a pesar del eclecticismo doctrinal e ideológico en torno a esta institución (Merino Merchán y Chillón Medina, 2014: 325). Pero es necesario que se apruebe una Ley estatal que establezca las coordenadas sobre las que debe pivotar esta institución. En este sentido, se deben introducir mecanismos de regulación

subsidiarios que respalden la acción del arbitraje pre-judicial e intra-judicial e intervengan allí donde la voluntad de las partes (dónde, cómo, cuándo y quiénes pueden resolver la controversia) no alcanza a respetar principios como los de igualdad, audiencia en el proceso y contradicción. Asimismo, se deben regular específicamente en el ámbito del Derecho público cuestiones tan importantes como el convenio arbitral, el nombramiento y requisitos de los árbitros, el procedimiento arbitral, la aprobación de medidas cautelares, la validez de las pruebas, la eficacia y ejecución del laudo, los motivos de nulidad ante los tribunales, la reserva material, etc.

Independientemente de la evolución que puedan tener estos medios de resolución de conflictos, existen opiniones encontradas sobre su eficacia. Para algunos autores parece más importante perfeccionar el sistema de recursos administrativos, con la intervención de órganos dotados de la necesaria especialización y autonomía funcional (Sánchez Morón, 2013: 854). De este lado, se critica la pérdida de transparencia en el proceso, así como la salvaguardia del interés público y de terceros; por la singular fuerza que tiene la «presencia del interés público» encomendada a la Administración, que parece resistirse a la idea de un arbitraje de Derecho público (Huergo Lora, 2000: 175). Asimismo, entre las dudas que surgen en torno al arbitraje está la falta de unificación de criterios y de uniformidad procesal de los asuntos que se sustancian, lo que puede producir desigualdades de trato en cada caso.

Para otros, la intensificación de los métodos alternativos de resolución de conflictos resulta una cuestión de interés por las ventajas que aporta siempre y cuando se encuentre entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración (Bustillo Bolado, 2001: 302). En este sentido, se han señalado las virtudes de esta técnica para proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de Derecho y la superación de una crisis en la que tiene mucho que ver la desgobernanza (García Pérez, 2011: 41). Destacando, por encima del resto de ventajas, el factor tiempo, el factor flexibilidad, el factor competencia, el factor especialización, y el factor económico (Trayter Jiménez, 1997: 75-77).

Al margen de la posición que cada cual adopte, se ha criticado, con razón (Rosa Moreno, 1998: 390) los excesivos formalismos que perviven en el arbitraje español, así como su carácter poco imaginativo. No obstante, a medida que la institución se consolide, presumiblemente se irán obteniendo ventajas como una mayor previsibilidad en los plazos para la resolución de las controversias, el control de los costes asociados a la resolución del conflicto, una garantía técnica de especialización de los árbitros, simplicidad procedimental, confidencialidad...

En el momento actual, es preciso reducir el número de conflictos que, indeclinablemente, deben ser resueltos en sede judicial. Ante la complejidad exponencial de los asuntos administrativos y el efecto democratizador de la justicia en España, no cabe otra solución que la de crear cauces de solución de conflictos alternativos al sistema judicial. En este sentido, se ha defendido que el arbitraje en las

relaciones jurídico-públicas no debe entenderse como la «alternativa» a la jurisdicción, porque será ésta, la contencioso-administrativa, la que seguirá llevando el peso del control de la legalidad administrativa. Pero existe un espacio en el que la técnica arbitral puede aligerar la sobrecarga administrativa, permitiendo —en consonancia con su carácter técnico— proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente (García Pérez, 2011: 22; Torno Mas, 1995: 16).

De este lado, son muchos los que piensan que el arbitraje en el seno del Derecho administrativo puede resolver disputas técnico-jurídicas como las que se refieren a la resolución de las controversias de los contratos que celebren las Administraciones Públicas con los particulares; en los actos de gestión y ejecución urbanísticas; en los convenios expropiatorios; en la cuantificación económica de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; o, por último, en la fijación de daños y perjuicios ante una conducta infractora reconocida por el infractor.

En esta línea, la generalización del arbitraje como solución de controversias se dirige a garantizar la protección de inversiones internacionales, ante la seguridad y estabilidad que perciben los «inversores extranjeros» en la existencia de reglas claras y simples, sobre todo en los procesos de *start-up* (contratación de suministros, construcción de edificios, alquileres, licencias administrativas, urbanísticas, comerciales, etc.), y de garantías laborales y propietarias, como explica Dorrego de Carlos (2013: 7). Como expone este autor, dicha seguridad es más necesaria, si cabe, en sectores monopolizados o en los que existe una fuerte intervención del Estado, y en materias de ámbito fiscal, donde se exige la presencia constante de principios como los de imparcialidad, transparencia, publicidad y rápida resolución de conflictos. En definitiva, se busca revestir a estas relaciones empresariales de una «seguridad estándar» de forma similar a cómo actúan en el ámbito internacional privado los tratados bilaterales y multilaterales en materia de protección de inversiones (TBI o APPRIS's) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Pese a la evolución que advertimos en la institución arbitral, tanto en el fondo como en la forma, se ha definido ilustrativamente la relación de este arbitraje con el Derecho administrativo como una duda «hamletiana» al intuir que el arbitraje es la vía que garantiza una pronta y segura solución de los conflictos, pero sin aceptar su admisión incondicional en materias que urgentemente lo demandan (Merino Merchán y Chillón Medina, 2014: 341). Sirva esta original cita para sintetizar una de las ideas fuerza que venimos sosteniendo: que el arbitraje es visto a día de hoy por el Derecho administrativo como una solución rodeada de escepticismo. Una solución potencial y condicionada pero, sobre todo, virtualmente aceptada.

6. BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.

BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi, 2001.
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Memoria anual 2014. Tercera Parte: Panorámica de la Justicia*, Madrid, 2014.
CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Cívitas, 2005.
— *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cuadernos Cívitas, 2010.
DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi, 1995.
DORREGO DE CARLOS, A.: «El arbitraje en los contratos públicos», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013, pp. 1-18.
ESCARTÍN ESCUDÉ, V.: «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.os 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 101-163.
FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.): «La nueva Ley de arbitraje», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 102, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
FERRET JACAS, J.: «Límites del arbitraje administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 35, 1999.
GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Pamplona), Thomson-Aranzadi, 2011.
GONZÁLEZ MONTES, J. J.: *La asistencia judicial al arbitraje*, Reus, Madrid, 2009.
GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.
HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
LÓPEZ MENUDO, F.: «Arbitraje y Derecho público», *Revista Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999, pp. 5-21.
LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de Derecho de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2002.
LOZANO CUTANDA, B.: «El nuevo «arbitraje» entre la Administración y sus entes instrumentales», *Diario La Ley*, n.os 7.715-7.716, 2011.
MARESCA CABOT, J. C.: «El arbitraje institucional en la Administración General del Estado», en Vázquez Albert, D. y Tusquets Trías de Bes, F. (dirs.), *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 305-322.
MEILÁN GIL, J. L.: «La actuación contractual de la Administración pública española. Una perspectiva histórica», *Revista de Administración Pública*, n.º 99, 1982, pp. 7 y 11.
MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de Derecho arbitral*, Cizur Menor (Pamplona), Thomson-Reuters, 2014.
MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2011.
MARTÍN-RETORTILLO, S.: «La institución contractual en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 29, 1959.
MESTRE DELGADO, J. F. (dir.): *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, La Ley, Madrid, 2.ª ed., 2010.
MONDÉJAR PEDREÑO, R.: *Mediación ambiental. Recursos y experiencias*, Dykinson, Madrid, 2014.
PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 20.ª ed., Open, Madrid, 2013.
PAREJO ALFONSO, L.: «Algunas reflexiones sobre el "arbitraje administrativo" a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1, 1999.
ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.
TORNO MÁS, J.: «El arbitraje en Derecho administrativo: posibilidad de esta figura», *Bulletí*, n.º 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona, 1995.
— «Medios complementarios para la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995.
TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «El arbitraje del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 143, 1997, pp. 75-106.
— Voz «Resolución extrajudicial de conflictos», en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2007.

PARTE QUINTA

MEDIACIÓN LABORAL

CONFLICTO LABORAL Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN. ASPECTOS JURÍDICOS Y PSICOLÓGICOS

CAPÍTULO XXVI

TEORÍA GENERAL DEL CONFLICTO LABORAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. EL CONFLICTO LABORAL. 1.1. *Las relaciones de poder asimétricas y el conflicto inherente a las relaciones de trabajo.* 1.2. *Configuración técnica del conflicto laboral. Clasificación funcional*. 1.2.1. Conflictos y controversias. Conflictos sociales y conflictos políticos. 1.2.2. Clasificaciones funcionales de los conflictos. *a*) En función de su naturaleza de los sujetos implicados: conflictos individuales, plurales, colectivos, generales. *b*) En función de la índole de la pretensión sobre la que versan: conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses. *c*) Conflictos laborales y no laborales (conflictos «políticos» extralaborales). 1.2.3. La dinámica general de las relaciones de conflicto. 1.2.4. La dinámica singular de los conflictos de trabajo: indeterminación en el calificativo de individuales o colectivos (relatividad de la distinción). 2. ORDENACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO: PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN HETERÓNOMOS Y AUTÓNOMOS. 2.1. *La composición (solución) de conflictos colectivos laborales sobre intereses: heteronomía y autonomía.* 2.2. *Aproximación al régimen jurídico general de los procedimientos de solución de conflictos colectivos*. 2.2.1. Principios generales en el ordenamiento: marco legal. 2.2.2. Autonomía colectiva y autotutela en el ámbito constitucional. 2.2.3. El sistema legal ordinario: un marco legal deficiente. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL CONFLICTO LABORAL

En una sociedad mínimamente compleja el fenómeno de conflicto será inherente e inevitable en su surgimiento. Se trata de sociedades fragmentadas y no homogéneas en su estructura social, y por tanto, presididas por permanentes situaciones de oposición, lucha y conflicto (latente o declarado). Esta constatación determina que la realidad del conflicto es connatural a las sociedades modernas, forma parte del desenvolvimiento vital de la sociedad, constituyendo un elemento dinamizador de la sociedad y no reconducible al ámbito restringido de la patología social. No es de extrañar que precisamente en el campo de las relaciones laborales se localice el conflicto entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas. En este ámbito fuertemente caracterizador de nuestras sociedades se produce una tensión dialéctica entre conflicto (lucha) y pacto (consenso/cooperación) como elemento inmanente a las formaciones sociales del capitalismo. De ahí que los conflictos y las controversias sean efectivamente inherentes a todo sistema de relaciones laborales. Desde el punto de vista de la política del Derecho se ha pretendido la institucionalización y la procedimentalización de los conflictos de trabajo exteriorizados a través de distintos cauces jurídicos e institucionales, todos ellos encaminados, de algún modo, a resolver (o prevenir) la conflictividad vinculada al mundo del trabajo. Esa institucionalización

y procedimentalización comporta su reconducción a un orden preconstituido o por constituir *ex novo* dentro de las vías ya previstas por el mismo ordenamiento jurídico. En general, y no sólo para el ordenamiento laboral, el Derecho es una gran maquinaria jurídico-institucional predispuesta para resolver conflictos social y políticamente relevantes para un determinado orden social. De ahí que donde no hay conflicto no hay derecho, porque sencillamente se hace innecesario.

1.1. Las relaciones de poder asimétricas y el conflicto inherente a las relaciones de trabajo

Es sabido que el trabajo objeto del Derecho del trabajo constituye un concepto cultural e históricamente datado. Se conecta con al proceso de industrialización que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y culmina, en el plano institucional, con el advenimiento del Estado Social de Derecho, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es en ese momento cuando el trabajo se convierte en el medio socializador dominante y en el factor central en el análisis de las sociedades humanas. El propio término «trabajo», como concepto genérico y abstracto de actividad humana indiferenciada es el resultado de una larga evolución semántica. Ni las lenguas clásicas, ni muchas lenguas europeas conocen un término correspondiente.

El trabajo constituye una relación social, producción primordial en nuestras sociedades, que ha conducido a considerarlo algo antropológicamente propio de la naturaleza humana. Es un elemento de integración y cohesión social que estructura las sociedades del capitalismo. La centralidad de que goza ahora el trabajo es el resultado de una larga historia en la cual el trabajo ha pasado por una multitud de transformaciones y posiciones opuestas en las sociedades correspondientes. Por otra parte, el trabajo necesario y productivo, como actividad transformadora de la naturaleza para la satisfacción de las necesidades humanas, es una constante en la historia de la humanidad. Y ésta es una de sus acepciones básicas. El trabajo es una acción realizada por seres humanos que supone un determinado gasto de energía, encaminado hacia algún fin material o inmaterial, conscientemente deseado y que tiene su origen y/o motivación en la insatisfacción, en la existencia de una privación o de una necesidad por parte de quien lo realiza. Lo que sucede es que no siempre ha existido un concepto de trabajo diferenciado de otras actividades (especialmente cuando se desarrolla en el marco más amplio de otras relaciones sociales dominantes), particularmente cuando no existía la distinción entre trabajo productivo y ocio.

Igualmente, el trabajo ha ido transformando al hombre como individuo y como *ser social.* El trabajo —forme o no parte de un intercambio económico— se desarrolla en un contexto social que actúa como reproducción material de la humanidad. El trabajo como actividad humana implica siempre la doble dimensión de la transformación o apropiación de la naturaleza y de la construcción de la propia realidad social y sintetiza los siguientes elementos: la finalidad de la acción social, la realización

misma de la actividad, el resultado/producto de la actividad, las interrelaciones de los trabajadores.

En la sociedad moderna, convertida en «sociedad del trabajo», el trabajo se ha convertido en una categoría antropológica, en la actividad central del ser humano en virtud de la cual controla la naturaleza, se relaciona con el entorno y los demás seres humanos, se integra en la sociedad, se autorrealiza y recibe el reconocimiento social. El trabajo, incluso en su forma dominante (el trabajo asalariado), es una realidad muy heterogénea que admite múltiples enfoques en su análisis (como sucede con las propias relaciones sociales que genera: las «relaciones laborales»). En este sentido, se habla de «dimensiones» del trabajo como realidad fenomenológica (hecho social y económico), pero también de divisiones o segmentaciones del trabajo, que reflejan las desigualdades que arrastra esta realidad.

Las «relaciones laborales» expresan un tipo de relación social de producción (cuyo objeto es el trabajo entendido como actividad o hacer conforme a un plan racional), reproducción y distribución surgida en el siglo XIX. En un plano más descriptivo o socioeconómico, la noción hace referencia a la suma de interacciones, formales o informales, entre tres sujetos o actores colectivos histórica y socialmente muy característicos, los trabajadores («clase trabajadora», con potencia social), los empresarios («clase empresarial» o, más ampliamente, «clase burguesa», con potencia social) y el Estado o poder público («poder constitucionalmente establecido», «poder constituido»), y que consisten en obligaciones, derechos y poderes contraídos entre ellos en torno a la prestación de una forma de trabajo (el trabajo asalariado). En un plano más institucional o jurídico, por relaciones laborales puede entenderse básicamente a una forma concreta de regulación y ordenación de la forma mercantil de actividad propia del trabajo asalariado y que comprende el conjunto —o sistema— de instituciones, normas y prácticas que estructuran las interacciones entre las personas asalariadas y los empresarios-empleadores, y de éstos con el Estado, en una amplia gama de ámbitos sociopolíticos y económicos.

La noción técnica de «relaciones laborales» también viene asociada a la de «organización del trabajo». Ello en la medida de que dichas relaciones se desarrollan en ámbitos organizativos del trabajo más o menos complejos. La actividad laboral se presta de modo organizado, aunque los paradigmas organizativos también cambian como consecuencia del progreso tecnológico y los avances en las técnicas de gestión. La organización presupone la existencia de un sistema social complejo, con cierta vocación de permanencia en el tiempo, donde la interacción de sus elementos integrantes se produce previamente a una delimitación de los poderes, competencias, responsabilidades, en el marco de una determinada regulación para su funcionamiento, y de cara a alcanzar unos objetivos determinados. La mayor parte de las relaciones laborales contemporáneas tienen lugar en empresas que desarrollan su actividad en el marco de una economía capitalista de mercado. Para las relaciones laborales, la empresa es un «actor» del sistema, además del ambiente principal en el que se desenvuelven las mismas (las «relaciones sociales de producción»).

Con todo, se comprende que las relaciones laborales se articulen, estructural y

funcionalmente, en torno a tres dimensiones básicas estrechamente interconectadas:

En primer lugar, como interacciones de intercambio económico que son, presuponen una *dimensión formal contractual*: la constitución de una relación formalizada a través de un contrato (predominantemente el contrato de trabajo, aunque otro tipo de contratos también pueden originar relaciones laborales). La aceptación del contractualismo supone el salto del «estatus» al «contrato», esto es, la relación de trabajo no deriva de la pertenencia a un estamento social determinado, sino que es un intercambio canalizado libremente a través de un contrato (aunque luego venga complementado por una fuerte dimensión estatutaria derivada del intervencionismo público y colectivo en las relaciones laborales).

Desde otra perspectiva, las relaciones laborales tienen también una *dimensión sociopolítica*, en la medida que constituyen relaciones de poder entre personas y colectivos con intereses contrapuestos, y con desigual poder socio-económico. El sistema económico capitalista se asienta en una dominación asentada sobre la propiedad de los medios de producción, y amplias capas sociales que no los poseen y deben «vender» su fuerza de trabajo para atender sus necesidades vitales. Sobre esta base se asientan las «relaciones sociales de producción» y distribución, se legitima el poder directivo, organizativo y disciplinario en la empresa. Y como corrección, se establecen derechos de organización y autonomía colectiva, así como de representación y participación en la empresa, conformando un sistema de contrapoderes colectivos a los de la empresa (o del empresariado).

Por último, las relaciones laborales presentan una *dimensión normativo-institucional*, pues constituyen una relación de ordenación social de una esfera de la vida social, a través de un sistema plural regulador (integrado por normas estatales y colectivas), y una institucionalización de los actores del sistema y sus modos de actuación.

En este marco social debe destacarse el carácter estructural del conflicto laboral, vinculado a las relaciones sociales de producción. El conflicto es «connatural» e «inherente» al modo de producción del capitalismo, en sus diversas mutaciones históricas. El fenómeno del conflicto no es algo «patológico» o anormal, pues la conflictividad forma parte indisociable de la trama de las relaciones sociales. La «civilización jurídicamente» organizada reside en institucionalizar y encauzar pacíficamente (por vía de Derecho) el conflicto, no en negar su existencia. De ahí la utopía impracticable de hacerlo desaparecer, bajo la persistencia de condiciones capitalistas de producción y organización social, o considerarlo como una anomalía social, cultural y jurídica. Las peculiaridades que hasta ahora han distinguido la dinámica de los conflictos laborales ha sido, y es por el momento, que en los diversos ordenamientos jurídicos de las sociedades industriales y democráticas, basadas por otra parte en un sistema complejo de libertades y de garantías sociales de igualdad (Estados sociales de Derecho), se hayan instaurado sistemas peculiares para la ordenación de los conflictos laborales. La raíz general de todo ese fenómeno está en el reconocimiento de la autonomía colectiva (ya estudiada antes) y, como consecuencia, el reconocimiento de fórmulas de autotutela colectiva, que se

entrecruzan y conviven con soluciones de autonomía individual y soluciones de heteronomía estatal.

En el ámbito de los conflictos colectivos, el ordenamiento jurídico reconoce el principio de autogobierno (autonomía-autotutela), como expresión del principio democrático en el campo de las relaciones laborales. Éste es un principio consolidado en los textos normativos internacionales, y consolidado en los ordenamientos del tipo mencionado. Y, en relación a ello, la existencia de poderes sociales que tienen capacidad («fuerza» social y jurídica) para resolver el conflicto laboral. De este modo, junto al reconocimiento de un «derecho de autocomposición» de los conflictos colectivos de intereses (principio de autocomposición que está íntimamente vinculado al principio de autonomía colectiva negocial). De esta forma, dentro del sistema normativo constitucional aparece como una pieza esencial el reconocimiento a los sujetos colectivos que representan y defienden los intereses de los trabajadores y de los empresarios de un poder autónomo para la autorregulación de sus intereses contrapuestos y para la autocomposición de los mismos. Junto a este poder autónomo, se garantiza también un principio (paralelo y complementario, pero no idéntico) de autotutela colectiva, mediante la configuración de la huelga (que es el principal instrumento o arma de «presión colectiva» de las fuerzas del trabajo) de los trabajadores como un derecho social fundamental que, al mismo tiempo, forma parte esencial de la libertad sindical. Con este derecho de autotutela el ordenamiento constitucional trata de restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual, y de esta forma, la huelga se configura como un derecho de autotutela colectiva que sirve de contrapeso, y que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia o *subordinación* jurídica establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas.

Por su parte, en el ámbito de los conflictos individuales de intereses, los ordenamientos jurídicos democráticos garantizan, en un plano estrictamente formal, el principio de autogobierno (autonomía individual), como expresión del principio de libertad de contratación en el campo de las relaciones individuales de trabajo, pero con el sometimiento imperativo *ex lege* a las normas de orden público laboral y a las emanadas de la autonomía colectiva negocial. El principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador refuerza el respeto a las normas de *ius cogens*, indispensables para garantizar el conjunto de derechos fundamentales (génericos y específicamente sociales del trabajador subordinado). El contrato de trabajo pertenece, pues, a la categoría de los contratos *normados* (heterorregulados o prefigurados en sus contenidos y dinámica contractual).

La profunda evolución de las relaciones de trabajo en que estamos viviendo en la coyuntura actual influirá sin duda en sucesivas transformaciones cualitativas de los esquemas institucionales actuales. Las relaciones de trabajo, como se indicó, son típicas relaciones de poder, que presuponen la interferencia de un conjunto de fuerzas operantes y una tupida red de intercambios en las esferas del mercado y de la política. De ello, como se verá después, da cuenta el concepto de «constitución del trabajo». Su sentido residía —y reside— en el establecimiento de una nueva constitución de la

condición de la clase trabajadora distinta a la liberal, con base a los derechos de la personalidad y a la agregación de los derechos económicos y sociales fundamentales. Un pilar fundamental de dicha constitución jurídica del trabajo es el conjunto de medidas dirigidas a limitar el dominio absoluto del empleador sobre las condiciones de trabajo y el gobierno de la empresa. Adviértase que la noción de «constitución del trabajo» implica una consideración esencialmente «política» de la relación laboral, del contrato de trabajo que la formaliza jurídicamente y de la subjetividad política del trabajo a través del reconocimiento jurídico-institucional de los sujetos colectivos (señaladamente, los sindicatos).

Las relaciones de trabajo comportan relaciones de intercambio patrimonial, de trabajo por salario, sobre una base eminentemente jurídico-contractual y encontrándose mediatizadas por la titularidad de la organización productiva. En esta relación social de tipo económico, el trabajador mantiene una relación asimétrica con el empleador traducible en términos de *poder*: poder directivo que se despliega sobre la persona que trabaja, y en el marco de esa relación contractual («contractualizada») ocupa la posición propia y específica de un contratante más débil. Se trata de una relación de poder, que el sistema jurídico, al mismo tiempo, legitima y limita. El Derecho no sólo ordena «funcionalmente» las relaciones de intercambio, sino que establece las «reglas de juego» entre los actores individuales (trabajador/empleador), colectivos (organizaciones profesionales, sindicatos y asociaciones empresariales, y poderes públicos (Estado y otros poderes públicos llamados a intervenir en las relaciones laborales).

Se puede comprender por ello que la realidad del hombre, de la que parte el Derecho del trabajo, es el hombre como ser de clase enmarcado en relaciones sociales mediatizadas por conflictos de poder. En este sentido, la empresa es organización del trabajo ajeno, donde se establecen relaciones de poder, las cuales determinan el sometimiento del trabajador a los poderes directivos y organizativos del empleador. Es aquí donde el conflicto se muestra inherente a las relaciones de trabajo en la empresa. El poder se incrusta en el sistema productivo, y la empresa aparece como el lugar de ejercicio de los poderes directivos y disciplinarios detentados «legítimamente» por el empleador en su condición de titular de la organización productiva y sujeto del contrato de trabajo.

Las condiciones impuestas por la subordinación del trabajador inciden sobre su propia persona, limitando los derechos genéricos o inespecíficos y sus derechos específicos como persona que trabaja. Esta «posición subordinada del trabajador» y el conflicto subyacente que le es inherente determina al tiempo la formación de una «constitución del trabajo» distinta de la constitución liberal: la constitución social del trabajo que al mismo tiempo legitima y formaliza la subordinación/poderes del empleador, y los somete a un sistema de límites constitucionales que eviten una completa mercantilización del trabajo y la privación completa de sus derechos fundamentales genéricos y específicos.

El *conflicto laboral es objeto de institucionalización* a través del Derecho del trabajo, atendiendo a una doble racionalidad en permanente tensión: social

(distributiva y de protección de la persona del trabajador) y económica (defensora de la producción y del interés empresarial). Pero el Derecho del trabajo no es sólo un «Derecho de intervención pública», es también un «Derecho de autonomía colectiva/sindical», sometida a la lógica de la acción colectiva, en la que intervienen las instituciones colectivas y las organizaciones sindicales a través de sus medios o instrumentos de poder colectivo, esto es, de autorregulación (negociación colectiva), de autodefensa/autotutela colectiva (huelga y otros procedimientos de presión colectiva; procedimientos de solución autónomos de conflictos colectivos) y de intervención colectiva en la dirección de la empresa («democracia industrial» y formas de participación en la gestión de la empresa).

Es sabido que un cambio cualitativo en el trabajo profesional se producirá con el surgimiento de la empresa moderna, de la producción industrial capitalista, en la que el trabajador no es propietario ni de las mercancías que produce ni de los medios de producción; ni tampoco controla la organización del trabajo en la empresa. A diferencia del sistema precedente de tipo mercantil simple, hay una neta separación entre trabajo y propiedad de productos y factores de producción. La división del trabajo que se hace prevalecer es de orden técnico. Esta división técnica del trabajo que afecta al trabajo asalariado del sistema capitalista se refiere al hecho de que cada trabajador realiza una parte del trabajo colectivo dentro del ámbito de una determinada actividad productiva, que es la que se desarrolla en la empresa. Su introducción supondrá un amplio desarrollo técnico y un incremento vertiginoso de la productividad del trabajo humano. Con la Revolución Industrial y la extensión del trabajo en «cadena» se generaliza una realidad social diferenciada: el trabajo profesional asalariado que jurídicamente es conceptualizado como trabajo por cuenta ajena: aquel en el que los «frutos» del trabajo (la utilidad patrimonial del trabajo) son atribuidos inicial y directamente (cesión anticipada) a persona distinta del propio trabajador que presta el servicio; frente al trabajo autónomo o por cuenta propia, los resultados útiles (o utilización patrimonial) del trabajo se atribuyen desde el mismo momento de su producción a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo. Se trata, pues, de relaciones sociales cuyo objeto es el trabajo, no el trabajo entendido en su acepción de «obra», «producto» o resultado final de la actividad productiva, sino en el sentido de «actividad» considerada en sí misma y no en su resultado materializado o final; aunque es claro que en todo caso la «actividad» objeto de la relación de trabajo se presta en vista de un rendimiento, pero el resultado de la actividad productiva no integra el objeto de la relación.

En gran parte, como consecuencia de la ajeneidad —con el corolario de la atribución de la titularidad inicial de los resultados del «trabajo realizado»— y del hecho de que el rendimiento del trabajo está en función de la adecuada organización de la actividad productiva (sin olvidar que el objeto de la relación es el trabajo y no sus resultados), es evidente que la satisfacción del interés económico del empleador consistirá en conseguir el mayor rendimiento posible del trabajador. Con lo cual, al mismo tiempo que se cede *ab initio* la titularidad de los frutos del trabajo, se atribuye también —en principio como hecho sociológico, después en virtud de un título

jurídico contractual— al ajeno el poder de organizar la actividad del trabajador; éste queda en situación jurídica de trabajador subordinado o dependiente respecto al ámbito de organización y dirección de otra persona que se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo y asume la facultad de disposición sobre las condiciones en que ha de ejecutarse la actividad laboral. Pero la dependencia no es una mera subordinación técnica del trabajador: encubre una verdadera relación jurídica de poder, pues comporta un poder de disposición sobre la persona del trabajador (correlativo de la situación de dependencia o su subordinación del trabajador); y esto mismo es lo que está en el trasfondo de la configuración de la subordinación como elemento calificador del contrato de trabajo y como presupuesto de acceso al sistema de garantías sociales conferido por el ordenamiento jurídico. De lo que se trata es de legitimar y limitar ese poder organizativo, jerárquico y disciplinario del empleador. La puesta a disposición del trabajador para trabajar bajo el poder directivo del empleador es inherente a modo de producción del capitalismo. Dato que permite comprender que *de iure* el poder del empleador es limitado por el del Derecho, pero *de facto* es un poder que tiene una base económica y organizativa de dominio que siempre tiende —como todo poder— hacia al dominio absoluto.

El contrato de trabajo presenta una causa compleja, porque es un contrato cambiario (intercambio de trabajo por retribución) y que presenta una función organizativa (sin la cual no se puede comprender correctamente la noción de subordinación o dependencia jurídica en el marco de una organización ajena). Las instituciones jurídicas del contrato de trabajo giran tanto en una como en otra dimensión interdependiente (dimensión cambiaria y dimensión organizativa). No obstante, la subordinación no permanece estática, sino en continua evolución derivada tanto de las formas de organización del trabajo en la organización empresarial como de las políticas jurídicas de tutela del trabajo profesional. De ello se infiere, por otra parte, que la juridificación de la relación laboral y del conflicto social subyacente tiene que ser igualmente dinámica precisamente para cumplir su función de integración y pacificación social. Y esta exigencia de respuesta y de reconfiguración permanente de la maquinaria analítica predispuesta para captar la realidad del trabajo y ordenarla jurídicamente se hace tanto más apremiante en el contexto de una sociedad postindustrial, que ha venido acompañada de nuevas tecnologías productivas y nuevas formas de producción y organización del trabajo ajeno. En estas exigencias evolutivas y de adaptación permanente a las mutaciones de los modos de producción se encuentra al debate sobre la extensión del Derecho del trabajo, por un lado, y por otro, de la extensión de tutelas a formas de trabajo autónomo pero dependiente económicamente o parasubordinado, precisamente por la existencia de un contratante más débil (el trabajador profesional autónomo, parte de un contrato de adhesión en sentido estricto) y el despliegue de poderes empresariales que comporta un sometimiento directivo, de control o de coordinación, con mayor o menor intensidad, a la persona del trabajador autónomo económicamente dependiente o parasubordinado. De nuevo, aparece en estas nuevas formas de trabajo autónomo el problema del poder en el marco de una relación jurídico-contractual de servicios

profesionales que involucra el poder de sujeto sobre la persona que trabaja; sometimiento que hay que legitimar y limitar para impedir la privación de los derechos fundamentales, generales y específicos del trabajador durante la vigencia y el desarrollo de la actividad profesional para otro. Es imaginable que el ordenamiento laboral continuará girando sobre el tipo de trabajo subordinado clásico; y que el problema será atender a las nuevas relaciones del trabajo profesional, bien a través de la extensión subjetiva de esta disciplina a otras tipos de trabajadores o bien por la vía ya explorada de extensión de las tutelas específicas a relaciones de trabajo profesional enmarcadas o encuadradas en una legislación extralaboral.

En un plano filosófico y político, la ajeneidad y la subordinación (o dependencia) implican un trabajo alienado en un mundo que conoce el dominio de la división del trabajo y la propiedad privada o titularidad de los medios de producción. En este sentido, Marx interpreta la división técnica del trabajo como alienación y no sólo como reparto funcional del trabajo orientado hacia la eficiencia. Para este pensador, «la enajenación del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en un objeto, en una existencia exterior, sino que existe fuera de él, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él; que la vida que ha prestado al objeto se le enfrenta como cosa hostil y extraña». El trabajo alienado se expresa en el acto de la producción misma. «Primero, en que el trabajo es externo al trabajador, es decir, no pertenece a su ser; en que en su trabajo el trabajador no se afirma, sino que se niega. Por eso el trabajador sólo se siente en sí fuera del trabajo, y en el trabajo fuera de sí... Su trabajo no es así voluntario, sino forzado; de ahí que no satisfaga la necesidad, sino que sólo es un medio para satisfacer las necesidades fuera del trabajo» (Marx, K., 1977). En realidad lo que sucede es que el trabajo humano, entendido como actividad conforme a un plan racional del que habla Jaspers, se ve disociado en su esencia humana en el marco de las estructuras económicas del capitalismo. El trabajo humano lleva *per se* a una actividad racional, de autorreflexión del hombre respecto del mundo exterior, esto es, la actividad desarrollada conforme a un plan. Desde esta perspectiva el trabajo es un «hacer conforme a un plan», un hacer con propósito y fin. El régimen del trabajo asalariado es en sí una realidad conflictual: la relación laboral está presidida por la contraposición de intereses entre los sujetos contratantes; un antagonismo social que es connatural a las formas de organización económica del capitalismo.

La ajeneidad es, pues, un fenómeno consistente en que quien realiza el trabajo o actividad productiva es un extraño tanto respecto a sus resultados como respecto a su organización. De manera que lo que verdaderamente califica el trabajo del hombre como intervención consciente y planeada en la naturaleza (hacer conforme a un plan) no corresponde al propio trabajador, sino a otra persona que se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo. Se plantea así un conflicto entre existencia actual y esencia del trabajo humano. Es claro que una situación sociológica como la descrita no puede sino llevar al antagonismo social, es decir, al conflicto entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas sociales con intereses colectivos contrapuestos. Superación estructural del conflicto que en el plano de la utopía sólo será posible cuando se

produzca una real apropiación de la esencia humana por el hombre y para el hombre. Bajo formas capitalistas de producción el hombre se aliena de las potencialidades intelectuales del proceso laboral (desintelectualización de proceso de producción) y del producto del trabajo.

Por lo demás, *la situación de dependencia del trabajador constituye típicamente una relación de poder entre particulares*: el empresario ostenta un poder (de naturaleza económnica y jurídica) de dirección y organización del trabajo ajeno. Esta relación de supremacía especial, cualificada como «subordinación», condiciona no sólo su autonomía «productiva», sino también su propia libertad de acción y concepción. Desde esta perspectiva, no cabe duda que quedan bien reflejadas las aporías de la «sumisión voluntaria» en el cuadro de la relación jurídica de trabajo y su formalización a través de esquemas contractualísticos de Derecho privado.

En una perspectiva estrictamente jurídica, el sentido de la ajeneidad propio del trabajo por cuenta ajena es el que se refiere a la adquisición inicial u originaria (adquisición originaria por contraposición a las adquisiciones derivativas —traslativas de derechos—) de la utilidad patrimonial del trabajo. Como se sabe, lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria de los frutos (en sentido amplio) del trabajo a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo, en que los frutos desde el momento mismo de su producción pertenecen a otra persona distinta del trabajador, nunca a éste. En la industria moderna (en el sistema capitalista) la apropiación del trabajo ajeno se realizará en virtud de un título jurídico contractual. Primeramente pudo ser la aplicación de los esquemas jurídicos propios del Derecho común, y en particular del arrendamiento de servicios; después la aplicación, a una realidad social diferenciada como es la de trabajar por cuenta y bajo dependencia de otro, de fórmulas jurídicas igualmente diferenciadas, pero con sujeción a un régimen específico: el contrato de trabajo. Sin embargo, existe una estrecha relación entre el mecanismo de la apropiación originaria del producto del trabajo ajeno y el papel del contrato de trabajo: a través del contrato de trabajo se constituye la relación de trabajo en la que entra en juego el valor de cambio de la fuerza de trabajo. Será ya en un segundo momento, separado, el momento del consumo del objeto de cambio, cuando va a funcionar el mecanismo expropiatorio. Éste aparece en la producción, donde se consume la fuerza de trabajo (inescindible de la persona que trabaja), «disponible» temporalmente por el empresario. Ahora bien, el valor de uso de la fuerza de trabajo no es sólo la contrapartida útil del valor de cambio, sino que el trabajo (consumo de la fuerza de trabajo) crea en su uso más valor que su inicial valor de cambio en el mercado. He aquí, pues, que el valor de uso del trabajo asalariado tiene la particularidad única en el mundo de las mercancías de ser fuente de nuevos valores de cambio. Estos se los atribuye el empresario. De modo que es en el terreno de la producción, y no en el de la circulación de mercancías, donde tiene lugar la apropiación del plusvalor o producto del trabajo ajeno.

En la perspectiva económico-jurídica el trabajo por cuenta ajena y subordinado es la formalización jurídica, y no una simple traducción jurídica (o reflejo jurídico), de las relaciones de producción capitalistas. Formalizadas jurídicamente estas relaciones,

a través de un recubrimiento contractual, el trabajador —bajo condiciones capitalistas de producción— deviene no sólo económica, sino también jurídicamente subordinado al capital en virtud del reconocimiento jurídico de principio de autoridad en la empresa. Efectivamente, la relación laboral y la organización del trabajo (organización del dominio) en la empresa envuelve una verdadera situación de poder que actúa sobre la misma persona del trabajador (la cual es inseparable de su propia fuerza de trabajo, porque el trabajador queda inevitablemente implicado en el proceso de transformación de la fuerza de trabajo en valor trabajo). Es así que el contrato de trabajo formaliza jurídicamente una relación de sometimiento del trabajador al poder del empresario, siendo la subordinación-autoridad uno de sus principios constitutivos. Pero es importante subrayar que el contrato de trabajo permite la inserción del trabajador en la empresa capitalista asentada en una organización autoritaria que se proyecta sobre el conjunto del personal. La diversificación del proceso integral de la producción en sus partes aisladas (la «división del trabajo») contribuye a legitimar y facilita el ejercicio del principio de autoridad en la empresa. De hecho, la organización capitalista del trabajo deriva no sólo de razones productivas, sino también de políticas de sometimiento del personal a la dirección de la empresa: la organización «política» de la empresa es totalitaria, mientras que el proceso político «exterior» es constitucionalmente democrático. En la empresa capitalista existe una *dominación del hombre* en el proceso de trabajo. El contrato de trabajo y la titularidad de los medios de producción permitirán al empresario organizar y dirigir el proceso de producción y asimismo ejercer un poder jerárquico sobre el personal inserto en la organización productiva.

Pero en el fondo «Derecho» y «economía» permanecen separados: en lo jurídico la relación de trabajo es sólo una relación de cambio entre retribución y fuerza de trabajo, con arreglo al *valor de cambio* de ésta (v. gr., arts. 1.1 y 8.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; ET). La adquisición de los frutos del trabajo ajeno se realiza en el ámbito de la producción, en el que se desenvuelve el *valor de uso* de la fuerza de trabajo. Dicha apropiación se efectúa por medios económicos y no directa y expresamente jurídicos. La sociedad civil y la sociedad política quedan formalmente separadas y el papel del Derecho es aportar el título contractual, libre y voluntario, el contrato de trabajo, que permite que entre en juego el mecanismo económico de la explotación del trabajador. En las formaciones sociales precapitalistas la subordinación social del trabajo se traducía siempre en un sometimiento jurídico del trabajador; con el nuevo sistema dicha subordinación social requiere de una equiparación jurídica (civil) entre trabajador y empleador, de un orden sinalagmático, de Derecho formalizado, fundado en categorías unitarias de las que no cabe derivar expresamente dicha expropiación; un sistema de Derecho sustancialmente no discriminatorio.

Cuando en el desarrollo histórico aparece un modo de producción basado en la acumulación y centralización de capitales, con una formulación político-ideológica propia —el liberalismo—, las relaciones sociales sufren un proceso de modificación.

Creándose con ello los presupuestos para el establecimiento de una nueva formación social, tras el advenimiento de la revolución burguesa que produce necesariamente una modificación radical del sistema de constitución de la sociedad, con el establecimiento político y jurídico del orden preciso para el arraigo, desenvolvimiento y generalización del régimen caracterizado por la prestación de trabajo asalariado, por la determinación sustancialmente mercantil del valor de la capacidad laboral aplicable a medios de producción ajenos al trabajador, valor con ello independiente del efectivamente producido en dicha aplicación. La revolución burguesa será, pues, una revolución al mismo tiempo social y político-jurídica; lo que podríamos llamar revolución «económica» acontece sobre todo con la Revolución Industrial, que actuó primordialmente en el ámbito de las fuerzas productivas sociales. Conviene hacer notar, no obstante, que la revolución burguesa adquiere siquiera reflejamente una significación o repercusión «económica», ya que, en cuanto que tal «revolución jurídica», entraña la misma modificación de las relaciones básicas de producción —del señorío al capital— y las derivadas de distribución.

Pues bien, en el plano jurídico, cuando las relaciones sociales que tienen como objeto la realización de un trabajo productivo por cuenta de otro y bajo su dependencia se generalizan como relaciones de capital, y pasan a un primer plano su importancia social y política (el conflicto de clases entre el proletariado y la burguesía), se origina la necesidad de una regulación jurídica específica, a través de una fórmula propia que será el contrato de trabajo —un contrato de cambio intervenido—, y aparecerán toda una serie de normas que van a regular y ordenar esas relaciones encauzadas jurídicamente en virtud del contrato de trabajo.

Un sistema económico basado en la propiedad privada de los factores de producción, en la separación entre trabajo y propiedad de dichos factores y en el reconocimiento de la personalidad y libertad de trabajo (nótese que se trata de un concepto de libertad «jurídica», sin atención, pues, a los condicionantes socioeconómicos de la contratación laboral) son los presupuestos objetivos y subjetivos fundamentales del trabajo por cuenta ajena como realidad social diferenciada, centro peculiar de imputación de las normas laborales. Importa reparar en el hecho de que el efecto conjugado de las revoluciones industrial y burguesa fue el máximo generalizado del trabajo asalario. El carácter dinámico del capitalismo, movido por el beneficio en condiciones de competencia permanente, determinará la generalización del *proceso de mercantilización* de la mano de obra. Siguiendo la trayectoria discursiva de Marx en *El Capital*, «para la transformación del dinero en capital, el propietario de dinero tiene que encontrar trabajadores *libres* en el mercado de mercancías; libres en un sentido doble: en el sentido de que, como *personas* libres, disponen de su fuerza de trabajo en la forma de una mercancía, y que, por otra parte, no tienen otras mercancías para vender; libres de todas las cosas necesarias para la realización de su fuerza de trabajo» [en el ámbito de la empresa se desarrolla una «relación de producción específicamente social e históricamente originada, que hace directamente del trabajador un medio útil del capital». El carácter de mercancía del trabajo (entendido aquí como fuerza de trabajo) bajo condiciones capitalistas de

producción es la causa de que el trabajador sea despojado de su «propiedad» más íntima (pues la fuerza de trabajo está unida orgánicamente a su persona y es inseparable de ella): el trabajo y los valores útiles que éste produce. «La propiedad —dirá Marx— aparece ahora, del lado de los capitalistas, como el derecho a apropiarse del trabajo ajeno no pagado o de su producto; en cuanto a los trabajadores aparece como la imposibilidad de apropiarse de su propio producto»].

1.2. Configuración técnica del conflicto laboral. Clasificación funcional

1.2.1. Conflictos y controversias. Conflictos sociales y conflictos políticos

La idea de conflicto, esto es, la contraposición entre distintos intereses de los individuos y de los grupos sociales está siempre presente en la realidad social y abarca distintos aspectos, como el económico, el político, el social o el cultural, y, como periférico a ellos, el ideológico en sus diversas vertientes. Si se acepta que «interés» es la apreciación subjetiva de una utilidad en función de las necesidades del sujeto, se ha de deducir que la satisfacción (consecución) de ese interés, por un individuo, una pluralidad de individuos o por una colectividad, supone normalmente la limitación, o la exclusión, de la satisfacción del mismo por otro sujeto o por otro grupo, pareciendo en suma una relación de conflicto. Como señala Carnelutti, entre el comprador y el vendedor, entre el ladrón y el despojado —o también entre arrendador y arrendatario, entre trabajador y patrono, los ejemplos son abundantes—, existe siempre una relación de conflicto, como consecuencia del interés de cada uno respecto de una cosa que constituye el objeto del contrato o del delito. Es una perspectiva, por así decir, de «economía del conflicto» (escasez, utilidad, interés sobre un recurso, cosa u objeto escaso y no generalizable…).

La existencia de conflictos, la situación de conflictividad, debe ser considerada como un *elemento normal y natural* en toda sociedad mínimamente consolidada. El conflicto como elemento dinamizador de la «sociedad organizada» democráticamente. El conflicto no es necesariamente una «anomalía» social o jurídica. La «civilización» (jurídica) reside en encauzar el conflicto, no en negarlo (negar su existencia).

Por eso la existencia del conflicto exige siempre su *composición* mediante el acuerdo, o mediante la intervención de un tercero ajeno, incluso mediante la violencia. La práctica de la fuerza para encauzar el conflicto está descartada en las sociedades civilizadas actuales. *La «civilización» jurídica (propia de una sociedad organizada) presupone una solución pacífica de los conflictos de intereses y en ella la solución violenta* es una amenaza que debe ser controlada y contra la que se debe reaccionar. En la realidad social, los conflictos de intereses aparecen normalmente resueltos, en muchos casos de manera espontánea, o se resuelven por la propia dinámica de las relaciones económicas. Cuando el conflicto de intereses no se compone a través de su dinámica normal en la realidad social, sale a la luz, emerge, se exterioriza y se convierte, así, en una *controversia*.

La *distinción entre conflicto y controversia* es la distinción entre conflicto «potencial» y conflicto «actual» (Francesco Carnelutti). La controversia es un conflicto «actualizado», implica una actuación de los sujetos de manifestación exterior de su voluntad (de la de cada uno) respecto al interés objeto del conflicto. El conflicto se exterioriza y, de esta forma, aparece la pretensión (la exigencia de que prepondere el interés propio) y la oposición a tal exigencia y es entonces cuando el conflicto de intereses se convierte en controversia.

En la actualidad, y desde su aparición y consolidación, es al Estado o poder público a quien corresponde la tarea de componer en su ámbito los conflictos de intereses (conflictos sociales de diversa índole). El Estado o poder público se caracteriza fundamentalmente, desde este punto de vista, por monopolizar (o intentar monopolizar) los criterios de ordenación de los procedimientos de solución de esos conflictos, función en la que encuentra las más diversas mediaciones (supraestatales e infraestatales). Como también, por otra parte, ejerce el monopolio de la violencia legítima en una formación social dada (Max Weber, Karl Marx, Nicolás Maquiavelo).

En realidad, y siempre desde este punto de vista dinámico, el Derecho (Derecho del Estado o poder público supranacional; también el «Derecho» extralegislativo o, mejor, de autorregulación privada) es un compendio de procedimientos para la composición de conflictos, bien por medio de «normas» (heteronomía) (una norma no es sino un «arquetipo» de solución de un conflicto de intereses); bien por medio del reconocimiento de la autonomía de las partes que protagonizan esos conflictos (autonomía privada, formas arquetípicas de autorregulación de los conflictos). La tarea de delimitar qué sea ámbito de la heteronomía y qué lo sea de la autonomía privada, es también algo que corresponde realizar al mismo Estado, en base a sus bases conceptuales o ideológicas (Estado intervencionista, Estado abstencionista). Igualmente, el Estado o poder público y su ordenamiento jurídico se encarga de garantizar siempre la regularidad y seguridad de las actuaciones de esa autonomía, bajo la cobertura —como mínimo, pero también de otros principios generales— del omnipresente *pacta sunt servanda*.

Como se ha dicho, en el conflicto de intereses siempre hay una *pretensión discutida*: la exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio y, cuando el conflicto sale al exterior como controversia, hay además una situación de oposición de voluntades. Es necesario, entonces, disponer los cauces necesarios para la resolución de la controversia, y a esto acude el Derecho. El Derecho tiene la función de ordenar (de «componer», porque los conflictos de intereses no se resuelven, sino que se componen) los conflictos de intereses presentes en la sociedad. Como decía Carnelutti, donde no hay conflicto de intereses no tiene función el Derecho, porque no es necesario; no existe un fenómeno jurídico en cuya raíz no haya huellas de tal conflicto. Pero cuando el Derecho entra a regular el conflicto, lo hace en el sentido de disponer los cauces necesarios para la resolución del mismo, para encauzarlo pacíficamente.

El sentido del conflicto, su razón de ser, su explicación no le corresponde propiamente al Derecho positivo (se tratará de un análisis económico, sociológico,

político, en definitiva no jurídico, aunque al orden constitucional le corresponde establecer —y lo hace— principios y valores fundamentales que atienden a ese «factor explicativo» y a sus modos de regulación de los conflictos; v. gr., cláusula del Estado social y democrático de Derecho y principio promocional del Derecho *ex* art. 9.2 del texto constitucional). Al Derecho le corresponde regular, componer, el conflicto, sea mediante el establecimiento de reglas o normas para restablecer el orden y la paz, sea mediante el establecimiento de cauces que favorezcan la solución autónoma del conflicto por los propios sujetos o colectivos interesados.

El estudio del conflicto (de las controversias) en el ámbito jurídico lleva así a estudiar el contenido de tales reglas o normas, estatales o pactadas (en un sentido material) y los mecanismos jurídicos de solución de los conflictos dispuestos en el ordenamiento jurídico (en un sentido procesal) (no en vano se ha dicho múltiples veces que el origen de todo Derecho está en el «Derecho procesal» entendido en sentido amplio —no como disciplina jurídica específica—, es decir, como Derecho ordenador de los conflictos social y políticamente relevantes para el ordenamiento jurídico). Desde esta perspectiva es innegable en el sentido procesal y jurídico-material el estudio técnico de los conflictos en el ámbito jurídico.

El estudio se centra en el análisis de la ordenación jurídica de las relaciones de conflicto laboral en su más amplio sentido: se tratará de ver cuáles son los *principios* en los que se basa dicha regulación y cuáles son los procedimientos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de esos conflictos (se trata, pues, de un tema de carácter fundamentalmente procesal, aunque la delimitación del proceso obliga a definir aspectos materiales del conflicto, por lo que, en definitiva, son dimensiones de un mismo fenómeno).

1.2.2. Clasificaciones funcionales de los conflictos

A efectos del estudio que se propone, resulta útil dedicar una breve reflexión introductoria sobre las posibles clasificaciones de los conflictos, en función de sus ulteriores tratamientos jurídicos. Las distintas categorías que funcionalmente se pueden encontrar dentro de la fenomenología de los conflictos determinan normalmente el modo y procedimiento dispuesto por el Derecho para su ordenación. Toda la tipología jurídica de los conflictos es instrumental —esto es, está al servicio — respecto al encauzamiento y los procedimientos de solución habitados al efecto por el ordenamiento jurídico.

a) En función de su naturaleza de los sujetos implicados: conflictos individuales, plurales, colectivos, generales

Los conflictos son *individuales* cuando se opone la pretensión (vinculada lingüísticamente a aspirar a conseguir algo) de un sujeto (persona física o persona jurídica) respecto de un interés de otro. En el ámbito laboral, el conflicto *individual* es el que opone a cada trabajador individual con su empresario.

Cuando existe una yuxtaposición de intereses individuales iguales, se está en

presencia de un conflicto *plural*; en el conflicto plural habrá una pluralidad de trabajadores afectados singularmente y de manera simultánea por la controversia con uno o varios empresarios en razón de intereses individuales yuxtapuestos.

Por el contrario, los conflictos *colectivos* son aquellos en los que el objeto controvertido es un interés colectivo. La diferencia con los conflictos individuales o plurales no es cuantitativa, por el número de sujetos afectados, sino cualitativa; sea cual sea el número de sujetos afectados (incluso uno solo en un momento determinado), el objeto de la controversia trasciende el interés estrictamente individual para afectar al interés de un grupo, una clase o una categoría (una serie de sujetos que tienen una misma apreciación subjetiva de un bien o de una utilidad en función de una misma situación o posición objetiva de la que participan). Se hace visible a través de la contraposición de intereses entre trabajadores y empresarios (o grupo de empresarios) y sus respectivas organizaciones de defensa colectiva.

Dentro de la tipología de los conflictos laborales, los conflictos colectivos de trabajo se caracterizan por que *versan precisamente sobre la contraposición de intereses colectivos derivados del trabajo.* Se parte, pues, de la idea de que el interés colectivo que sirve de sustrato de base del conflicto es aquel interés de un grupo —no meramente una pluralidad— de trabajadores hacia un bien o una serie de bienes aptos para satisfacer una necesidad común a todos los que lo integran. Exige, pues, la doble presencia interdependiente de un grupo de trabajadores que participan de un interés colectivo aglutinante o que el grupo —formal o informal— lo perciba como tal, toda vez que la noción o idea de interés colectivo no constituye una realidad ontológicamente apreciable. Ello requiere, de suyo, que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino para ellos en cuanto colectivo, y sean cualesquiera los trabajadores singulares comprendidos en él. El conflicto colectivo afecta a «un grupo de trabajadores considerado en su conjunto o en abstracto, pues el interés que en el mismo se hace valer no es el individual y concreto de cada trabajador ni tampoco la suma de los intereses de éstos, sino el interés general o colectivo de dicho grupo» (STC 92/1988, de 23 de mayo). Lo que caracteriza al proceso especial de conflicto colectivo —tan peculiar— es que, afectando la cuestión a un conjunto de trabajadores, se hace valer una pretensión genérica para todo el grupo (cfr. SSTS, u. d., de 18 de junio de 1992, 21 de enero de 1995 y 12 de julio de 2000). Por otra parte, debe existir un conflicto actual, donde se ventile un interés legítimo, actual, concreto, efectivo y controvertido (STS de 24 de febrero de 1992 y 7 de abril de 2000). Caracteriza al interés colectivo —sobre el que versa el conflicto colectivo— su indivisibilidad en el sentido de que la necesidad que le da origen puede ser satisfecha sólo colectivamente, aunque todo lo que satisface al grupo acaba por beneficiar a todos y cada uno de los miembros que lo integran. De ahí se puede inferir también la naturaleza iusprivada de su tutela jurídica, pues si el interés colectivo no lo es precisamente de toda la colectividad organizada, se trata de un interés privado. Siendo ello así, el principio en el cuadro del que se encuentra su tutela es un principio de Derecho privado.

En la práctica, la frontera entre conflictos individuales (o plurales) y colectivos es difusa, dada la interconexión entre «lo individual» y «lo colectivo» en el mundo del trabajo. Y no sólo se trata de un elemento objetivo en la distinción, sino también subjetivo, porque una contraposición de intereses aparentemente individual puede ser «percibida» como de carácter colectivo por el grupo u organización de los trabajadores, y entonces, al menos desde el punto de vista intersindical, será un conflicto colectivo y no exclusivamente individual.

b) En función de la índole de la pretensión sobre la que versan: conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses

También *desde el punto de vista funcional*, debe distinguirse entre conflictos sobre intereses y conflictos sobre derechos. Esta distinción lo que pretende es aclarar el modo de ordenar la solución del conflicto en cuestión. En los sistemas jurídicos de Derecho escrito —en todos— la función de ordenar conflictos de intereses corresponde al poder político —que crea las normas o decide qué será objeto y ámbito de la heteronomía—; mientras que la solución de conflictos sobre derechos se suele dejar como monopolio del poder judicial, en última instancia. Aunque existen otros procedimientos de solución de conflictos jurídicos por vía extrajudicial o autónoma (lo que tiene singularmente importancia en el Derecho del trabajo ante todo para los conflictos colectivos). La distinción que aquí se acepta no ignora por su parte que, en toda solución tanto de un conflicto de intereses como de derechos, permanece subyacente o una parte o todo el conflicto de interés básico; lo que pretende esta distinción no es ignorar eso, sino aclarar la base de los procedimientos de solución de cada uno de ellos.

— Los *conflictos sobre intereses* (llamados también, de modo impropio, «económicos») son aquellos en los que el conflicto se plantea en unos términos no contemplados en ninguna regla de Derecho previamente establecida. Versan, pues, sobre la contraposición de intereses en una materia que no ha encontrado una previa regulación, siendo necesario establecerla *ex novo* para resolver adecuadamente en vía de Derecho el conflicto en cuestión.

— En los *conflictos sobre derechos* existe una regla (una norma) de Derecho que previamente contempla la regulación del conflicto de interés en cuestión; de lo que se trata aquí es de establecer su recta interpretación y aplicación. En ellos la discrepancia entre las partes respecto de la aplicación o interpretación de dicha norma preexistente, cuya existencia y validez se dan por presupuestas, constituye la razón de ser del conflicto [cfr. arts. 25.*a*) RDLRT y 151.1 LJS]. De ahí que se les denomine también indiferenciadamente conflictos jurídicos. Estos conflictos jurídicos versan sobre la aplicación o interpretación de un derecho u obligación plasmada en una norma estatal, un convenio o pacto colectivo o un contrato individual de trabajo.

En suma, pues: el conflicto sobre derechos se basa en la realidad de un derecho preexistente (regla jurídica) y se limita en su operatividad por los criterios objetivos

que se derivan de ese mismo orden jurídico. En cambio, el conflicto sobre intereses, configurado por lo general también sobre un orden jurídico preexistente, prescinde de sus criterios objetivos y se dirige directa o indirectamente a modificarlos y sustituirlos por otros, o incluso a crearlos en el mismo momento de la resolución del conflicto, adaptados en todo caso al interés del que actúa la pretensión. En los conflictos sobre intereses no existe exactamente una solución predeterminada, por eso lo único que se puede pretender es su «composición» (es decir, la creación precisamente de una regla o norma).

Como se ha dicho, conviene insistir reafirmando que detrás de todo conflicto (colectivo laboral por lo que aquí respecta) —sobre derechos o sobre intereses— está presente un *interés*. Lo que ocurre es que diversamente el interés puede tener una solución jurídica preestablecida (pero sujeta a interpretación) o no tenerla todavía, pendiente de una solución o simplemente quedar abierto. Lo que de verdad separa ambos tipos de conflictos es el modo de operar en cada uno de ellos: el conflicto sobre derechos sí tiene una solución y lo que hay que hacer es «encontrarla», y ello se consigue en la norma que previamente ha «compuesto» un conflicto sobre intereses. Por ello, debajo de todo conflicto sobre derechos existe un conflicto de intereses ya compuesto (resuelto) y se tratará ahora de volver a actualizar la solución que en su momento se dio. Los conflictos sobre derechos son aptos para recibir una solución objetiva, que en realidad supone reactualizar la solución que en su momento se dio al conflicto de intereses; son aptos para la clásica decisión jurisdiccional. Se trata en suma de un silogismo jurídico problemático («jurisdicción» equivale a declarar cuál es el derecho aplicable o su correcta interpretación). En el de intereses, al no haber norma previa, no puede ser objeto de decisión; el objetivo es crear esa norma (en sentido amplio) que «componga los intereses enfrentados» (es por eso que a veces a los primeros se les denomina «litigios» y a los segundos «controversias»).

Sobre ambos tipos de conflictos pueden operar los procedimientos de solución extrajudiciales o autónomos (conciliación, mediación y arbitraje).

c) Conflictos laborales y no laborales (conflictos «políticos» extralaborales)

Atendiendo a su objeto, los conflictos pueden ser laborales o no laborales. Los conflictos *laborales* versan sobre cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, mientras que los conflictos *no laborales* o conflictos «*políticos*» *puros* se plantean con una «finalidad ajena al interés profesional —directo— de los trabajadores afectados» [art. 11.*a*) RDLRT]. Sin embargo, y aunque esta distinción es operativa y por tanto necesaria, como se verá más adelante, la frontera entre unos y otros es muy difícil de establecer en la dinámica de las relaciones de conflicto. Entre otras cosas, existen conflictos laborales de dimensión sociopolítica, que implican una contraposición de intereses colectivos generales de los trabajadores frente a los poderes públicos.

1.2.3. La dinámica general de las relaciones de conflicto

Como ya se ha aludido, los *conflictos sobre intereses* (tanto los individuales, como los colectivos e incluso los generales), en función de su relevancia o impacto sobre el orden social y político, dan lugar a su composición a través de la heteronomía por medio de la emanación de una norma jurídica, cuando el poder político aprecia que ese conflicto se repite y da lugar a fenómenos de desorden social (intervencionismo del Estado), o bien son dejados a la autonomía privada (contrato, acuerdo, etc.).

Los *conflictos sobre derechos* pueden ser conflictos, desde el punto de vista técnico-jurídico, individuales o plurales y están sometidos en su decisión al poder jurisdiccional del Estado. Aunque aparezcan también procedimientos de solución extrajudiciales, como la conciliación, la mediación o el arbitraje (procedimientos típicos para la resolución de los conflictos sobre intereses), la solución judicial siempre aparece como mecanismo final del conflicto, al menos en los ordenamientos democráticos modernos, y por supuesto en el nuestro. Los conflictos colectivos que se puedan plantear sobre derechos no registran particularidades en principio respecto de los individuales, ya que igualmente deberán estar sometidos a la decisión jurisdiccional. Su estructura funcional no se diferencia de los conflictos sobre derechos individuales, ya que, aun cuando el interés controvertido tenga un carácter colectivo, la decisión jurisdiccional tiene que individualizarse.

1.2.4. La dinámica singular de los conflictos de trabajo: indeterminación en el calificativo de individuales o colectivos (relatividad de la distinción)

En principio, el que los conflictos sean de trabajo o laborales (esto es, que versen sobre materias derivadas de la fijación de las condiciones de trabajo asalariado) no debería suponer singularidad alguna respecto de la dinámica antes expuesta. De hecho, ha habido momentos histórico-jurídicos en que así ha sucedido, y hay todavía (y seguramente habrá más) ordenamientos jurídico-positivos en que no se refleja esa singularidad, o no se percibe en las instituciones jurídicas, y no da lugar pues a tratamientos especializados. Hay que tener en cuenta la premisa de que sólo interesan —en el ámbito de lo jurídico— los conflictos social y políticamente relevantes para el Derecho.

Sin embargo, la experiencia demuestra que esos conflictos laborales tienen singularidades relevantes en su propia dinámica, que de hecho los ha singularizado a efectos de su ordenación jurídica. Muy brevemente resumidas, esas *singularidades* pueden esquematizarse en los siguientes términos.

Pese a la posibilidad de una delimitación teórica aceptable entre los distintos tipos de conflictos, la dinámica de los conflictos de trabajo presenta como característica fáctica una *indeterminación en el calificativo de los conflictos como individuales o colectivos.* Ya se ha dicho que el hecho de que en un conflicto aparezca una pluralidad de trabajadores no es condición suficiente para la aparición de un verdadero conflicto colectivo, sino que éste exige en todo caso que concurra un interés colectivo o de grupo. Pero, aún más, la práctica ofrece un abundante número de conflictos indeterminados, como en aquellos casos en que un trabajador o una pluralidad de trabajadores plantean frente a su empresario un conflicto individual que,

sin embargo, tiene una dimensión colectiva, por lo que estarán actuando en interés particular, pero también en interés del grupo (intereses individuales de relevancia sindical). Como mecanismo de delimitación en la práctica se pueden utilizar criterios más realistas, como el «*criterio de la asunción sindical*» *del conflicto,* de forma que se consideren colectivos aquellos conflictos, sea cual sea el número de trabajadores afectados y la naturaleza de los intereses controvertidos, que sean asumidos y gestionados por un sindicato u otro órgano de representación de los intereses de los trabajadores. Se produce, así, una dialéctica objetividad-subjetividad en la percepción u observación del fenómeno socio-jurídico.

Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, hay que señalar una evidente *movilidad de los conflictos jurídicos hacia los intereses.* Esto es: conflictos que en principio se presentan como individuales son plurales, y en última instancia abrigan dentro de sí conflictos colectivos sobre intereses. Este fenómeno ocurre por la regulación en masa de las condiciones de trabajo en un contexto de producción industrial (trabajadores clásicos de una fábrica, o de un sector de actividad productiva, por ejemplo). De modo que la ordenación jurídica de un conflicto laboral al final siempre, o casi siempre, desemboca manifiestamente en la necesidad de ordenar un conflicto colectivo de intereses (es el fenómeno que está en la base de la ya inusual, pero vigente, teoría del conflicto laboral permanente, en boga en los años setenta...). Ello aconseja, cuando no impone, al ordenamiento preparar mecanismos peculiares al efecto (obsérvese que una de las consecuencias de la «individualización» de las relaciones jurídico-laborales es precisamente volver a la neta distinción entre categorías «ortodoxas» de conflicto).

En el fondo existe una dificultad extrema para el ordenamiento jurídico de captar «lo colectivo» como distinto a «lo individual» o a «lo plural»; entre otras cosas, porque sus parámetros y técnicas operativas se han construido tradicionalmente sobre bases principalmente individualistas.

Por otra parte, existe otra dificultad en la dinámica de las relaciones de trabajo consistente en la delimitación entre *conflictos laborales y conflictos políticos.* Pese a la distinción teórica señalada más arriba, la implicación de lo laboral con lo político es cada vez mayor, la presencia de los poderes públicos en el ámbito de las relaciones de trabajo, la centralidad de las relaciones de producción y del mercado de trabajo en el ámbito económico-político, la amplitud con que constitucionalmente se han reconocido los intereses de los trabajadores (art. 7 CE en relación con el art. 131 CE), etcétera; todo ello determina que la línea divisoria entre lo laboral y lo extralaboral o político sea cada vez más débil (ello se pone de manifiesto, como se verá más adelante, en la legalidad de las huelgas generales contra determinadas medidas legislativas —que son típicamente huelgas «sociopolíticas»—, por ejemplo).

2. ORDENACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO: PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN HETERÓNOMOS Y AUTÓNOMOS

La consecuencia de esas evidentes peculiaridades que hasta ahora han distinguido la dinámica de los conflictos laborales ha sido, y es por el momento, que en los diversos ordenamientos de las sociedades industriales y democráticas, basadas por otra parte en un sistema complejo de libertades y de garantías sociales de igualdad (Estados sociales de Derecho), se hayan instaurado sistemas peculiares para la ordenación de los conflictos laborales. De nuevo se ha de realzar el carácter estructural de los conflictos laborales, en la medida en que se vinculan estrechamente a las relaciones sociales de producción del modo económico actualmente dominante. Y ello exigirá siempre de poderes sociales que tengan capacidad para resolver la conflictividad laboral que se exteriorice en cada momento.

La raíz general de todo ese fenómeno está en el reconocimiento de la autonomía colectiva (que se estudiará después en otra sesión de trabajo) y, como consecuencia (aunque tiene una vida jurídica más allá de ella), el reconocimiento de fórmulas de autotutela colectiva, que se entrecruzan y conviven con soluciones de autonomía individual y soluciones de heteronomía estatal. Pero es una utopía el pretender hacerlo desaparecer, o considerarlo como una anomalía social, cultural y jurídica.

En el ámbito de los *conflictos individuales*, el ordenamiento jurídico garantiza el principio de autogobierno (autonomía individual), como expresión del principio de libertad de contratación en el campo de las relaciones individuales de trabajo, pero con el sometimiento imperativo *ex lege* a las normas de orden público laboral y las emanadas de la autonomía colectiva negocial. La forma o categoría del contrato es un instrumento de autorreglamentación de intereses contrapuestos. Ahora bien, desde el punto de vista de las relaciones laborales, cabe puntualizar que los eventuales conflictos individuales de intereses acaban resolviéndose mediante el reclamo del contratante más fuerte frente al más débil en posición de subordinación jurídica. De ahí que, en este plano, el contrato de trabajo sea configurable típicamente como un «contrato de adhesión» a las extranormativas (fuera, pues, del orden público laboral) fijadas unilateralmente por el empleador.

En el *ámbito de los conflictos colectivos*, el ordenamiento jurídico reconoce el principio de autogobierno (autonomía-autotutela), como expresión del principio democrático en el campo de las relaciones laborales. Éste es un principio consolidado en los textos normativos internacionales, y consolidado en los ordenamientos del tipo mencionado.

La profunda evolución de las relaciones de trabajo en que estamos viviendo influirá sin duda en transformaciones de los esquemas institucionales actuales. En ese sentido, y en nuestro ordenamiento jurídico actual, *la Constitución garantiza los grandes principios de singularidad* ya mencionados en el orden laboral. Respecto de los conflictos sobre intereses, la heteronomía del Estado interviene y respeta sectores de autonomía individual, garantizando, de modo bastante más contundente que en ordenamientos homólogos, la autonomía y autotutela colectivas, el derecho a la huelga de los trabajadores como medida de acción directa para presionar con la finalidad de defender los intereses colectivos que le son propios (art. 28.2 CE) y el derecho a la solución autónoma de los conflictos colectivos (art. 37.1.º y 2.º CE).

En nuestro Derecho está proscrito el arbitraje obligatorio, esto es, la solución heteronómica de los conflictos por el Ejecutivo. Sólo es admisible como excepción cuando se produzca una contradicción insalvable entre el conflicto abierto y la tutela de intereses generales o derechos fundamentales del conjunto de los ciudadanos.

Por su parte, los conflictos laborales sobre derechos se resuelven por la vía judicial, que instaura un orden jurisdiccional especializado, a cuyo servicio se pone un procedimiento (procedimiento laboral, en la Ley de Jurisdicción Social correspondiente), que registra la existencia de un proceso especial y muy singular para conflictos colectivos. Progresivamente se han abierto camino procedimientos autónomos de solución extrajudicial, que de prosperar relegan, aunque nunca suprimen ni pueden sustituir, la vía pública de la función judicial.

2.1. La composición (solución) de conflictos colectivos laborales sobre intereses: heteronomía y autonomía

Ya se ha dicho antes, y es útil subrayarlo aquí, que la composición (solución) de conflictos colectivos laborales sobre intereses se puede conseguir por dos vías: la «heteronomía» (los poderes públicos en uso legítimo de su poder) impone un criterio de composición, que es ni más ni menos que una norma jurídica —cuando el conflicto en cuestión sea en realidad la manifestación concreta de algo más general, o típico— o un acto normativo restringido por parte de esos mismos poderes —en cuyo caso se trataría de un «arbitraje obligatorio»—. La otra vía es la «autonomía», es decir, la composición del conflicto mediante acuerdo de las partes implicadas. La elección entre una u otra vía es opción del sistema jurídico en que el conflicto se produzca, a favor de un mayor o menor grado de intervencionismo público. Pero también los procedimientos autónomos de solución extrajudicial.

En los sistemas democráticos y sociales modernos, el procedimiento típico por antonomasia es, sin duda, el acuerdo colectivo, como resultado de una negociación colectiva previa, en la línea garantizada en el artículo 37.1 CE (el recurso, como regla generalizada y salvo situaciones excepcionales, al arbitraje obligatorio para la composición de estos conflictos de intereses colectivos está prohibido por los textos internacionales, OIT, Carta Social Europea, Carta Comunitaria, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, salvo casos excepcionales, en donde esté potencialmente implicado el interés general).

Sin embargo, la «solución negociada» puede exigir la utilización de ciertos procedimientos que faciliten el acuerdo (conciliación y mediación) o lo sustituyan (arbitraje voluntario); y antes o después del fracaso de aquélla, puede concurrir la utilización de procedimientos de presión paralelos, con la funcionalidad ya indicada. La negociación colectiva se estudiará en el capítulo correspondiente de este tratado donde se estudia con carácter monográfico a desarrollar en próximas sesiones. Corresponde ahora estudiar los otros procedimientos de solución jurídica, y, después, los procedimientos de presión.

2.2. Aproximación al régimen jurídico general de los procedimientos de solución de conflictos colectivos

2.2.1. Principios generales en el ordenamiento: marco legal

En el ordenamiento jurídico español los procedimientos de solución de conflictos colectivos se ordenan en base a los principios de autonomía colectiva y de autotutela. Se trata, pues, ahora de ver cómo se configuran estos principios en el ámbito constitucional y cuál es el sistema legal ordinario (una descripción crítica), para seguidamente estudiar el régimen jurídico de estos procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo.

2.2.2. Autonomía colectiva y autotutela en el ámbito constitucional

No sin cierta ambigüedad y con bastante dosis de equivocidad e imprecisión técnico-jurídica, el artículo 37.2.º CE (en relación con su apartado 1.º) garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores y empresarios para resolver los conflictos colectivos que les afecten («Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad»). (En el *Diario de Sesiones del Senado* se puede leer cómo, en la elaboración de este artículo —como fruto pintoresco donde los haya del «consenso» constitucional— se puso de manifiesto esa equivocidad, cuando un grupo parlamentario en el Senado votó a favor del artículo «porque en él se incluía el cierre patronal», y otro grupo parlamentario votó también a favor «porque no incluía la constitucionalización del cierre patronal».)

Se reconoce así un *derecho de autocomposición de los conflictos colectivos de intereses*. Es doctrina del TC que «el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se encuentra sin duda el propio planteamiento formal del conflicto, aparece reconocido en el artículo 37.2 CE (STC 74/1982). Al amparo de este precepto constitucional (art. 37.2 CE) pueden tener, pues, acogida el procedimiento de conflicto colectivo y, más propiamente, los procedimientos autónomos de solución extrajudicial regulados en los acuerdos interprofesionales estatales y de comunidad autónoma y los convenios colectivos tanto marco como de carácter ordinario.

Este *principio de autocomposición* de los conflictos colectivos de intereses está íntimamente vinculado al principio de autonomía colectiva que se reconoce en el apartado 1.º del mismo artículo 37 CE. De esta forma, dentro del sistema normativo constitucional aparece como una pieza esencial el reconocimiento a los sujetos colectivos que representan y defienden los intereses de los trabajadores y de los empresarios de un poder autónomo para la autorregulación de sus intereses contrapuestos y para la autocomposición de los mismos. Junto a este poder autónomo, el artículo 28.2 CE reconoce también un principio (paralelo y complementario, pero

no idéntico) de autotutela colectiva (instituciones y procedimientos de «presión» colectiva o sindical), mediante la configuración de la huelga de los trabajadores como un derecho fundamental que, al mismo tiempo, forma parte esencial de la libertad sindical. Con este derecho de autotutela el ordenamiento constitucional «trata de restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual», y de esta forma la huelga se configura como un «contrapeso, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas» (STC 11/1981, de 8 de abril).

El artículo 37.2 CE garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores y empresarios que pueden adoptar medidas de conflicto colectivo. Ello permite amparar los procedimientos de *solución* extrajudicial autónoma de conflictos colectivos laborales. El sistema jurídico y la experiencia jurídica conoce de distintos instrumentos de solución autónoma extrajudicial (y pacífica) de tales conflictos laborales (aunque desde el punto de vista de la técnica jurídica estas instituciones pueden ser utilizadas —con sometimiento a otros conjuntos normativos— para otros tipos de conflictos extralaborales):

— La conciliación es un procedimiento de solución extrajudicial autónoma de conflictos laborales. El conciliador o conciliadores, previa la obtención de la información pertinente que considere precisa para su función, se limitará a buscar la avenencia y aproximación de posturas entre las partes en situación de conflicto. Se trata de ayudar a las partes a comunicarse y a clarificar sus respectivos puntos de vista, pero son las propias partes las que asumen el poder para resolver el conflicto. El tercero interviene con facultades no dirimentes. En la práctica jurídica es una *modalidad del procedimiento de negociación* (y, por tanto, una técnica al servicio del proceso negociador), en el que las partes tratan de conciliar sus diferencias. Un tercero, que actúa como intermediario (independiente de las dos partes) que reúne a las partes e intenta conseguir que éstas lleguen a un punto en que puedan alcanzar un acuerdo.

— La mediación es un procedimiento de solución extrajudicial autónoma de conflictos laborales. El mediador o mediadores, previa la obtención de la información que considere necesaria para llevar a cabo su función, intentará el acuerdo de las partes, moderando el debate y concediendo a las partes cuantas intervenciones considere oportunas. Es un tercero independiente que ayuda a las partes en conflicto. No se limita a propiciar el diálogo entre las partes sociales. En la mediación el tercero imparcial está más activamente implicado que en la conciliación, pudiendo sugerir propuestas y métodos para la resolución real del problema o problemas suscitados, de manera que se puede encontrar una solución aceptable por las propias partes. Hasta tal punto es así, que la mediación equivale a una negociación asistida técnicamente. A diferencia del conciliador —en sentido estricto—, el mediador podrá formular propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir la propuesta de sometimiento voluntario de las discrepancias a arbitraje (arbitraje de sometimiento voluntario o libre). Las partes implicadas podrán aceptar o rechazar libremente y de

manera expresa las propuestas formuladas en el procedimiento de mediación. En definitiva, la mediación supone la intervención de un tercero (conjuntado en singular o en plural: mediador o mediadores) dotado de facultades propositivas pero en ningún caso con poderes dirimentes para resolver el conflicto. Supone, pues, la intervención de un tercero, competente e imparcial, en una controversia, con la finalidad de ayudar a las partes a resolver sus diferencias y a mejorar sus relaciones en el futuro, creando un clima de diálogo y de relaciones comunicativas. El objetivo de la mediación en la gestión de las controversias estriba en ayudar a las partes a crear soluciones adaptadas a sus necesidades y mutuamente aceptables; colabora con las partes para crear soluciones a las controversias, procurando que alcancen un acuerdo consensuado a través de la mejora de la comunicación y de sus relaciones en una perspectiva tanto de presente como de futuro. Genera una dinámica de solución de los problemas mediante el consenso, por lo que la mediación puede asumir una función preventiva de las situaciones conflictivas.

En el procedimiento de mediación las partes mantienen un control permanente respecto a los resultados, porque ostentan la soberanía de la decisión sobre el conflicto y son las responsables del acuerdo o del desacuerdo. Ello es coherente con la configuración de la mediación como una negociación asistida por un tercero imparcial y competente. La mediación implica lo que llamaría Habermas una «acción comunicativa» que no impone una solución a la controversia («propone pero no decide»). Eso sí, es uno de sus cometidos dirigir y controlar el proceso de negociación en el cual se inserta la mediación, aunque el resultado es controlado por las partes en conflicto; es voluntario, rápido y no priva a las partes de su libertad para establecer las soluciones que estimen más conformes a sus intereses. Dadas las muchas ventajas de la mediación, se explica el impulso que se ha venido produciendo en los últimos años con las sucesivas reformas laborales (sea en el marco de la negociación colectiva, sea en los procesos de gestión de las reestructuraciones empresariales y en la misma lógica interna de los procedimientos judiciales, como se aprecia en la LJS…).

La mediación presenta la ventaja de su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con nitidez. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

— El arbitraje es un procedimiento de solución extrajudicial autónoma de conflictos laborales. El árbitro o árbitros es un tercero imparcial que, previa obtención de la información que considere oportuna y las alegaciones formuladas por las partes en el trámite de audiencia pertinente, asume la función de resolver el conflicto o controversia planteada, y su decisión (laudo) es de obligado cumplimiento. El arbitraje (de sometimiento normalmente voluntario y excepcionalmente obligatorio) es por definición un procedimiento dirimente, que presupone que las partes

implicadas tienen que cumplir con el laudo arbitral, porque perdieron su soberanía o autonomía para resolver la controversia por sus propios medios. Es obvio que sin perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). El arbitraje es un procedimiento —siempre más formalizado que los dos anteriores— de litigios en el que un tercero independiente considera las alegaciones de las partes y adopta una decisión jurídicamente vinculante para las partes en el litigio. Ostenta poderes de decisión jurídica de la controversia planteada, poniendo fin al conflicto. El arbitraje puede ser: forzoso (cuando el orden normativo exige la solución de los litigios por un tercero), obligatorio (arbitraje resultante del acuerdo voluntario de las partes en un convenio o pacto colectivo para someter a la decisión de un tercero los litigios posteriores relacionados con el convenio) y facultativo (petición mutua de los trabajadores y la dirección de la empresa, o de sus respectivas organizaciones profesionales, para que se someta a arbitraje un asunto en el que no están de acuerdo, esto es, un conflicto o controversia).

En la situación normal: mediante el procedimiento de arbitraje, las partes acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero y aceptar de antemano la solución que éste dicte sobre el conflicto suscitado. Ello requerirá la manifestación expresa de voluntad de las partes del conflicto de someterse a la decisión imparcial de un árbitro o árbitros, que tendrá carácter de obligatorio cumplimiento (por ejemplo, art. 18 del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, de 7 de febrero de 2012; ASAC).

Reténgase, nuevamente, que estas formas de solución extrajudicial autónoma de conflictos colectivos de trabajo tienen su apoyo en la Constitución y corresponde a los poderes públicos el fomento de su regulación a través del poder de autodeterminación de los grupos organizados en el mundo del trabajo. El texto constitucional pretende garantizar un espacio autónomo para la composición de controversias colectivas de trabajo (expresión de esa regulación autónoma es el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, que con amparo en el art. 37.2 CE establece formas de solución extrajudicial o autónoma de conflictos como instrumentos alternativos al proceso judicial: el ASAC «tiene por objeto el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas»; art. 1). Por razones diversas, en los sistemas evolucionados de relaciones laborales existe una creciente tendencia a favor de profundizar en los procedimientos autónomos para la solución tanto de los conflictos individuales como colectivos. En este sentido, se han potenciado los cauces de solución extrajudicial de conflictos laborales, tratando de proveer a la necesaria «desjudicialización» de la solución de los conflictos jurídicos, a la «desadministrativización» de los conflictos de intereses y la sustitución en ambos casos por medios de composición autónomos; y, en fin, se ha tratado de evitar en lo posible el recurso inmediato a las medidas de acción directa como la huelga, en una «economía de sacrificios» patrimoniales que está presente para ambas partes en situación de conflicto. El legislador ha estimulado los cauces procedimentales

encaminados a evitar el acceso a la jurisdicción, pero dejando siempre a salvo la eventual intervención de jueces y tribunales, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 217/1991). En este sentido, cabe situar las referencias contenidas en los artículos 85 y 91 ET, que permiten que los convenios marco o acuerdos interprofesionales sobre materias concretas instauren procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos jurídicos.

De ahí que sea llamativo que, a diferencia de lo que ocurre en la mediación en controversias civiles y mercantiles [señaladamente, Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual, por cierto, excluye *ex* art. 2.2.*c*) expresamente de su ámbito de aplicación la «mediación laboral»], no se disponga ni sea estrictamente necesaria una ley reguladora específica de los procedimientos de solución extrajudicial autónoma en controversias laborales.

Conciliadores, mediadores y árbitros tienen que conocer las técnicas —tanto jurídicas como propiamente institucionales— relacionadas con la gestión del conflicto, la negociación y la dinámica de los grupos.

2.2.3. El sistema legal ordinario: un marco legal deficiente

El desarrollo del artículo 28.2 CE exige una ley orgánica que, pese a algunos intentos, aún no ha sido regulada. Por su parte, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, recogido en el artículo 37.2 CE, puede ser objeto de regulación mediante una ley ordinaria. Su desarrollo se planteó inicialmente en un previsto Título IV contenido en el Proyecto de Ley de Estatuto de los Trabajadores que fue finalmente aprobado sin el mismo en 1980. El hecho de que este Título fuese retirado del Estatuto y de la dificultad para la aprobación de una Ley Orgánica de Huelga hizo que la regulación de los conflictos colectivos de trabajo siguiera regulándose a través de una norma preconstitucional, el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT) (cuya aplicación tras la Constitución Española se había venido llevando a cabo imperturbablemente por el poder judicial). Sin embargo, esta norma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, pronunciándose al respecto el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, que mantuvo la vigencia del RD-Ley 17/1977, si bien declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos y fijó la interpretación constitucionalmente adecuada respecto a la regulación del derecho de huelga, del cierre patronal y de los mecanismos de solución de conflictos colectivos.

La supervivencia del RD-Ley 17/1977 planteó importantes consecuencias jurídicas que han tenido que ir siendo matizadas a través de la importante jurisprudencia constitucional que se ha producido sobre estas materias.

En efecto, el RD-Ley 17/1977 es una norma que encuentra su sentido en un ordenamiento jurídico —el preconstitucional— presidido por el principio de heteronomía estatal en orden a la regulación de las relaciones laborales, y ello condiciona la propia naturaleza de las instituciones que en él se regulan. Por el contrario, a partir de la CE de 1978 se define un sistema de relaciones de trabajo basado, como se ha visto, en la autonomía colectiva y la autotutela colectiva, dando

lugar por tanto a un ordenamiento jurídico radicalmente distinto al anterior.

Ha sido, pues, el TC quien ha tenido que ir limando las consecuencias jurídicas de este híbrido, declarando la inconstitucionalidad de determinadas limitaciones establecidas en el RDLRT y sobre todo mediante la labor interpretativa de esta norma. Ciertamente, la Sentencia 11/1981 mantiene ciertas incongruencias como consecuencia de lo avanzado en muchos casos de los principios sentados por el TC (en los fundamentos jurídicos de la sentencia) frente a la prudencia de las conclusiones que se establecieron en el fallo de la misma. No obstante, esta labor interpretativa del TC se ha ido depurando y completando a través de otras sentencias posteriores, dictadas en recurso de amparo o en conflictos de competencia.

A partir de lo expuesto tiene que atenderse a una distinción básica entre procedimientos de «presión colectiva» (huelga, cierre patronal…) y procedimientos de «solución» colectiva (negociación colectiva, procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales…). Los primeros concurren en las controversias colectivas y persiguen, básicamente, cambiar la correlación de fuerzas mejorando las condiciones de poder de las partes que lo actúan en orden a una ulterior resolución del conflicto en el sentido más favorable a sus pretensiones. Los segundos persiguen la solución jurídica de la controversia colectiva planteada estableciendo una norma o regla de derecho resolutoria *ad hoc*, sea directamente por los sujetos implicados, o sea a través de la intervención de un tercero con facultades dirimentes (arbitraje) o no dirimentes (conciliación y mediación, y frecuentemente la combinación de ambas «absorbida» por una más intensa actividad mediadora). Pero de todo ello se ocuparán más específica y detenidamente los capítulos que siguen a continuación.

3. BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, W.: *Historia social del movimiento obrero europeo*, Estela, Barcelona, 1970.

ALARCÓN CARACUEL, M.: «La ajeneidad en el mercado: Un criterio definitivo del contrato de trabajo», en *REDT*, n.º 28 (1986).

ALFONSO MELLADO, C. L.: *Procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

— «Solución extrajudicial de conflictos laborales: experiencias y situación actual», en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 3, 2003.

AGLIETTA, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

ALBERT, M.: *Capitalismo contra capitalismo*, Paidós, Barcelona, 1992.

ALEMÁN PÁEZ, F.: «Configuración de los medios extrajudiciales de composición de conflictos colectivos en la negociación colectiva más reciente», en *Relaciones Laborales*, 1993-II.

ALONSO, E.: *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999.

ALTVATER, E.: *El fin del capitalismo tal como lo conocemos*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2012.

BAGLIONI, G. y CROUCH, C.: *Las relaciones laborales en Europa*, MTSS, Madrid, 1991.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.ª edición revisada, renovada y ampliada, al cuidado de M.ª E. Casas Baamonde y E. Alonso García, Cívitas, Madrid, 2013.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Comares, Granada, 2006.

— *La mayor representatividad sindical*, Universidad de León-Secretaría de Publicaciones, León, 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2.ª ed., 2014.

ANTETAS COLLDERRAM, J. M.: «Sindicalismo y movimiento antiglobalización: distancias y divergencia», en *La red en conflicto. Anuario de movimientos sociales 2007,* Ibarra, P. y Grau, E. (coords.), Icaria, Barcelona, 2007.
— «Los sindicatos ante la globalización. ¿Hacia qué nuevas formas de solidaridad internacional?», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, n.º 1 (2008).
BALLESTER PASTOR, A.: *El arbitraje laboral*, MTSS, Madrid, 1993.
BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 11.ª reimpresión, Buenos Aires/México D. F., 2009.
— *Modernidad y ambivalencia*, Anthropos, Barcelona, 2005.
BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo. Modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
— *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.
— «Espacio supranacional del ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción (A propósito de recientes decisiones del Tribunal de Justicia Europeo)», en *Revista de Derecho Social*, n.º 41 (2008).
— *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012.
— «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», en *Revista de Derecho Social*, n.º 2 (1998).
BERGER, S. (comp.): *La organización de los grupos de interés*, MTAS, Madrid, 1988.
BELL, D.: *El fin de las ideologías*, MTSS, Madrid, 1999.
BELLARDI, L.: *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Cacucci Editore, Bari, 1999.
BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
BOLTANSKI, L. y CHIAPELLO, E.: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, Madrid, 2002.
BURAWOY, M.: *El consentimiento en la producción*, MTSS, Madrid, 1989.
CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, trad. de Carlos G. Posada, edición y estudio preliminar, «La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti» (pp. VII-LXX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2003.
CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional*, Comares, Granada, 2003.
CARUSO, B.: «Rappresentanza e rappresentatività sindacale», en VVAA, *Letture di Diritto Sindacale*, D'Antona, M. (coord.), Jovene, Nápoles, 1990.
CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», en *Relaciones Laborales*, n.os 14-15 (1988).
— «Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España ¿Un modelo en crisis?», en *REDT*, n.º 33 (1988).
— «La representación y la necesaria representatividad de los sindicatos: las singularidades del sistema español», en *Economía y Sociología del Trabajo*, n.º 10 (1990).
— «Sistemas autónomos de solución de conflictos a escala europea y reforma de la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, n.º 6 (2002).
CEDRONI, L.: *La rappresentanza politica, teorie e modelli*, Angeli, Milano, 2004.
CLEGG, H. A.: *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 1985.
COMMONS, J. R.: *Trade unions and labour problems*, Gin and Company, Boston-Nueva York, 1905.
— *Legal foundations of capitalism*, McMillan, Nueva York, 1924.
— *Principles of labour legislation*, Harper & Brothers, Nueva York-Londres, 1936.
COMISIÓN EUROPEA: *Recent developments in the European inter-professional social dialogue 2002-2003*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003.
COSER, L.: *Las funciones del conflicto social*, FCE, México, 1961.
CROUCH, C. y TRAXLER, F. (eds.).: *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?*, Aldershot, Avebury, 1995.
CRUZ VILLALÓN, J.: «Los ámbitos de aplicación del ASEC: funciones y disfunciones», en VVAA, *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación SIMA, Madrid, 2006.
DEL REY GUANTER, S.: *La resolución extrajudicial de conflictos laborales*, CARL, Sevilla, 1992.
DE LA VILLA GIL, L. E.: *Materiales para el estudio del sindicalismo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.
DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Debate, Madrid, 1977.
DUEÑAS HERRERO, L.: *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
DUNLOP, J. T.: *Sistemas de relaciones laborales*, Península, Barcelona, 1978.
EDWARDS, P. K.: *El conflicto en el trabajo*, MTSS, Madrid, 1990.

FABRA RIBAS, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista*, Calpe, Madrid, 1924.
FERNER, A. y HYMAN, R.: *La transformación de las relaciones laborales en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Vol. II. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.
FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador», en VVAA, *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Garrido Pérez, E. (coord.), CARL, Sevilla, 2013.
FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Cívitas, Madrid, 1982.
FUJII, G. y RUESGA, S. M.: *El trabajo en un mundo globalizado*, Pirámide, Madrid, 2004.
GALENSON, W. y MARTIN LIPSET, S.: *Teoría y estructura del sindicalismo*, Marymar, Buenos Aires, 1969.
GALLEGO MORALES, A. L.: *Los intereses profesionales y fórmulas organizativas*, Universidad de Granada/Diputación Provincial de Granada, Granada, 1997.
GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, MTSS, Madrid, 1987.
GIL PÉREZ, M.ª E.: *La solución autónoma de los conflictos laborales*, La Ley, Madrid, 2012.
GIUGNI, G.: *Derecho sindical*, traducción y estudio preliminar por José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa, MTSS, 1983.
GOLDTHORPE, J. H. (comp.): *Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo*, MTSS, Madrid, 1991.
GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E.: «Caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», en *Relaciones Laborales*, n.º 17 (2000).
GORZ, A.: *Metamorfosis del trabajo: búsqueda de sentido: crítica de la razón económica*, Sistema, Madrid, 1995.
GRANADOS ROMERA, M.ª I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
GURVITCH, G.: *Elementos de sociología del Derecho*, traducción, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, 2001.
— *La idea del Derecho Social*, traducción, edición y estudio preliminar, por J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Comares, 2005.
HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Taurus, Madrid, 1987.
HORKHEIMER, M.: *Crítica de la razón instrumental*, Trotta, Madrid, 2000.
HECKSCHER, Ch. C.: *El nuevo sindicalismo. La participación del trabajador en la empresa en transformación*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
HELD, D.: *Modelos de democracia*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.
HYMAN, R.: *Relaciones industriales. Un análisis marxista*, Blume, Madrid, 1981.
— *El marxismo y la sociología del sindicalismo*, Era, México D. F., 1975.
— *Understanding European Trade Unions*, Sages, Londres, 2001.
JACOBS, A.: «La autonomía colectiva», en HEPPLE, B. (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
JASPERS, K.: *Origen y meta de la historia*, trad. F. Vela, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
JESSOP, R.: «¿Hacia un Estado de Trabajo Schumpeteriano?. Observaciones preliminares sobre la economía política posfordista», en *Crisis del Estado de Bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1993, pp. 63-99.
— *El futuro el Estado Capitalista*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.
KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. y nota preliminar de Jesús M.ª Galiana Moreno, MTSS, Madrid, 1987.
KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, edición y estudio preliminar, «La democracia en el pensamiento de Kelsen», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002.
KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Ed. De Donato, Bari, 1982.
— *Justicia política*, edición y estudio preliminar, «Estado y democracia en Otto Kirchheimer» (pp. XVII-CLXXXV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001.
KOCHAN, T. A. KATZ, H. C. y MCKERSEY, R. B.: *Las transformaciones de las relaciones laborales en Estados Unidos*, MTAS, Madrid, 1993.
KÖHLER, H.-D. y MARTÍN ARTILES, A.: *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, 2.ª ed., Delta, Madrid, 2007.
KORSCH: *Lucha de clases y el Derecho del Trabajo (1922)*, Ariel, Barcelona, 1980 (1922), 1980, Primera Parte («La constitución del Trabajo en general»).
KRIEGEL, A.: «La asociación internacionacional del trabajo (1864-1876)», en *Historia General del Socialismo. De los orígenes a 1875*, Destino Libros, Barcelona, 1984.
LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova,

Valladolid, 2003.
LASKI, H. J.: *Los sindicatos en la nueva sociedad (1950)*, FCE, México, 1967.
LE BON, G.: *Psicología de las multitudes*, edición y estudio preliminar, «La Era de las masas: El pensamiento sociopolítico de Gustave Le Bon», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2012.
LEMBRUCH, G.: «Concertación y estructura de las redes corporatistas», en GOLDTHORPE, J. H. (comp.), *Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo*, MTSS, Madrid, 1991.
LUJÁN ALCARAZ, J.: *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.
LUJÁN ALCARAZ, J.: «Los medios de solución extrajudicial de conflictos y negociación colectiva», en *Actualidad Laboral*, n.º 5 (2006).
MACHADO, J. D. y OJEDA, R. H.: *Tutela sindical. Estabilidad del representante gremial*, Rubinzal-Cuzoni Editores, Buenos Aires, 2006.
MARTÍN VALVERDE, A.: «Concertación y diálogo social», en *RL*, n.º 22 (1994).
— «Concertación y diálogo social en 1996», en *RMTAS*, n.º 3 (1997).
MARTINET, G.: *Siete sindicalismos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2007.
MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El papel de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en los períodos de consultas de los expedientes de regulación de empleo», en *Actualidad Laboral*, n.º 3 (2007).
MARTÍNEZ PECINO, R.: *Efectividad de la Mediación en Conflictos Laborales*, CARL, Sevilla, 2009.
MARX, K.: *El Capital*, 3 vols., FCE, México, 1946.
— *Manuscritos: economía y filosofía*, trad., introducción y notas de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Ediorial, 6.ª ed., 1977, espec., el Tercer Manuscrito, *passim.*
MESSNER, J.: *El experimento inglés del socialismo*, Rialp, Madrid, 1957.
MOLINA NAVARRETE, C.: *Teoría de las relaciones laborales*, Universidad a Distancia de Madrid, Madrid, 2010.
MONEREO PÉREZ, J. L.: «La noción de sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en VVAA, *La Tutela de la libertad Sindical. III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas los día 29-30 de noviembre de 1984*, Castiñeira Fernández, J. (ed.), Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.
— «La noción de sindicato más representativo en el Proyecto de LOLS», en *RT*, n.º 77 (1985).
— «La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 19 (1995).
— *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.
— *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
— *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Cívitas, Madrid, 1992.
— *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Crítica del Derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
— *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
— «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"», en *Relaciones Laborales*, n.os 15/16 (2001), pp. 13 a 70.
— «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *Cívitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 96 (1999).
— *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, cap. 4 («Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora», pp. 191 a 221).
— «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo», en VVAA, *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Sempere Navarro, A. V. (dir.) y Martín Jiménez, R. (coord.), Ministerio de Trabajo Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
— *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
— *La defensa del Estado Social de Derecho: La teoría jurídico-política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.
— *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
— *La mayor representatividad sindical (artículo 6)*, en VVAA, *Ley Orgáncia de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, Pérez de los Cobos, F. (dir.) y Thibault Aranda, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 323 ss.
— *La teoría crítica social de Thorstein Veblen*, Comares, Granada, 2010.
— «Teoría e ideología del sindicalismo en George Sorel», estudio preliminar a SOREL, G., *Reflexiones sobre la violencia*, Comares, Granada, 2011.
— *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2013.

— «El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 160 (2013), pp. 17-62.
— *El sindicalismo y el orden democrático*, estudio preliminar, a Renard, G., *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones*, trad. con Prólogo, un Apéndice y un índice bibliográfico sobre *El Movimiento Obrero Español*, Manuel Núñez de Arenas, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2014.
MONEREO, J. L., MOLINA, C. y MORENO VIDA, M.ª N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014.
— *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2014.
MONEREO PÉREZ, J. L., VIDA SORIA, J. y MALDONADO MOLINA: «Libertad sindical, conflictos colectivos y huelga», en VVAA, *Monografías de Temas Laborales*, n.º 2 (2002).
MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El derecho de libertad sindical*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), Sevilla, 2009.
— «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RMAS*, n.º 73 (2008).
— «La función de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial», en *Iustel*, *RGDTSS*, n.º 5 (2004).
MONTALVO CORREA, J.: *El concepto del sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1980.
MONTOYA MELGAR, A.: «El significado de la figura del sindicato más representativo», en VVAA, *El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, CEOE, Madrid, 1986.
— «El diálogo social en la Constitución», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, vol. I (1989).
MORA CABELLO DE ALBA, L.: *La participación institucional del sindicato*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2008.
MORENO VIDA, M.ª N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada-Servicio de Publicaciones, Granada, 1989.
— «La naturaleza jurídica de los pactos sociales», en VVAA, *La concertación social tras la crisis*, Ojeda Avilés, A. (coord.), Ariel, Barcelona, 1990.
— «Persona, conflicto y pluralismo: grupos organizados y mediación de los conflictos (art. 7 CE)», en VVAA: *La Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.
— «La posible legitimación del sindical en los procesos individuales de trabajo», en *REDT*, n.º 38 (1989).
MORENO VIDA, M.ª N. y MONEREO PÉREZ, J. L.: «Estado de bienestar, concertación social y sindicatos», en *Revista de Trabajo*, n.º 97 (1990).
MORTATI, C.: «Il diritto al lavoro nelle costituzione delle Repubblica», en *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffré, Milán, 1972.
— «Il lavoro nella costituzione», en *Il diritto al lavoro*, Giuffré, Milán, 1954.
NAVARRO NIETO, F.: *La representatividad sindical*, MTSS, Madrid, 1993.
NEVEU, É.: *Sociología de los movimientos sociales*, Editorial Hacer, Barcelona, 2.ª ed., 2006.
NÚÑEZ DE ARENAS, M. y TUÑÓN DE LARA, M.: *Historia del movimiento obrero español*, Nova Terra, Barcelona, 1970.
OFFE, Cl.: *La gestión política*, Presentación de F. Colom González, MTSS, Madrid, 1992.
OJEDA AVILÉS, A.: «La representatividad sindical como excepción», en *RL*, n.º 7 (1992).
— «La legislación promocional en España», en *Revista de Política Social*, n.º 125 (1980).
— «La libertad sindical», en *Revista de Política Social*, n.º 121 (1979).
— «La libertad Sindical (art. 28.1 CE)», en VVAA, *La Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.
— *Derecho Sindical*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
— *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio internacional*, Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 2007.
OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, BIT, 5.ª ed., revisada, Ginebra, 2006.
— *La conciliación en los conflictos de trabajo*, OIT, Ginebra, 1974.
— *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo. Estudio Comparativo*, OIT, Ginebra, 1987.
— *El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*, OIT, Ginebra, 1988.
— *Manual de Mediación. Servicio de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, OIT, Ginebra, 1998.
PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El sindicato como sujeto político», en VVAA, *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
— *El sistema de relaciones sindicales en España: un balance general del marco jurídico y del funcionamiento de la práctica sindical en el sistema social*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 149/2009, Madrid, 2009.
— *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1986.

— «El proceso de conflicto colectivo», en *Relaciones Laborales*, n.º 12 (1993).
PARDELL VEÁ, A.: *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Bosch, Barcelona, 1989.
PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «Los pactos sociales y los acuerdos y convenios marco», en VVAA, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Acarl, Madrid, 1989.
PERLMAN, S.: *Teoría del movimiento obrero*, Aguilar, México DF, 1962.
PHELPS BROWN, H.: *Los orígenes del poder sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, traducción y presentación de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría (eds.), La Piqueta/Eds. Endymion, Madrid, 1989.
POOLE, M.: *Relaciones industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*, MTSS, Madrid, 1993.
— *Teorías del sindicalismo. Una sociología de las relaciones industriales*, MTSS, Madrid, 1991.
PISARELLO, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.
RAMM, T.: *Per una storia della costituzione del lavoro tudesca*, Giuffré, Milán, 1989.
RENARD, G.: *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones*, trad. con Prólogo, un Apéndice y un índice bibliográfico sobre *El Movimiento Obrero Español*, Manuel Núñez de Arenas, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2014.
RIGBY, M. y SERRANO, R.: *Estrategias sindicales en Europa: Convergencias o divergencias*, Madrid, CES, 1997.
RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición y estudio preliminar, «La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la economía», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, 2001.
RIVERO LAMAS, J.: «Configuración y fines de los sindicatos en la Constitución», en VVAA, *El trabajo en la Constitución*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
— «Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución», en *RMTAS*, n.º 13 (1998).
— *La democracia en la Empresa*, edición y estudio introductorio a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2010.
RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «Sobre la representatividad sindical», en *RL*, n.os 14-15 (1988).
RODRÍGUEZ-RAMOS, M.ª J. y PÉREZ BORREGUERO, G.: *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La representatividad sindical», en VVAA, *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986.
ROMAGNOLI, U.: «Democratizzare il sindicato», 5/5/2013, en Insight (http://www.insightweb.it/web).
SALA FRANCO, T.: «El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y competencias», en *RL*, n.º 1 (1986).
— «La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VVAA, *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
— «La prevención del conflicto y los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos en el sector público», en VVAA, *El valor de la coordinación en la solución de los conflictos laborales*, UGT, Madrid, 2009.
SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
SANGUINETI RAYMOND, W.: *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*, Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima (Perú), 2013.
SCHMITTER, Ph. C.: «Corporatism is dead! Long life corporatism!», en *Government and Opposition*, vol. 24-I (1989).
— «La concertación social en perspectiva comparada», en VVAA, *Concertación social, neocorporativismo y democracia*, MTSS, Madrid, 1991.
— «La mediación entre los intereses y la gobernabilidad de los regímenes en Europa Occidental y Estados Unidos en la actualidad», en Berger, S. (comp.), *La organización de los grupos de interés en Europa occidental*, MTSS, Madrid, 1988.
SCHMITTER, P.: *La mediación de intereses*, REIS, Madrid, 1985.
SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Eolas Ediciones, Madrid, 2014.
SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: *Los medios de protección de la libertad sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006.
SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, traducción y estudio preliminar de Felipe Vázquez Mateo, MTSS, Madrid, 1984.
SOREL, G.: *Reflexiones sobre la violencia*, edición y estudio preliminar, «Teoría e ideología del sindicalismo en George Sorel», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2011.
— *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el porvenir social]*, edición y estudio preliminar, «El

pensamiento socio-político de George Sorel», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2011.
SOUSA SANTOS, B. DE: *La globalización del Derecho. Losnuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia/Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogotá (Colombia), 1998.
— «Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas», en Sousa Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007.
— «El Foro Social Mundial y la Izquierda global», en *El Viejo Topo*, n.º 39 (2008).
SPENCER, H.: *Instituciones industriales*, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, 2009.
SPENCER, H.: *Los primeros principios*, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Comares, 2008.
STANDING, G.: *Global labour and flexibility*, MacMillan Pres University, Nueva York, 1999.
SUPIOT, A.: *Crítica du droit du travail*, Presses Universitaires de France, París, 1994.
SUPIOT, A. (coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. y estudio preliminar, «Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello» (pp. VII-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, Comares, Granada, 2002.
— *Cultura jurídica y Política del Derecho*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002.
TEYSSIÉ, B.: *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis-Litec, París, 6.ª ed., 2009.
THOMPSON, E. P.: *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2012.
TILLY, Ch. y WOOD, L. J.: *Los movimientos sociales, 1768-2008*, Crítica, Barcelona, 2010.
TRAXLER, F.: «Rispondere alle slide delle relazioni industriali: una comparazione transnazionale dei sindicati e delle associazioni imprenditoriale», en *Diritto delli relazioni industriali*, n.º 1 (2005), pp. 45 ss.
TÚLIO BARROSO, F.: *Neocorporativismo e concertaçâo social*, Ed. Universitaria da UFPE, Recife (Brasil), 2010.
— *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, Editora LTDA, Sâo Paulo (Brasil), 2010.
— *Estudos sobre o Direito Sindical*, Ed. Universitaria da UFPE, Recife (Brasil), 2010.
TUÑÓN DE LARA, M.: *El movimiento obrero en la historia de España*, Taurus, Madrid, 1972.
URQUIJO, J. I.: *Teorías de las relaciones sindicato-gerenciales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela), 1995.
VALDÉS DAL-RÉ, F. (coord.): *Sindicalismo y cambios sociales*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 1994.
— (dir.): *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2006.
— «El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad (I y II)», en *RL*, n.os 11-12 (1993).
— *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, Madrid, 1996.
— «El sistema español de relaciones laborales: una aproximación», en *RL*, n.os 1-2 (1996).
— (coord.): *Sindicalismo y cambios sociales*, CES, Madrid, 1994.
— (dir.): *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2003.
— (dir.): *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación SIMA, Madrid, 2006.
— *La negociación colectiva: entre tradición y renovación*, Comares, Granada, 2012.
VENEZIANI, B.: *Stato e automia collettiva. Diritto Sindacale italiano e comparato*, Cacucci, Bari, 1992.
VIDA SORIA, J.: «La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos de trabajo», en VVAA, *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968.
— «El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución», en VVAA, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Separata de la VI Conferencia, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
— «Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978», en VVAA, *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
VILLA GIL, L. E. DE LA: *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática. Antología*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985.
VVAA: *La transformación de las relaciones laborales en Europa* (dir. A. Ferner y R. Hyman), Ministerio de

Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
— *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea* (dir. F. Valdés Dal-Ré), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
— *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria (Primera Parte)* (dir. T. Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
— *Ripensare il Sindacato. Democrazia e rappresentatività. Lavoro pubblico e lavoro privato*, a cura di Antonio Lettieri, Franco Angeli, Milán, 1989.
— *La Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (dirs.), Comares, Granada, 2002.
— *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Sempere Navarro, A. V. (coord.), BOE, Madrid, 2003.
— *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Sánchez Morón, M. (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2007.
— *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Monereo, J. L., Molina, C., Olarte, S. y Rivas, P. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2008.
— *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, Pérez de los Cobos Orihuel, F. (dir.) y Thibaut Aranada, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.
— *A treinta años de la adopción del Convenio número 150 de la OIT sobre la Adminsitración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Casale, G. y Monereo Pérez, J. L. (dirs.), Comares, Granada, 2010.
— *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2011.
— *Las relaciones de empleo en España*, Siglo XXI, Madrid, 1999.
— *Trabajo y empleo*, Informe Supiot, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
— «Monográfico sobre mediación y arbitraje en los conflictos laborales en homenaje al profesor Don Manuel Alonso Olea», *Temas Laborales*, n.º 70 (2003).
— *Globalización económica y relaciones laborales*, Sanguineti Raymond, W. y García Laso, A. (eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
— *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Monereo Pérez, J. L. et atri, Tecnos, Madrid, 2011.
— *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.), Comares, Granada, 2012.
— *El sistema de negociación colectiva en España*, Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.ª N. (dirs.), y Tomás Jiménez, N. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.
— *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
WEBB, B. y S.: *Historia del sindicalismo*, MTSS, Madrid, 1987.
— *Industrial democracy*, Longman Green and Co., 1911 (traducción española, Biblioteca Nueva, 2004).

CAPÍTULO XXVII

LA MEDIACIÓN EN LOS MECANISMOS DE EXPRESIÓN DEL CONFLICTO LABORAL. MEDIACIÓN Y HUELGA

JOSE ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
Profesor Titular de Universidad (Acreditado a Catedrático)
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. TRANSFORMACIONES DEL CONFLICTO COLECTIVO LABORAL Y HUELGA. 2. EL DERECHO Y LA HUELGA. 2.1. *Modelos de ordenación jurídica de la huelga*. 2.2. *Configuración jurídica del derecho de huelga.* 2.3. *El derecho a no ejercitar la huelga. La faceta «negativa» del derecho de huelga.* 3. TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA. 3.1. *¿Titularidad individual o colectiva?* 3.2. *Ámbito subjetivo del derecho de huelga.* 4. MODALIDADES DE HUELGA. 4.1. *Huelgas lícitas.* 4.2. *Huelgas ilegales*. 4.3. *Huelgas ilícitas.* 5. PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN DE LA HUELGA. 5.1. *Convocatoria y declaración de la huelga.* 5.2. *Desarrollo de la huelga*. *El Comité de Huelga*. 5.3. *Actos de acompañamiento de la huelga: piquetes informativos y derecho de reunión.* 5.4. *Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa.* 5.5. *La mediación en caso de huelga (previsiones del ASAC*). 6. LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA: LOS «SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD». 6.1. *Determinación de los servicios esenciales*. 6.2. *Medidas a adoptar (los Decretos de fijación de servicios mínimos).* 7. MODOS DE TERMINACIÓN DE LA HUELGA (EL «ARBITRAJE OBLIGATORIO»). 8. EFECTOS DE LA HUELGA. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. TRANSFORMACIONES DEL CONFLICTO COLECTIVO LABORAL Y HUELGA

El denominado «conflicto social» tiene un carácter inmanente o consustancial al modelo de producción capitalista, dado que sus antagonistas sociales —trabajadores y empresarios— tienen intereses contrapuestos.

La conflictividad laboral ha sufrido una serie de transformaciones al hilo de los cambios económicos, productivos, tecnológicos y hasta geopolíticos. Uno de los fenómenos más relevantes de cambio se conoce como la «terciarización» del conflicto, es decir, el crecimiento de la conflictividad laboral en el sector terciario en consonancia con el propio crecimiento de este sector de la economía. Y ello afecta a la manera en que las huelgas afectan al resto de sectores y actividades, así como a la economía en su conjunto. Por otra parte, también asistimos a conflictos colectivos laborales de tipo transfronterizo, especialmente en el caso de los derivados de la libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea.

Por su parte, el cambio organizativo y tecnológico ha incidido sobre las formas de expresión del conflictos (v. gr., el teletrabajo); aunque el gran cambio proviene también de la crisis de la «solidaridad colectiva» y el auge del individualismo en el terreno de las relaciones de trabajo (el desinterés por lo colectivo, la

«desindicalización»), unida a una fuerte ofensiva de la ideología neoliberal frente a los mecanismos de presión y protesta de los trabajadores.

La propia fragmentación de los mercados de trabajo (con el auge de fórmulas flexibles y precarias de trabajo), así como el reforzamiento de los instrumentos novatorios y extintivos a disposición de la empresa, desincentiva el ejercicio del derecho de huelga por el desequilibrio que el nuevo derecho flexible del trabajo introduce en el seno de las relaciones de trabajo.

En todo caso, interesa destacar algo que ya es un lugar común, la excesiva «judicialización» de los conflictos laborales en nuestro país y la necesidad de una llamada permanente al establecimiento y utilización de mecanismos extrajudiciales de solución.

Conviene tener presente la diferencia entre «medios de solución» —como sería la mediación laboral— y los «medios de presión» en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, entre los que tiene un papel estelar la huelga. Los medios de solución persiguen directamente la solución del conflicto, mientras que las medidas de presión tienen por finalidad inmediata la presión a la contraparte y de manera más secundaria el fin del conflicto. Y ello sin perjuicio de que, en el *iter* procedimental que se abre tras una declaración de huelga, sean múltiples las posibilidades de utilización de fórmulas extrajudiciales para alcanzar un acuerdo que ponga fin a la misma, es decir, que provea un nuevo equilibrio colectivo a las relaciones de trabajo en el ámbito específico donde se ha producido el conflicto.

Las normas jurídicas reguladoras de las modalidades de mediación/conciliación que se refieren a la huelga lo hacen normalmente para incluirla en el conjunto de situaciones de conflicto de las que conocen (v. gr., la LOITSS, que permite a los inspectores de Trabajo conciliar en conflictos y huelgas); y lo hacen generalmente en clave de tratamiento preventivo y resolutorio de los conflictos. Con la regulación y ordenación de un complejo sistema estatal y autonómico de solución de conflictos colectivos de trabajo nuestro sistema de relaciones laborales se ha encaminado hacia un modelo más cooperativo que conflictual, en el que la huelga se somete a un sistema de límites —estatales y convencionales— que bien tratan de evitarla, a través de cauces preventivos (teniendo aquí un papel estelar los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos de trabajo) que tratan de evitar la huelga, o al menos configurarla como *ultima ratio* en el plano de la acción colectiva laboral, o bien, de no ser evitable y una vez producida, intentar reducir su duración y efectos a través de la consecución de un acuerdo.

2. EL DERECHO Y LA HUELGA

2.1. Modelos de ordenación jurídica de la huelga

La huelga constituye sociológicamente un tipo de fenómeno social —propiamente laboral— de no colaboración o de «presión» como manifestación del conflicto

colectivo subyacente o inmanente al modo de producción capitalista. En cierta medida, hace aflorar o pone de manifiesto puntualmente este conflicto «estructural».

Consiste en la perturbación del proceso productivo concertada colectivamente, como medida de presión, para la defensa de intereses colectivos o generales de los trabajadores. El empleo de la huelga como medida de presión trata de causar a la contraparte empresarial un perjuicio económico —finalidad inmediata—, que se utiliza para presionar y conseguir una solución favorable del conflicto —finalidad mediata—. Es un modo de presión que se inserta o abre directamente también una dinámica o proceso de negociación, con el objeto de instaurar nuevas condiciones de trabajo que reequilibran el conflicto de intereses propio de la sociedad capitalista.

Se trata de un mecanismo «compensador de poderes» en las relaciones de producción, dado que —de ordinario— solamente en el plano colectivo los trabajadores pueden ser capaces de promover una mejora de sus condiciones de trabajo o defender los intereses que le son propios. En la célebre frase de Kahn-Freund: «*on the labour side, power is collective power*». Dentro de un sistema inter-sindical de relaciones colectivas de trabajo —y todavía especialmente en los países anglosajones— la huelga asume una valencia de «sanción» por incumplimientos de lo pactado colectivamente.

Por todo ello, el modelo de ordenación jurídica de la huelga siempre ha sido sensible a las concepciones ideológicas dominantes y al propio modelo de Estado. Por eso, ese fenómeno socioeconómico ha conocido diversas formas de tratamiento por parte del Derecho.

En consecuencia, nos encontramos con modelos de regulación de la huelga como: *a*) huelga-delito (prohibición) propios de modelos de Estado liberal puro o totalitario/autoritario (donde se concibe como una alteración del precio de la mano de obra, en el primer caso, y en el segundo, como un atentado contra el interés superior de la productividad nacional); *b*) huelga-libertad, con tolerancia del fenómeno (Estado liberal avanzado), pero con posibles consecuencias en el plano contractual; o bien, *c*) como huelga-derecho, propia de la regulación que conlleva en un modelo de Estado social y democrático.

Interesa destacar que los distintos modelos de regulación jurídica no han desplazado plenamente a los anteriores, encontrándonos en cada momento histórico con un modo de regulación variable en cuanto a los espacios que cada uno de los mismos tiene en un ordenamiento jurídico concreto, pero perviviendo todos los tipos señalados. En nuestro derecho vigente la naturaleza de la huelga no es única, sino triple, en función de las circunstancias de cada caso: se protegen como derecho subjetivo las huelgas «ortodoxas»; se toleran como ilícito civil las huelgas irregulares, siempre que permanezcan en el área de los conflictos industriales y no pongan en peligro el orden público o la estabilidad social, dejando a los empresarios la facultad para sancionar contractualmente a los huelguistas; se condenarían como delito las huelgas dirigidas contra la seguridad del Estado, u otro tipo de conductas tipificadas en leyes penales especiales (v. gr., la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Ley penal y procesal en materia de navegación aérea, tipifica como delito de sedición a «[…] los

miembros de la tripulación de aeronaves o empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente sus funciones en la aeronave o el aeropuerto, en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el Comandante o Jefe respectivo»).

2.2. Configuración jurídica del derecho de huelga

La huelga —reconocida en el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho de acción colectiva— se conforma en nuestro ordenamiento jurídico interno como un derecho fundamental para la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 28.2 CE). Derecho este coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido en el artículo 1.1 CE, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos de la población socialmente dependientes. De ahí que goce del máximo grado de protección constitucional propio de este tipo de derechos. Entre estas garantías se encuentran el recurso de amparo y de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, la garantía del respeto de su «contenido esencial» por parte de su legislación de desarrollo, así como la reserva de ley orgánica, entre otras.

La ley orgánica de desarrollo del derecho de huelga no se ha promulgado todavía, debido a la ausencia del consenso sociopolítico (tanto en el plano estrictamente político, como en el plano de la concertación social) necesario para la ordenación jurídica de un tema tan «delicado». De ahí que el marco legislativo de desarrollo venga constituido por la regulación preconstitucional del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo (en adelante, RDLRT), cuya constitucionalidad vino depurada por la célebre STC 11/1981, de 8 de abril. Asimismo, la propia doctrina del TC y la jurisprudencia han venido a cubrir numerosos aspectos de su ordenación normativa huérfanos de regulación.

Está tipificada como delito la conducta de impedir o limitar el ejercicio legítimo del derecho de huelga (art. 315.1 y 2 CP).

2.3. El derecho a no ejercitar la huelga. La faceta «negativa» del derecho de huelga

Como máxima, nadie está obligado a realizar la huelga o unirse a ella (lo mismo que nadie está obligado a sindicarse); de ahí las garantías existentes frente a actos de violencia o intimidación para obligar a secundar una huelga.

No obstante, esta cuestión plantea problemas delicados, pues el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) no tiene el mismo rango constitucional que el derecho de huelga (art. 28.2 CE). En este sentido, la propia STC 80/2005, de 4 de abril, considera inadmisible que el derecho de huelga pueda restringirse con el objeto de que no se perturbe la actividad productiva para que los no huelguistas puedan ejercer su derecho al trabajo. Ahora bien, lo cierto es que el derecho a no hacer huelga no deriva

del artículo 35.1 CE, sino de la faceta negativa del mismo artículo 28 CE, por tanto con idéntica protección constitucional.

3. TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

3.1. ¿TITULARIDAD INDIVIDUAL O COLECTIVA?

El derecho de huelga constituye un derecho «complejo», pues se trata de un derecho individual de ejercicio colectivo (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 118/1983, de 13 de diciembre; 51/1986, de 24 de abril; 254/1988, de 21 de diciembre); el derecho a su ejercicio se reconoce al trabajador individualmente considerado en cuanto integrante de una colectividad —o grupo socio-económico—.

Así pues, los sujetos titulares del derecho y de las facultades que abarca el mismo presenta cierta complejidad, pues el ejercicio del derecho está atribuido a los trabajadores individualmente considerados (que son los que libremente deciden secundar o no una huelga), pero ciertas facultades del derecho (v. gr., convocatoria —renuncia a la convocatoria—, fijación de reivindicaciones —la tabla de reivindicaciones—, negociación, etc.) son de necesario ejercicio colectivo mediante acuerdo o concierto entre los trabajadores y se canalizan a través de mecanismos de representación colectiva.

En conexión con ello, se ha planteado el delicado problema de la renuncia al ejercicio del derecho de huelga por parte de las representaciones colectivas (los denominados «deberes de paz»). La cuestión central es: ¿los sindicatos u otras representaciones legales de los trabajadores podrían renunciar al ejercicio del derecho de huelga —también derecho individual del trabajador— a través de la negociación colectiva? Para superar la fricción con el principio de irrenunciabilidad de derechos, el TC salvó la cuestión considerando que no existía verdaderamente renuncia porque: de un lado, no se renunciaba al derecho en sí, sino a su ejercicio (la posibilidad de convocar huelgas mientras esté vigente el acuerdo); de otro, se trataba en todo caso de una renuncia temporal a su ejercicio, sin carácter definitivo (STC 11/1981, de 8 de abril).

3.2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga se atribuye por la CE a los «trabajadores» (art. 28.2 CE). El término trabajadores se interpreta en sentido técnico-jurídico, abarcando a los trabajadores «por cuenta ajena», sea cual sea su tipo de relación laboral o su modalidad contractual. Por tanto, no se incluyen en el derecho constitucional de huelga a los trabajadores autónomos, ni a los autopatronos, profesionales liberales, estudiantes, etc., sin perjuicio de que realicen acciones colectivas de presión en defensa de sus intereses (que incluso vulgarmente también reciben la denominación de «huelgas»).

Los trabajadores extranjeros son titulares del derecho de huelga, incluso aunque no estén autorizados para trabajar en España, por tratarse de un derecho fundamental (STC 259/2007, de 19 de diciembre; art. 11.2 LOEXIS).

Por lo que respecta a los funcionarios públicos, se infiere del artículo 28.2 CE que engloba a los funcionarios públicos, interpretado conforme a los convenios internacionales en la materia (*ex* art. 10.2 CE). En todo caso, el derecho ha sido reconocido expresamente en el artículo 15.*c*) EBEP, aunque no hay una regulación específica de su derecho, pues el RDLRT los excluye de su ámbito de aplicación (aunque la jurisprudencia incluso lo aplique como derecho supletorio).

Algunos funcionarios públicos tienen prohibido este derecho: para los funcionarios de Policía (art. 6.8 LOFCSE); también los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 7 LO 9/2011, de 27 de julio) o Institutos armados de carácter militar —Guardia Civil— (art. 12 LO 11/2007, de 22 de octubre). En todo caso, se producen huelgas por parte de miembros de los Cuerpos de Policía, que cabría encuadrar en el tipo huelga-libertad (y que reflejan las tendencias del Derecho sindical hacia una formación «extralegal»). Situación más compleja es la de los jueces, magistrados y fiscales, que tienen expresamente prohibida la libertad sindical en el propio texto constitucional (art. 127.1 CE), pero no expresamente el derecho de huelga, y aquí el debate gira básicamente en torno a dos posicionamientos contrapuestos: *a*) los que consideran que la prohibición del primero lleva implícitamente la del segundo, en virtud de los bienes e intereses constitucionalmente protegidos con la prohibición; *b*) los que consideramos que sí gozarían del derecho de huelga como el resto de funcionarios, en la medida que no existe norma prohibitiva alguna en relación a este derecho (que tiene una cierta autonomía en cuanto a su regulación constitucional respecto del derecho de libertad sindical), así como por la regla general de interpretación constitucional no restrictiva del ejercicio de derechos fundamentales.

4. MODALIDADES DE HUELGA

La huelga es un fenómeno social muy diverso en las finalidades perseguidas, como también «multiforme» en sus modos de realización, es decir, en las formas de manifestación del conflicto sociolaboral.

La CE no define cómo debe realizarse, es la Ley la que define —respetando el «contenido esencial» del derecho— los límites en cuanto a las modalidades o tipos admitidos.

Desde un punto de vista sociológico, la huelga puede diferenciarse siguiendo dos criterios de diferenciación básicos:

a) Por sus *fines*, es decir, el tipo de objetivos perseguidos por la huelga y que obliga a diferenciar básicamente entre: *huelga laboral*, que sería la orientada a mejorar las condiciones de trabajo —de ordinario, planteada frente al empresariado— y normalmente muy conectada con la propia dinámica de la negociación colectiva; *huelga político-social* (socio-política o socio-profesional) orientada a una

reinvidicación más general sobre la política social —y generalmente planteada frente al Gobierno o el poder público—; la *huelga política «pura»*, que tiene finalidades revolucionarias o de subversión del orden establecido.

b) Por la *forma de realización* de la misma. Se diferencia la huelga en sentido estricto, caracterizada por la cesación colectiva del trabajo, de la huelga en sentido amplio, que incluiría otras formas de perturbación o alteración del desarrollo normal del trabajo.

Estas caracterizaciones básicas de la huelga, desde un plano jurídico, habrán de ser tenidas en cuenta por el mediador-es/árbitro-s llamado a intervenir en el conflicto que está en su origen, pues sus efectos y consecuencias jurídicas pueden ser muy dispares.

4.1. HUELGAS LÍCITAS

Para delimitar lo que jurídicamente cabría denominar huelga «lícita», o «huelga-derecho» propiamente, el marco normativo sólo dispone en el artículo 7.1 RDLRT, donde se establece que el ejercicio del derecho de huelga «habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados», a lo que añade «sin ocupación por parte de los mismos de los centros de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». Posteriormente menciona las manifestaciones huelguísticas que considera «actos ilícitos o abusivos» (art. 7.2 RDLRT), además de los supuestos de huelga ilegal (art. 11 RDLRT).

Ciertamente, el legislador puede considerar ilícitos o abusivos algunos tipos de huelga, siempre que —conforme a la doctrina constitucional— lo haga justificadamente y ello no desborde el contenido esencial del derecho, esto es, siempre que los tipos o modalidades admitidos por el legislador sean bastantes por sí solos para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga (STC 8/1981, de 8 de abril).

En todo caso, las limitaciones a las modalidades de ejercicio del derecho de huelga han de interpretarse de forma restrictiva, dado que constituyen limitaciones legales al ejercicio de un derecho fundamental (STC 11/1981, de 8 de abril).

Existen dos criterios para determinar la ilicitud de la huelga: por un lado, el criterio teleológico (que determina su posible «ilegalidad»), y por otro, el criterio formal o forma de manifestación de la huelga (que determina su posible «abusividad»).

4.2. HUELGAS ILEGALES

En relación a la finalidad que persiguen, algunas huelgas merecen la calificación de ilegales en nuestro ordenamiento jurídico:

a) Huelgas *políticas* o *no profesionales*: «Cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores

afectados» [art. 11.*a*) RDLRT]. El Comité de Libertad Sindical de la OIT diferencia entre «huelga política pura» y «huelga de imposición económico-política», que es considerada lícita. Esta admisión también se deduce del artículo 28.2 CE, que se refiere en sentido amplio a la «defensa de sus intereses» como finalidad del reconocimiento del derecho de huelga para los trabajadores. Por su parte, nuestro TC admite las llamadas huelgas «sociopolíticas», en las que no esté ajeno el interés profesional de los trabajadores (STC 36/1993, de 8 de febrero). Luego la huelga prohibida —en una interpretación restrictiva— sería únicamente la que tiene una intención puramente política, de carácter insurreccional, de presión al funcionamiento de las instituciones democráticas.

b) Huelgas *de solidaridad* o *de apoyo*: «Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan» [art. 11.*b*) RDLRT]. El TC declaró inconstitucional el inciso de que la huelga afectase «directamente» al interés profesional (STC 11/1981, de 8 de abril), bastando también una afectación «indirecta» para que fuesen legales.

c) Huelgas *novatorias*: «Cuando tengan por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo» [art. 11.*c*) RDLRT]. Lo que equivale a un «deber de paz relativo» impuesto a nivel legislativo. La prohibición ha sido interpretada restrictivamente por el TC (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 332/1994, de 19 de diciembre), pues se admitiría la legalidad de la huelga: cuando lo que se reclama es una determinada aplicación o interpretación del convenio; considera que también es posible reclamar la alteración del convenio colectivo cuando haya sido incumplido por la parte empresarial; o, también, en una situación de cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* (situación —esta última— que sería de extraordinaria excepcionalidad en su aceptación).

Corresponde a los jueces o tribunales declarar la ilegalidad de una huelga, siempre *a posteriori* de su realización.

4.3. Huelgas ilícitas

La calificación jurídica de huelga ilícita se relaciona con el modo en que se produce la manifestación huelguística. En este sentido, se consideran manifestaciones huelguísticas ilícitas las siguientes:

a) Las huelgas *procedimentalmente irregulares*: «Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos» [art. 11.*d*) RDLRT]. Hay supuestos previstos en normas estatales, así como pueden existir reglas convencionales que obliguen a «someter» el conflicto a procedimientos extrajudiciales de solución antes de convocar una huelga.

— El ejercicio del derecho de huelga es incompatible con el seguimiento del

procedimiento administrativo de solución de conflictos colectivos de trabajo (art. 17.2 RDLRT), aunque es posible que, una vez declarada la huelga, los trabajadores desistan y se sometan a dicho procedimiento (art. 17.3 RDLRT). Iniciado este procedimiento a instancia de los empresarios, si los trabajadores ejercen el derecho de huelga, el procedimiento se suspenderá y se archivarán las actuaciones (art. 18.2 RDLRT).

— La posible intervención preceptiva de las comisiones paritarias: los convenios colectivos pueden establecer cláusulas de sometimiento obligatorio de los conflictos surgidos de la interpretación o aplicación de los mismos a la comisión paritaria; ello es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en la medida que se configuren meramente como trámite preprocesal obligatorio y, en última instancia, siempre quede abierta la vía judicial para la solución de este tipo de conflictos jurídicos.

— Las previsiones del V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC) u otros Acuerdos Interconfederales autonómicos de solución de conflictos colectivos de trabajo. En tales casos, el incumplimiento del trámite de solución extrajudicial previsto conllevaría la ilicitud de la huelga. De todos modos, ello no puede obstar a que la huelga se convoque si tales mecanismos, a pesar de cumplirse con el trámite, resultan infructuosos. En relación a la huelga, el artículo 12.4, párrafo 2.º, ASAC establece que «la convocatoria de la huelga requerirá, con anterioridad a su comunicación formal, haber agotado el procedimiento de mediación»; por otra parte, establece que «la iniciación del procedimiento de mediación impedirá la convocatoria 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, por el motivo o causa objeto de la mediación, en tanto dure ésta» (art. 12.5 ASAC). Puede verse así cómo la mediación se conforma en el ASAC como una especie de «mecanismo preventivo» de la huelga, imponiendo *ex ante* una posibilidad de acuerdo negociado que ponga fin al conflicto colectivo que está en su origen. Del mismo modo, si se acude al arbitraje, una vez formalizado el compromiso arbitral, «las partes se abstendrán de instar otros procedimientos sobre cualquier cuestión o cuestiones sometidas al arbitraje, así como de recurrir a la huelga o cierre patronal» (art. 18.3 ASAC); por otra parte, se establece que el laudo arbitral «excluye cualquier otro procedimiento, demanda de conflicto colectivo o huelga sobre la materia resuelta y en función de su eficacia» (art. 22.2 ASAC). Así pues, el incumplimiento de este tipo de reglas convencionales conllevaría la calificación de ilicitud de la huelga. Téngase en cuenta que la mayoría de los acuerdos interconfederales —autonómicos— de solución de conflictos también prohíben la convocatoria de huelga y la adopción de medidas de cierre patronal por el motivo o causa objeto de la mediación, mientras dure ésta; ordenando el fin de ésta cuando durante su desarrollo se dé inicio a una huelga. Ello salvo el Acuerdo vasco, que permite excepcionalmente que se siga con el mecanismo de mediación a pesar de que el conflicto vaya acompañado de una huelga, cuando así lo acuerde la mayoría de participantes de cada parte (art. 24, *in fine*, PRECO).

Por todo ello, se puede concluir que cuando se habla de procedimientos de solución que den origen a la huelga, como posibles conflictos a solventar mediante procedimientos extrajudiciales, en realidad se trata de una expresión que tiene que ver más con el objeto mismo del conflicto, con la consecuencia: la posibilidad de que el mismo conlleve una declaración de huelga. La mediación se produce cuando la huelga no está convocada y es lo que trata de impedirse con el mecanismo, solventando las diferencias para evitar la huelga. Si la propuesta de solución que ofrezca el mediador no es aceptada por ambas partes, queda expedita la vía de la declaración de la huelga para resolver el conflicto colectivo —jurídico o de intereses — que intentó solventar el mediador.

b) Las huelgas *con ocupación de locales* [*ex* art. 7.1 RDLRT]. Siempre matizando que, conforme a la doctrina del TC: ello no puede limitar el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores (arts. 77 ss. LET), necesario para el desenvolvimiento del derecho de huelga y para la solución de la misma; la existencia de ocupación debe interpretarse restrictivamente, de manera que se refiere a los supuestos en que se vulnere el derecho de libertad de otras personas o el derecho sobre las instalaciones y los bienes; además, por «ocupación» hay que entender un «ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no, en cambio, la simple permanencia en los puestos de trabajo». Por consiguiente, la ocupación pacífica del centro de trabajo, así como la «huelga de brazos caídos», si no concurren las circunstancias indicadas anteriormente, serían lícitos. La ocupación sólo es ilícita cuando con ella se vulnera el derecho de libertad de otras personas —como los trabajadores no huelguistas— o los derechos sobre las instalaciones y bienes. El empresario puede decretar como medida de policía la prohibición de permanencia en los locales en caso de notorio peligro de violación de otros derechos o de producción de desórdenes (STC 11/1981, de 8 de abril).

c) Las modalidades «abusivas» del ejercicio del derecho de huelga. Conforme al artículo 7.2 RDLRT), las huelgas «rotatorias, las neurálgicas, las de celo o reglamento» [cuando se aplica con meticulosidad las disposiciones reglamentarias y se realiza con gran lentitud el trabajo para que descienda el rendimiento y se retrasen los servicios] y, en general, «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga», se considerarán actos ilícitos o abusivos. Tal consideración jurídica se basa en la desproporción de sacrificios presente en tales formas de alteración del proceso productivo, y el efecto multiplicador y desorganización grave que las mismas conllevan para las empresas afectadas. También se incluirían dentro de ellas fenómenos como las huelgas «intermitentes», realizadas a intervalos muy cortos, pero que terminan por impedir el proceso productivo o el funcionamiento de la empresa. Incluso —por constituir una forma de alteración colectiva del trabajo— las huelgas «a la japonesa», tan poco características de nuestro sistema de relaciones laborales.

Conforme a la doctrina del TC, el criterio para decidir acerca del carácter abusivo o no de estas modalidades de huelga será el de «proporcionalidad en el daño»,

considerando que es exigible una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, la huelga pueda considerarse abusiva, por uso torticero y abusivo del derecho de huelga (STC 11/1981, de 8 de abril). Las huelgas abusivas se caracterizan por tener un efecto multiplicador de los perjuicios causados a la empresa, desproporcionados en relación con las ventajas que obtendrían si se atendiera a todas sus peticiones. De todos modos, debe entenderse —conforme a la doctrina del TC— que sobre estas modalidades de huelga pesa una presunción *iuris tantum* de ilegalidad; por tanto, serían legales en la medida que se acredite la inexistencia de ese abuso de derecho, esto es, la desproporción de sacrificios o la inexistencia de un efecto multiplicador de los desajustes producidos por el concreto modo de abstención concertada en el trabajo.

5. PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN DE LA HUELGA

5.1. CONVOCATORIA Y DECLARACIÓN DE LA HUELGA

La declaración de la huelga exige la adopción de un acuerdo expreso en tal sentido (art. 3.1 RDLRT). El TC consideró inconstitucional la exigencia que tal acuerdo necesariamente deba adoptarse «en cada centro de trabajo», así como la de que a la reunión de los representantes había de asistir un determinado porcentaje o la regla de que la iniciativa para la declaración de huelga hubiera de estar apoyada por un 25 por 100 de los trabajadores afectados, por constituir requisitos excesivamente restrictivos del derecho de huelga (STC 11/1981, de 8 de abril).

La convocatoria de huelga es una facultad de ejercicio colectivo, esto es, de las representaciones colectivas (unitarias o sindicales) con implantación en el ámbito del conflicto colectivo que origina la huelga, o del propio colectivo de trabajadores afectado, y se destina a los sujetos activos de la huelga.

El artículo 3.2 RDLRT faculta para acordar la declaración de huelga tanto a los representantes de los trabajadores (adoptando el acuerdo en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria), como directamente a los trabajadores afectados por el conflicto (en decisión por mayoría simple). Por tanto, los trabajadores pueden organizarse como mejor deseen para llevar a cabo una huelga, pues cualquier sujeto colectivo adoptado, desde una coalición o una asamblea hasta un sindicato, vendrían legitimados. Así pues, no es admisible en nuestro ordenamiento la denominada *wild strike*, es decir, aquella espontánea que no se somete a ningún tipo de exigencias de declaración/convocatoria o preaviso y por tanto carece de una «gestión colectiva» u organizada del conflicto que está en su base.

El acuerdo de declaración de huelga —destinado a los sujetos pasivos de la huelga— habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral por los representantes de los trabajadores (art. 3 RDLRT). Ahora bien, según la doctrina del TC, no es necesaria esta exigencia en una huelga sectorial o en una

huelga general, casos en los que bastaría con la comunicación a los representantes de los empresarios (SSTC 13/1986, de 30 de enero; 36/1993, de 8 de febrero).

La comunicación ha de hacerse por escrito y notificarse con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación, y «habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su inicio y composición del comité de huelga» (art. 3 RDLRT). Los objetivos deben concretarse de manera clara y precisa, evitándose declaraciones genéricas o ambiguas para que el preaviso cumpla verdaderamente la finalidad prevista legalmente (STC 332/1994, de 19 de diciembre). El conocimiento y análisis de estos objetivos, o plataforma de reivindicaciones, y el contexto en que se plantean, serán cruciales para el eventual mediador que intervenga en el conflicto.

El preaviso será de diez días naturales cuando la huelga «afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos»; además, en tales hipótesis, «los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio» (art. 4 RDLRT).

Las huelgas por sorpresa y sin aviso pueden merecer la calificación jurídica de abusivas [art. 11.*d*) RDLRT], y sobre ellas pesa la presunción de abuso en el ejercicio del derecho de huelga.

5.2. Desarrollo de la huelga. El Comité de Huelga

Como exigencia procedimental del ejercicio legítimo del derecho de huelga está la designación de un «Comité de Huelga», que estará compuesto por los trabajadores en huelga o por representaciones sindicales (siempre que tales sindicatos tengan implantación en el conflicto). Su composición no podrá exceder de doce personas.

Corresponden al Comité de Huelga las siguientes funciones:

a) Participar en «cuantas acciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto» (art. 5 RDLRT).

b) Garantizar durante la huelga la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, etc., y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (los denominados «servicios de seguridad y mantenimiento» —art. 6.7 RDLRT— cuyo incumplimiento le generaría responsabilidades al propio comité).

c) Negociar de buena fe para llegar a un acuerdo desde el mismo momento del preaviso y durante la huelga (art. 8.2 RDLRT). El Comité de Huelga es, pues, un órgano establecido para lograr un acuerdo colectivo que ponga fin a la misma, tiene un «deber de negociación» en tal sentido.

d) También le corresponde, junto con el empresario, conforme a la doctrina del TC (STC 11/1981, de 8 de abril), la designación de los concretos trabajadores encargados de tales servicios. Éste precisamente puede ser uno de los puntos en los que exista desacuerdo, de manera que podrá someterse a un procedimiento de mediación para

tratar de alcanzar una solución consensuada. De hecho, algunos acuerdos interconfederales de solución de conflictos colectivos —v. gr., el ASAC, el catalán y el canario— prevén la solución de los conflictos suscitados por la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga.

5.3. Actos de acompañamiento de la huelga: piquetes informativos y derecho de reunión

Durante el desarrollo de la huelga están permitidos los denominados piquetes «informativos» (de carácter «persuasivo» —no simplemente informativo— y siempre pacíficos): «Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, y llevar a efecto la recogida de fondos sin coacción alguna» (art. 6.6 RDLRT). Ahora bien, en ningún caso se admiten aquellos de tipo violento o «coactivo» —con amenazas—, esto es, ejerciendo violencia moral o psicológica de alcance intimidatorio; ese tipo de conductas tendrían carácter delictivo (entrarían en el ámbito de la huelga-delito). Nuestro CP prevé un criticable tipo agravado de delito de coacciones en caso de huelga (art. 315.3 CP), que penaliza indirectamente la huelga, al proteger la libertad de trabajo de los no huelguistas. El criterio general aplicable en esta materia es el de que la participación de los trabajadores en la huelga debe obtenerse por la «persuasión» (publicidad no equivale a simple información) y no por la violencia o por la coacción física o verbal. Corresponderá a los órganos judiciales valorar en cada caso dichas circunstancias.

En cualquier caso, debe respetarse «la libertad de trabajo de aquellos que no quisieran sumarse a la huelga» (art. 6.4 RDLRT).

Del mismo modo, actuaciones de terceros intimidando a su vez a los piquetes informativos puede considerarse vulneración del derecho fundamental de huelga (STC 37/1998, de 17 de febrero).

Asimismo, son lícitas las formas pacíficas de expresión de la protesta, salvo que contengan expresiones ofensivas (en este caso, a efectos disciplinarios, las mismas habrán de valorarse en el contexto de tensión generado por el conflicto). No puede impedirse el derecho de reunión de los trabajadores durante el desarrollo de una huelga, incluso en los centros de trabajo, siempre con los límites vistos en el caso de la huelga con ocupación de locales y las previsiones de los artículos 77 y siguientes LET, si la reunión o asamblea se celebra en instalaciones de la empresa.

5.4. Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa

El artículo 6.7 RDLRT establece la necesidad de garantizar durante la huelga «los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa».

Se trata de una contrapartida o limitación que los trabajadores tienen en el

ejercicio del derecho de huelga. Este límite no es inconstitucional, como límite funcional del derecho de huelga, basándose en la existencia de un interés social en que las personas no sufran daños y que los bienes del capital no se deterioren con la huelga, y en que la actividad productiva pueda reanudarse con cierta normalidad tras la huelga (STC 11/1981, de 8 de abril).

Han de prestarse a un nivel mínimo, pues podrían emplearse fraudulentamente para mantener la actividad normal de empresa, usando los servicios de los no huelguistas (STC 80/2005, de 4 de abril). Son los propios trabajadores de la empresa los que deben realizar tales servicios, salvo que se nieguen a prestarlos, en cuyo caso, aparte de las responsabilidades disciplinarias que procedan, la empresa podría contratar trabajadores para sustituirlos. La adscripción debe afectar al menor número posible de trabajadores y durante el menor tiempo posible.

La designación debe producirse por acuerdo entre el empresario y el Comité de Huelga. Resulta contrario a la norma constitucional que la designación de los trabajadores que deben encargarse de los servicios de seguridad y mantenimiento se atribuya unilateralmente al empresario sin participación del Comité de Huelga (STC 11/1981, de 8 de abril). En caso de desacuerdo, podría acudirse a procedimientos extrajudiciales de solución, como mecanismo más adecuado, que acudir a la jurisdicción teniendo en cuenta lo perentorio de la decisión al respecto. La jurisdicción ordinaria ha aceptado la posibilidad de que —en caso de que la huelga sea inminente— sea el empresario quien lo designe en caso de desacuerdo o de negativa a negociar por parte del Comité de Huelga (SSTS de 29 de noviembre de 1993 y 28 de mayo de 2003), sin perjuicio de la posterior revisión judicial.

Si el incumplimiento de tales servicios es atribuible al Comité de Huelga, la misma se convierte en ilícita por abusiva, con posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias a todos los sujetos participantes en la misma (art. 16 RDLRT), así como la responsabilidad de los sujetos convocantes de indemnizar por daños y perjuicios a la empresa o empresas afectadas por dicho incumplimiento. Si el incumplimiento es atribuible a los trabajadores designados, cabe la posibilidad de aplicar una sanción disciplinaria por una falta muy grave (inclusive el despido).

5.5. La mediación en caso de huelga (previsiones del ASAC)

En los supuestos de huelga, el artículo 17 ASAC contempla un procedimiento especial de mediación específico, que actúa a modo de «mecanismo preventivo» de la misma, pues se establece que «antes de la comunicación formal de una huelga, la mediación deberá producirse a solicitud de los convocantes».

A tal efecto, los convocantes deberán formular por escrito su solicitud incluyendo los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas y la fecha prevista para el inicio de la misma. De dicho escrito se enviará copia al empresario. Entre la solicitud de mediación y la comunicación formal de la huelga deberán transcurrir, al menos, setenta y dos horas desde su inicio, salvo que las partes, de común acuerdo, prorroguen dicho plazo.

El Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) deberá, en el plazo de veinticuatro horas, atender la solicitud de mediación, proceder conforme a lo establecido en el artículo 14.3 ASAC sobre designación de mediador o mediadores y convocar a las partes para llevar a cabo la mediación. Ello no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la legislación vigente. Es también posible la sumisión voluntaria y concorde de las partes al procedimiento de arbitraje, lo que determina la finalización del procedimiento de mediación sin necesidad de agotamiento de los plazos.

La comparecencia a la correspondiente instancia mediadora es obligatoria para ambas partes, como consecuencia del deber de negociar implícito a la naturaleza de esta mediación (art. 17.4 ASAC). El mediador o mediadores podrán formular propuestas para la solución del conflicto que deberán tenerse por no puestas en caso de no ser aceptadas por las partes.

Durante la comparecencia ante el mediador o mediadores, el órgano de mediación intentará el acuerdo de las partes, moderando el debate y concediendo a las partes cuantas intervenciones considere oportunas. Se garantizará, en todo caso, el derecho de audiencia de los personados, así como el principio de igualdad y contradicción, sin que se produzca indefensión.

Como regla general de procedimiento de mediación, promovida la misma y durante su tramitación, las partes se abstendrán de adoptar cualquier otra medida dirigida a la solución del conflicto. La iniciación del procedimiento de mediación impedirá la convocatoria 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, por el motivo o causa objeto de la mediación, en tanto dure ésta.

El escrito de comunicación formal de la convocatoria de huelga deberá especificar que se ha intentado la mediación en los plazos anteriormente indicados o que, llevada a cabo, ésta se ha producido sin acuerdo. De no acreditarse por los convocantes tal circunstancia, se entenderá que la huelga no se encuentra debidamente convocada (art. 17.5 ASAC). En consecuencia, la huelga se calificaría jurídicamente de ilegal [*ex* art. 11.*d*) RDLRT].

Cuando se plantee la mediación en relación con la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, ésta se iniciará a solicitud de cualquiera de las partes si se plantea dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comunicación formal de la huelga. Este procedimiento también tendrá una duración de setenta y dos horas (art. 17.6 ASAC). En este tipo de conflicto, la huelga sí ha sido ya convocada.

A nivel de CCAA también existen acuerdos interconfederales de solución de conflictos colectivos laborales, donde se prevén mecanismos extrajudiciales similares a los contemplados en el ASAC, también con numerosas particularidades cuando se trata de situaciones de pre-huelga (v. gr., procedimientos de mediación o conciliación obligatorios antes de la convocatoria de huelga).

6. LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA: LOS «SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD»

Como todo derecho, el de huelga no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio también se encuentra condicionado y limitado por la necesaria tutela de otro tipo de derechos e intereses constitucionalmente protegidos. Conforme al texto constitucional, se encomienda, a la ley que regule el ejercicio de este derecho, el establecimiento de «las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (art. 28 CE, en conexión también con la defensa de los consumidores y usuarios *ex* art. 51.1 CE). Esta ley aún no se ha promulgado y es la doctrina del TC la principal fuente para delimitar el concepto de servicio esencial, así como el tipo de medidas a adoptar y la autoridad legitimada para acordarlas.

6.1. Determinación de los servicios esenciales

Nuestro TC mantiene una noción amplia de lo que se entiende por «servicio esencial». Tal noción no depende de la titularidad pública o privada del servicio prestado, es decir, el concepto no equivale necesariamente —aunque puede englobar— la noción de «servicio público», sino que se establece a través de los bienes e intereses satisfechos por dicho servicio, en la medida en que a través del mismo se satisfagan derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos. Estos servicios se relacionan con las funciones vitales para la incolumidad de la sociedad y de sus miembros, sin los cuales se colapsarían. Ello abarca, por ejemplo, los servicios de transporte, sanidad, energía, agua, recogida de residuos, comunicación audiovisual, enseñanza, Administraciones Públicas (justicia, instituciones penitenciarias, etc.). Dicho en términos del artículo 10 RDLRT, abarcarían «cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad».

6.2. Medidas a adoptar (los decretos de fijación de servicios mínimos)

Las medidas ordinarias que se adoptan consisten en el «mantenimiento de servicios mínimos en servicios esenciales», aunque también hay previstas técnicas de intervención excepcionales (como la imposición de un arbitraje obligatorio). La consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio; la adecuación del programa de servicios mínimos que haya de ser adoptada deberá estar en relación directa con el interés de la comunidad, que debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (SSTC 51/1986, de 24 de abril y 53/1986, de 5 de mayo). Estos servicios han de suponer la menor restricción posible del derecho de huelga, por lo que han de ceñirse a los servicios imprescindibles para la cobertura de los bienes y derechos

afectados. La «garantía de mantenimiento» no equivale a pleno funcionamiento (o a funcionamiento normal o habitual), sino la cobertura mínima de las necesidades que tales servicios están encargados de satisfacer.

La adopción de tales medidas corresponde exclusiva y unilateralmente a la «autoridad gubernativa». La medida más típica es la fijación de servicios esenciales mediante decreto de la autoridad gubernativa. La limitación del derecho de huelga que conlleve el mismo debe ser la estrictamente necesaria para la satisfacción de los derechos o bienes constitucionales.

Los decretos de fijación de servicios mínimos deben ser motivados, sin que se exija la previa consulta con los sujetos implicados en la huelga, aunque sí la comunicación de los mismos a los representantes de los trabajadores, previamente a su aplicación. Ambos requisitos vienen configurados por la doctrina del TC como requisitos de validez y ambos pretenden posibilitar la defensión procesal de los trabajadores frente a eventuales excesos o abusos de la autoridad administrativa y el control judicial. El establecimiento debe de realizarse para cada caso concreto, en función de las circunstancias concretas que concurren. En ocasiones pueden ser abusivos, lo que puede conllevar una judicialización de estas cuestiones. El control judicial de tales decretos se realiza en vía contencioso-administrativa [art. 3.*d*) LJS].

El TC admite la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda remitir la concreta fijación de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva, si ofrecen garantías suficientes, o bien que pueda hacer suyas las conclusiones, propuestas u ofertas de las propias partes en conflicto (STC 51/1986, de 24 de abril), aunque lo cierto es que no se prevé ningún procedimiento formalizado para llevar a cabo esta participación intersindical en la regulación de la huelga en servicios esenciales. En algunos sectores los interlocutores sociales han llegado a acuerdos sobre la materia, de manera que la autoridad gubernativa hace suyo el contenido de los mismos o las propuestas que le planteen las partes en conflicto. También existen decretos permanentes para determinados sectores (v. gr., servicios esenciales en establecimientos penitenciarios —RD 1.642/1983, de 1 de junio—; para el personal al servicio de la Administración de Justicia —RD 755/1987, de 19 de junio—; en el ámbito de la seguridad privada —RD 524/2002, de 14 de junio—).

La selección de los trabajadores concretos es también compleja y puede plantear conflictos. Aquí afloran también los problemas del control judicial: por un lado, la impugnación del decreto, que sería competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; por otro lado, la competencia sobre los litigios surgidos por la aplicación del mismo entre trabajadores y empresarios, que sería competencia de la Jurisdicción Social.

El incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados constituye una causa justificada de despido (de modo análogo a lo que sucede con el incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento); además, la empresa podría legítimamente sustituir a los huelguistas que los incumplen por otros trabajadores no vinculados previamente a la empresa, siendo posible también, por ejemplo, la celebración de una contrata a estos efectos.

En supuestos excepcionales que justifiquen la declaración de estado de alarma [art. 116 CE; arts. 2.*c*) y 12.2 de la Ley 4/1981, de 1 de junio], el Gobierno puede situar bajo su autoridad directa a los funcionarios y trabajadores de las Administraciones Públicas —movilización del personal laboral— para «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza», y asegurar su funcionamiento, en caso de paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad. El RD 1.673/2010 declaró el estado de alarma en relación con el conflicto en el ámbito del control del tránsito aéreo.

7. MODOS DE TERMINACIÓN DE LA HUELGA (EL «ARBITRAJE OBLIGATORIO»)

La huelga puede tener muy diferentes modos de terminación. Pasamos a señalar las hipótesis más frecuentes:

a) Por el transcurso del tiempo fijado por los huelguistas, el desistimiento de los convocantes, o por el abandono de los trabajadores huelguistas. Como señala el artículo 8.2 RDLRT, en cualquier momento los trabajadores pueden dar por terminada la huelga. En una situación de huelga se valora el «costo» que supondría para cada una de las partes la ruptura o deterioro de las relaciones frente al «costo» que entraña la relación precedente a la negociación o a la formalización del conflicto. Debe tenerse presente que la huelga tiene también sacrificios para los trabajadores, que no perciben el salario por el tiempo de realización de la misma, de ahí su intrínseca capacidad limitada para su sostenimiento por largos períodos de tiempo (el análisis del costo con el beneficio que se espera obtener, especialmente cuando los objetivos son concretos, más que simbólicos o trascendentes).

b) Por sometimiento a procedimientos de solución de conflictos si las partes así lo acuerdan; o bien porque su mantenimiento sea incompatible con tales procedimientos, como se prevé en los acuerdos interconfederales de solución de conflictos colectivos de trabajo o con el procedimiento administrativo de solución de conflictos colectivos previsto en el RDLRT.

c) Por acuerdo con el empresario. Dicho acuerdo puede ser directo, o bien asistido por un tercero (caso de la mediación y la conciliación). Se contempla expresamente la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ejerza sus funciones de mediación «desde que se comunique la huelga hasta la solución del conflicto» (art. 9 RDLRT; art. 3.1 LOITSS); aunque no existe óbice alguno para que conozca de conflictos laborales antes de que se comunique la huelga o cuando ésta no exista, pues para ello le reconoce expresamente facultad la LOITSS.

Este acuerdo daría lugar a los denominados «pactos de finalización de la huelga». La eficacia de lo acordado ante el mediador o mediadores varía en función del origen del tipo de conflicto, bien vinculando expresamente a las partes en conflicto, o teniendo eficacia general o *erga omnes* al igual que un convenio estatutario. La

eficacia jurídica de dichos acuerdos viene predeterminada por la representatividad de las partes que los celebran: si las partes que alcanzan el acuerdo tienen legitimación para negociar un convenio colectivo estatutario en el ámbito del conflicto (conforme a las reglas generales de legitimación y mayorías en la adopción de acuerdos del art. 87 LET y arts. 154 y 156 LJS; o del procedimiento laboral de consulta-negociación específico de que se trate en función de la materia), entonces dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que tales acuerdos, es decir, carácter jurídico normativo y eficacia personal general o *erga omnes*; no obstante, si las partes no tienen dicha capacidad, el acuerdo solamente tendrá eficacia jurídica contractual y personal limitada a los sujetos intervinientes o pertenecientes (afiliados o asociados) a los que han firmado el acuerdo.

Como se ha indicado, en caso de que se trate de sujetos legitimados para la negociación colectiva de eficacia general en el ámbito del conflicto los que alcanzan el acuerdo, el mismo tiene la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo. Por tanto, deberá ser objeto de depósito, registro y publicación en los términos previstos en el artículo 90 LET (STSJ Castilla y León, de 27 de marzo de 2006). El ASAC contempla expresamente que una vez finalizado el proceso de mediación, con acuerdo o sin acuerdo, la resolución determinada por las partes en conflicto será objeto de depósito, registro y publicación en los términos del artículo 90 LET [materia desarrollada por el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, donde se contempla expresamente, en su art. 2.1.*d*), que serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes —estatal o autonómicas—, los «acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de un conflicto colectivo, así como los de fin de huelga»].

d) Otro modo de terminación tiene un carácter excepcional. Se trata de la imposición por parte de la autoridad gubernativa de un «arbitraje obligatorio». Medida que se mantuvo, una vez que fue declarada inconstitucional la posibilidad de que el Gobierno pudiera acordar la reanudación de la actividad laboral (por vulnerar este derecho fundamental). Pero se mantuvo la posibilidad de que el conflicto que haya dado lugar a la huelga se solucione, de modo definitivo, imponiendo un arbitraje obligatorio (art. 10 RDLRT), siempre «que se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros» (STC 11/1981, de 8 de abril); y ello «teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional…» (art. 10.2 RDLRT). Como puede comprobarse, se trata de un mecanismo de solución excepcional que debe ser utilizado con gran prudencia por parte de la autoridad gubernativa competente en el ámbito del conflicto (pero que se ha aplicado en huelgas de pilotos de líneas aéreas, controladores aéreos o servicios de recogida de residuos). Emitido el laudo arbitral, los trabajadores afectados no podrán mantener la huelga legalmente, incurriendo en caso contrario en responsabilidades disciplinarias.

8. EFECTOS DE LA HUELGA

Los efectos posibles de una huelga están en relación con los regímenes jurídicos que le sean de aplicación en función de si se trata de un tipo de huelga prohibida (huelga-delito), que consista en el ejercicio de una mera libertad (huelga-libertad), o que esté regulada como derecho (huelga-derecho).

Cuando se trata del ejercicio del derecho de huelga (la huelga legal), tiene como consecuencia jurídica la suspensión del contrato de trabajo durante el período de huelga, con derecho a la reserva del puesto de trabajo del trabajador huelguista. Sin esta garantía difícilmente podría hablarse de derecho a la huelga (sino que estaríamos ante la huelga-libertad). Ello conlleva la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar —por parte del trabajador— y de remunerar el trabajo —por parte del empresario— [art. 45.1.*l*) LET]; con imposibilidad de aplicar medidas disciplinarias (art. 6.1 RDLRT); y sin que el período de huelga legal compute a efectos de la causa de extinción del contrato de trabajo relacionada con el absentismo laboral [art. 52.*c*) LET].

El ejercicio del derecho de huelga permite también la posibilidad —como facultad empresarial— de aplicar descuentos salariales proporcionales al tiempo de ejercicio del derecho de huelga (que no afectarían a la retribución de las vacaciones anuales). Ahora bien, es inconstitucional que la empresa utilice el dato de la afiliación sindical para practicar los descuentos salariales a los trabajadores pertenecientes a un sindicato convocante (STC 94/1998, de 4 de mayo).

La huelga tiene también unos efectos indirectos, de «neutralización» de los poderes empresariales, pues existe una prohibición del esquirolaje «externo», es decir, la contratación de trabajadores *ex novo* —no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma— (art. 6.5 RDLRT) o la celebración de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal para cubrir los puestos de los trabajadores huelguistas [art. 8.*a*) LETT]. Existe también una limitación de los poderes empresariales de reorganización que tengan por objeto limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga (esquirolaje «interno»). No sería legítimo el uso de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores no huelguistas para restringir o menoscabar los efectos de la huelga (STC 123/1992, de 28 de septiembre). Para entender vulnerado el derecho de huelga debe acreditarse que quienes no la secundaron llevaron a cabo actividades diversas de las que habitualmente le corresponden (STC 18/2007, de 12 de enero). Limitación que también abarca el uso de medios tecnológicos con el objeto de anular los efectos de la huelga, esto es, el denominado esquirolaje «tecnológico» considerado ilegítimo (STC 183/2006, de 19 de junio; STS de 5 de diciembre de 2012); así como el uso de la subcontratación con otras empresas y su personal para atender a los clientes (STS de 25 de enero de 2010).

Los efectos de la huelga en la relación jurídica de Seguridad Social (art. 6.3 RDLRT) se traducen en una situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotizar por parte del empresario y del propio

trabajador. Por tanto, con incidencia sobre los períodos de carencia exigibles para tener derecho a las prestaciones. El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo ni a la económica por incapacidad temporal (luego sí lo tendrá a la asistencia sanitaria por incapacidad temporal).

Sobre los no huelguistas la huelga no despliega ningún tipo de efecto, salvo que el empresario, siempre dentro de los límites vistos, emplee su *ius variandi* ordinario con el objeto de que sus prestaciones laborales sean útiles, pero sin poder privar de efectividad a la huelga. Si no fuese posible la prestación por el volumen de inasistencia o alteración del trabajo, mantendrían el derecho al salario por aplicación del artículo 30 LET, sin perjuicio de los casos tasados en que el empresario podría utilizar el cierre patronal legal [art. 12.1.*c*) RDLRT, en caso de huelga previa cuando «el volumen de inasistencia o irregularidad en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción»], situación que conllevaría también la suspensión de sus contratos de trabajo.

Los efectos de la huelga ilegal son bien diferentes, pues dicha conducta tendrá consideración de falta injustificada al trabajo y puede dar lugar a la aplicación de medidas sancionadoras por parte de la empresa (incluido el despido disciplinario si la conducta es grave y culpable), además de los descuentos salariales correspondientes. Para ello, se exige que el trabajador haya tenido una participación activa en la huelga ilegal o ilícita (art. 16 RDLRT; art. 54 LET, dentro de las causas genéricas de indisciplina o desobediencia en el trabajo o en la de transgresión de la buena fe contractual). Por participación activa ha de entenderse un protagonismo del trabajador consistente en la instigación o inducción a la huelga ilegal o el formar parte de piquetes violentos. Siendo simple causa de suspensión del contrato de trabajo en caso de que el empresario no procediese al despido, al igual que el supuesto de huelga legal, pese a no figurar en la relación de los supuestos de suspensiones del artículo 45.1 LET. Se aplica un principio «gradualista» en la aplicación de las medidas disciplinarias, como manifestación de un poder privado empresarial de sanción de los comportamientos incumplidores por parte de los trabajadores en el seno de la relación laboral. En principio, la empresa tendría libertad para aplicar o no medidas disciplinarias, pero si decide hacerlo, rige un principio de no discriminación en la aplicación de medidas disciplinarias para los trabajadores que hayan tenido el mismo comportamiento en una huelga ilegal o ilícita. El empresario puede dar de baja en la Seguridad Social al trabajador que participe en una huelga ilegal (Orden Ministerial de 30 de junio de 1977).

9. BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I.: *Convenios colectivos y acuerdos de empresa*, CISS-Praxis, Valencia, 2007.

ALFONSO MELLADO, C. L.: *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.

BAYLOS GRAU, A.: *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

BENGOETXEA ALKORTA, A.: *Las peculiaridades del conflicto colectivo de trabajo en el ámbito de la función pública*, Universidad del País Vasco, 2006.

CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Laborum, Murcia, 2008.
CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*, Universidad de León, 2006.
GARCÍA NINET, J. I. (dir.): *Manual de Derecho Sindical*, Atelier, Barcelona, 2007.
GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. (dir.): *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.
GRANADOS ROMERA, M. I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
MATO DÍAZ, J., CUETO IGLESIAS, B. y LUQUE BALBONA, D.: *La Evolución de la Conflictividad Laboral en España. Especial referencia a Asturias*, Cívitas, Madrid, 2007.
MIÑARRO YANINI, M.: *El cierre patronal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Guía sobre el derecho de libertad sindical*, Carl, Sevilla, 2008.
MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho Sindical*, 8.ª ed., Comares, Granada, 2013.
MORENO VIDA, M. N.: *La huelga en servicios esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
ORDEÑANA GERUZAGA, I.: *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Cívitas, Madrid, 2009.
— *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada, 2009.
SALA FRANCO, T. *et al.*: *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria (Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Reino Unido)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
SANTOR SALCEDO, H.: *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, La Ley, Madrid, 2006.
VIVERO SERRANO, J. B.: *La terminación de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
VVAA: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, Granada, 2002.
— *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2003.
— *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2007.
— *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Laborum, Murcia, 2008.
— *Guía práctica de mediación socio-laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
— *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, Eolas, León, 2014.

CAPÍTULO XXVIII

FLEXIBILIDAD INTERNA Y EXTERNA EN EL MODELO DE RELACIONES LABORALES ESPAÑOL. ¿UN ESPACIO PARA LA MEDIACIÓN?

M.ª TERESA DÍAZ AZNARTE
Profesora T. U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. NOCIONES PREVIAS. 2. LA MEDIACIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA Y EXTERNA. 2.1. *Antecedentes normativos*. 2.2. *La flexibilidad interna en la legislación vigente y sus vínculos con la mediación laboral*. 2.2.1. Clasificación profesional y movilidad funcional ordinaria. 2.2.2. Movilidad funcional extraordinaria. 2.2.3. Distribución irregular de la jornada. 2.2.4. Movilidad geográfica. 2.2.5. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. 2.2.6. Suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. 2.3. *Las medidas de flexibilidad externa o de salida.* 2.3.1. Reducción de la cuantía de la indemnización por despido improcedente. 2.3.2. Despido colectivo por causas empresariales (art. 51 ET) y extinción de contrato por causas objetivas (art. 52 ET). Definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y novedades en el procedimiento. 3. FLEXIBILIDAD INTERNA Y EXTERNA EN EL V ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. NOCIONES PREVIAS

Desde hace décadas la legislación laboral española ha venido experimentando una sucesión de reformas de diverso calado que han tenido un denominador común: la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo, partiendo de la premisa de que el marco normativo ordenador de la materia jurídico-laboral era excesivamente rígido y por ello incapaz de dar respuesta a los retos que permanentemente viene planteando nuestro sistema económico. El debate sobre las exigencias de nuestro modelo de producción, en aras a la consecución de unos mayores niveles de competitividad y rendimiento, es de sobra conocido y no sólo afecta a nuestro país, ya que ha sido auspiciado desde instancias comunitarias. En este contexto se incardina la crucial reforma laboral española de 1994. La noción de flexibilidad —o flexiseguridad— interna ha sido también impulsada desde las instituciones comunitarias, como muestra la Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. En su orientación número 7, bajo la rúbrica *aumentar la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral, reducir el desempleo estructural y fomentar el empleo de calidad*, dispone que «debe prestarse también la adecuada atención, juntamente con los interlocutores

sociales, a la flexiseguridad en el lugar de trabajo» [Ruesga Benito, S. (dir.), 2012: 49 ss.]. Uno de los principales argumentos esgrimidos para incidir en la flexibilización del marco de relaciones laborales ha sido su vinculación a la tasa de desempleo. El axioma fue formulado entonces y pervive hasta nuestros días: la rigidez de la legislación laboral provoca el incremento del número de desempleados y no permite arbitrar medidas eficaces para paliar esta situación.

Es así como la flexibilidad laboral se ha erigido en el hilo conductor de varias reformas legislativas, lo cual tiene una enorme trascendencia desde el punto de vista cualitativo. Porque no es tan relevante el número de veces que el Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado como la orientación político-jurídica que han inspirado tales reformas. Términos como competitividad y productividad se anudan indisolublemente a la noción de flexibilidad que, como sabemos, constituye un término poliédrico que da cobijo a múltiples realidades.

De este modo, podemos hablar de flexibilidad de entrada al mercado de trabajo cuando se arbitran diferentes fórmulas contractuales con el objetivo declarado de fomentar la ocupación. La existencia de un amplísimo elenco de modalidades contractuales laborales en nuestro ordenamiento jurídico es muestra evidente de que, al menos sobre el papel, de nuestro modelo se puede predicar sin lugar a dudas la mencionada flexibilidad de entrada. Curiosamente, la presencia en nuestra legislación de ese número excesivo de modalidades contractuales se ha venido considerando no como algo positivo, sino como un defecto que era necesario subsanar. Un intento —fallido— de acometer este proceso de racionalización vino de la mano del RD 16/2013, de 20 de diciembre de 2013, de mejora de la contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores, que formalmente redujo el número de contratos de 42 a 4 (indefinido, temporal, en prácticas y formación y aprendizaje). Sin embargo, se ha tratado de una mera simplificación administrativa, ya que, realmente, perviven bajo la denominación de «cláusulas contractuales» la totalidad de los contratos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, por lo que, al final, lo que se ha reducido realmente es el número de formularios. Evidentemente, la flexibilidad de entrada será efectiva, desde la lógica que impera en el momento actual, cuando las modalidades contractuales se inclinen por la temporalidad o la prestación de servicios a tiempo parcial, pues el contrato de trabajo común formalizado por tiempo indefinido sigue siendo considerado desde las organizaciones empresariales como excesivamente rígido. Difícilmente esta situación va a contribuir a racionalizar la temporalidad que preside la contratación laboral en España, la cual se sitúa muy por encima de la media de nuestros socios comunitarios.

En segundo lugar, nos encontramos con la denominada flexibilidad interna. Para definir en qué consiste tomaremos prestadas las palabras del propio legislador, quien, en la Exposición de Motivos de Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, expresaba que se trata del «conjunto de medidas que permitan la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción», añadiendo que su objetivo es «el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las

extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas». Dicho de otro modo, el contrato de trabajo, en tanto se está ejecutando la prestación de servicios, incrementa su ductilidad, para adaptarse a las necesidades de la organización productiva, lo cual implica que se acepta un mal menor (alterar las condiciones de trabajo en el sentido que concretaremos más adelante) para evitar un desenlace mucho más traumático, como es la extinción del vínculo contractual por causas empresariales. Las principales instituciones que se han visto afectadas por la inclusión de medidas de flexibilidad interna en su normativa reguladora han sido: clasificación profesional (art. 22 ET), jornada de trabajo (distribución irregular de la misma, art. 34 ET), movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), y suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET). En relación a varias de las instituciones mencionadas, aludiremos a la relativización de las causas que deben justificar la adopción de medidas de esta envergadura (arts. 40, 41 y 47 ET), así como a la desaparición del requisito de contar con autorización administrativa para proceder a la suspensión del contrato o a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET). Intencionadamente dejamos al margen de este estudio la reforma acometida en el sistema español de negociación colectiva, que por su entidad debe ser objeto de un tratamiento pormenorizado, si bien será inevitable aludir reiteradamente al proceso de desestructuración que ha experimentado tras las reformas operadas en 2010, 2011 y 2012. Sí resulta imprescindible destacar que se ha facilitado el descuelgue del convenio de ámbito superior —y no sólo en materia salarial, sino también en otras condiciones trabajo— y que se ha modificado la figura de la ultraactividad de los convenios colectivos, fijándose un plazo máximo de vigencia de un año desde la denuncia del convenio colectivo (Díaz Aznarte, M. T., 2014: 13-38). La posibilidad de impulsar mecanismos de solución autónoma o extrajudicial de conflictos, como la mediación —previstos por otra parte en la normativa vigente— se encuentra íntimamente conectada a los mecanismos de fomento de la flexibilidad interna, como tendremos ocasión de analizar.

Y, por último, hemos de aludir a la flexibilidad externa o de salida, vinculada a los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. La lógica que subyace tras la defensa de la flexibilización de las herramientas jurídicas que regulan la extinción del contrato es por todos conocida: facilitando el despido se fomentará la contratación, luego estas medidas estaban formalmente destinadas a desplegar un efecto directo en la reducción de la tasa de paro de nuestro país. Las fórmulas empleadas para alcanzar este objetivo han sido diversas: una reducción de la cuantía de la indemnización por los despidos calificados como improcedentes por el orden jurisdiccional social (de 45 días de salario por año de servicio con un tope de 42 mensualidades hemos pasado a 33 días de salario por año de servicio con un límite máximo de 24 mensualidades, art. 56.1 ET, tras la redacción introducida de la mano de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Adicionalmente, se han

limitado los salarios de tramitación, a los que el trabajador tendrá derecho únicamente en el caso en el que el empresario opte por la readmisión; en segundo término, se han reinterpretado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el recurso por parte de la empresa a la figura del despido por causas objetivas (art. 52 ET) o colectivo (art. 51 ET). Así, el legislador ha definido que «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Asimismo, concurrirán «causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado» [arts. 51.1 y 52.*c*) ET]; finalmente, del procedimiento reglado para acometer el despido colectivo (art. 51 ET) ha desaparecido la necesidad para la empresa de contar con autorización administrativa en aquellos casos en los que el período de consultas finalice sin acuerdo (en la misma tónica que lo estipulado en el art. 47 ET para la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

El proceso de reforma que la legislación laboral española ha experimentado en los últimos años ha incidido simultáneamente en las tres facetas de la flexibilidad que acabamos de esbozar. Seguramente éste ha sido uno de los principales errores cometidos por el legislador, ya que abordar de manera simultánea una modificación de la normativa laboral que permite la inclusión y fortalecimiento de medidas flexibilizadoras en las tres vertientes comentadas —contratación, ejecución del contrato y extinción del vínculo contractual— no sólo no contribuye, como los hechos demuestran de manera nítida, a reducir la tasa de paro, sino que provoca una alteración en la esencia del modelo de relaciones laborales, provocando un indeseable grado de inseguridad jurídica a los trabajadores. En realidad, es un hecho que la tasa de ocupación se encuentra vinculada a etapas de crecimiento económico, como lo demuestra el hecho de que con la legislación laboral vigente con anterioridad a las recientes reformas 2010, 2011 y 2012, mantuvimos la tasa de desempleo por debajo del 10 por 100 (según datos del INE, en 2005 fue del 9,2 por 100; en 2006, del 8,5 por 100 y en 2007 del 8,3 por 100, el nivel más bajo de nuestra historia reciente). La presunta rigidez de la normativa laboral en esos momentos previos a este intenso proceso reformista no constituyó un obstáculo entonces ni lo sería ahora si se diesen las circunstancias económicas propicias.

Centraremos nuestro objeto de estudio en el análisis de las medidas de flexibilidad interna y externa, partiendo del hecho de que la mediación está llamada a desempeñar

un relevante papel en la adopción de las mismas, toda vez que el propio legislador prevé que esta herramienta de solución autónoma de conflictos se configure como una alternativa al período de consultas en los términos que veremos a continuación. Todo ello debe observarse inevitablemente desde un nuevo prisma, dado el proceso de debilitamiento de la negociación colectiva supraempresarial que ha propiciado la reforma laboral, proceso iniciado mediante la promulgación del RDL 10/2010, de 16 de junio —convertido meses después en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo— y culminado con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral —siendo su precursor el RD 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral—.

2. LA MEDIACIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA Y EXTERNA

2.1. Antecedentes normativos

El fortalecimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos, en el contexto del proceso reformista de la legislación laboral que estamos abordando, comienza con la entrada en vigor del ya mencionado RDL 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El legislador reparó en los distintos mecanismos para propiciar la flexibilidad interna, llegando incluso a ofrecernos por primera vez una definición de la misma («conjunto de medidas que permitan la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción», que persigue «el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas» (Exposición de Motivos de la Ley 35/2010) y procediendo a continuación a la modificación de la redacción de los artículos 40.2 ET (movilidad geográfica, concretamente procedimiento para acometer traslados colectivos) y 41.4 ET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo). También la flexibilidad externa o de salida se aborda en esta norma, concretamente mediante la modificación del artículo 51.4 ET (despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Así, el procedimiento para acometer estas medidas (traslados colectivos, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o despidos colectivos por causas empresariales) introduce una novedad, a través de una fórmula que se repite literalmente en cada uno de los preceptos mencionados: «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho

período».

Sólo un año después, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, vuelve a incidir en la materia que nos ocupa, produciéndose lo que la doctrina ha denominado la «juridificación» del concepto de flexibilidad interna (Valdés Dal Re, F., 2011: 103), lo cual se produjo en el artículo 85.3.*i*) ET al establecer que en el contenido mínimo del convenio colectivo debían figurar: «Medidas para contribuir a la *flexibilidad interna* en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla, y, en particular, las siguientes: 1.º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento; 2.º Los procedimientos y los períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa». Del mismo modo, el artículo 85.3.*g*) ET, tras la redacción dada por el RDL 7/2011, exigió que dentro del contenido mínimo del convenio colectivo constase: «La adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa».

Estas referencias expresas a la flexibilidad interna negociada han desaparecido de la redacción del artículo 85 ET regulador del contenido mínimo del convenio colectivo. Como acertadamente ha señalado la doctrina, la orientación político-jurídica de la reforma 2012 ha revertido el proceso iniciado en el período 2010-2011 mediante el cual se incentivaba el recurso a los medios de solución extrajudicial de conflictos como manifestación de la autonomía colectiva (Valdés Dal Re, F., 2012: 5; Miñarro Yanini, M., 2012: 8).

2.2. La flexibilidad interna en la legislación vigente y sus vínculos con la mediación laboral

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido una serie de relevantes novedades en relación a la materia que nos ocupa. Si nos detenemos en el tenor literal de los distintos preceptos implicados, observamos que efectivamente continúa inalterada la referencia a la posibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación o el arbitraje en todos aquellos supuestos que hemos incardinado en el concepto de «flexibilidad interna». Los artículos 40.2, 41.4 y 47.1 ET disponen que: «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período», de manera que, aparentemente, la apuesta por el recurso a los medios de solución autónoma o

extrajudicial de conflictos continúa vigente.

Sin embargo, estos preceptos, en su conjunto, han experimentado relevantes modificaciones. El legislador, en aras a la consecución de una mayor flexibilidad laboral, alteró su redacción propiciando que el procedimiento para acometer medidas de un más que considerable calado (esencialmente movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión o reducción de jornada por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción) resultase mucho más dúctil para el empresario. Dicho en otras palabras, la Ley 35/2010 y el RD 7/2011 avanzaban en materia de flexibilidad, si bien la ubicaban en el marco de actuación de la autonomía colectiva. Las medidas flexibilizadoras eran posibles siempre y cuando fuesen negociadas. Por el contrario, la Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, ha supuesto un notable fortalecimiento del poder de dirección empresarial, ya que, como veremos a continuación, desde su entrada en vigor para la organización productiva resulta mucho más fácil implementar estas medidas sin que la decisión esté supeditada a la consecución de un acuerdo. Como ha señalado la doctrina, hasta 2011, la legislación laboral aludía a la flexibilidad interna como una flexibilidad negociada. Tras la reforma de 2012, se ha dado un paso adelante «en la desposesión de los agentes sociales de su papel en este campo» (Igartua Miró, M. T., 2012: 6).

Resulta imprescindible, llegados a este punto, efectuar un análisis panorámico de las medidas concretas de flexibilidad interna que contiene la legislación laboral vigente, para a continuación determinar qué papel puede desempeñar la mediación en la implementación de cada una de ellas.

2.2.1. Clasificación profesional y movilidad funcional ordinaria

La Ley 3/2012 incide en el contenido del artículo 22.1 ET (*Sistema de clasificación profesional*): «Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales». Desaparece, por tanto, la referencia a las categorías profesionales, abriéndose un importante espacio a la movilidad funcional ordinaria regulada en el artículo 39.1 ET en virtud del cual: «La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador». Este precepto establece la posibilidad para el empresario de alterar las funciones que realiza el trabajador en la organización productiva sin necesidad de alegar causa alguna, ya que, al tratarse de un supuesto de movilidad ordinaria, se situaría en el marco de su poder regular de dirección. La supresión del concepto de categoría profesional flexibiliza notablemente la institución de la movilidad funcional ordinaria, ya que desde la reforma de 2012 se podrá encomendar al trabajador la realización de diversas funciones con el único límite del grupo profesional en el que esté encuadrado.

La disposición adicional novena de la Ley 3/2012 establece que los convenios colectivos disponen del plazo de un año para eliminar cualquier referencia a las

categorías profesionales. A partir de entonces, sólo podrán aludir a los grupos profesionales. No obstante, ha señalado la doctrina que esta disposición puede incardinarse en el denominado «*soft law* (derecho débil), de manera que el agotamiento del plazo sin que se haya producido la adaptación contemplada no conduce a la nulidad sobrevenida e inaplicación de los preceptos del convenio sobre clasificación profesional» (Gárate Castro, F. J., 2013: 4 y 5).

2.2.2. Movilidad funcional extraordinaria

El artículo 39.2 ET permite que el empresario encomiende al trabajador la realización de tareas de un grupo profesional superior (movilidad vertical ascendente) o inferior (movilidad vertical descendente). Este precepto establece que: «La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores». Nos encontramos por tanto ante un supuesto de movilidad extraordinaria, que no se incardina sin más en el poder de dirección regular de la empresa, ya que ésta tendrá que justificar las causas que conducen a la adopción de la medida. La reforma operada a través de la Ley 3/2012 ha modificado de una forma más incisiva la movilidad vertical descendente, ya que ha eliminado el requisito de concurrencia de «necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva» para encomendar al trabajador la realización de funciones correspondientes a un grupo profesional inferior a aquel en el que estaba inicialmente encuadrado.

Tampoco ha pasado desapercibida la supresión de la referencia al obligado respeto a la formación y promoción profesional del trabajador en los supuestos de movilidad funcional (contenida en la anterior redacción del art. 39.3 ET). Coincidimos con quienes afirman que hay que interpretar con mucha cautela esta decisión del legislador, que no puede significar en ningún caso que la empresa puede acometer regularmente esta medida aun en el caso de perjudicar los derechos de formación y promoción profesional del trabajador. Es imprescindible, por tanto, efectuar una interpretación integradora de la redacción actual del artículo 39 ET y los artículos 35 CE (derecho a la promoción a través del trabajo), 4.2.*b*) ET (proclama como derecho básico del trabajador la promoción y formación profesional en el trabajo) y 39.1 ET (ordena que la movilidad funcional respete en todo caso la dignidad del trabajador) (Gárate Castro, 2013: 7-8).

2.2.3. Distribución irregular de la jornada

El artículo 34.2 ET dispone que: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por

ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla». Este precepto, hasta llegar a su redacción actual, experimentó diferentes modificaciones en su redacción de la mano de distintas disposiciones normativas (RD 7/2011, RD 3/2012, la Ley 3/2012 y del RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de nuevo es un claro ejemplo de flexibilización en el sentido que antes hemos apuntado: fortalecimiento del poder unilateral del empresario. No podemos perder de vista el hecho de que, en defecto de pacto —es decir, con carácter subsidiario a los instrumentos de la autonomía colectiva— la empresa podrá proceder a implementar esta medida, teniendo como único límite cuantitativo el expresado en el precepto, esto es, el 10 por 100 de la jornada.

2.2.4. Movilidad geográfica

El artículo 40 ET contiene el régimen jurídico de desplazamientos y traslados, figuras ambas que implican para el trabajador un cambio de residencia. Prevé la legislación laboral que la empresa, siempre y cuando concurran razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, pueda proceder al desplazamiento (temporal) o traslado de los trabajadores. Añadiendo que: «Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial».

La reforma de 2012 también ha incidido en la regulación de la movilidad geográfica, dando una redacción mucho más flexible a las causas que justifican el traslado (ha desaparecido la referencia a la necesidad de que la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda).

El desplazamiento temporal del trabajador aparece regulado en el artículo 40.4 ET, siempre previa justificación de las causas anteriormente enunciadas. En este caso, la empresa tendrá que abonar a los trabajadores los gastos de viaje y las dietas, y deberá informarle de la medida con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses (en este caso el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario). Una vez comunicada la decisión al trabajador, éste decidirá si acepta la medida en los términos apuntados o decide impugnarla ante el orden jurisdiccional social, sin perjuicio de su ejecutividad.

Conforme al artículo 40 ET, el traslado puede ser individual/plural o colectivo, en

función del número de trabajadores que se vean afectados por la medida en un período de noventa días. Y para cada una de esas modalidades se prevé un procedimiento diferenciado. Cuando el traslado es individual o plural, la normativa vigente no prevé la apertura de período de consultas alguno. Por el contrario, si el traslado es colectivo (esto es, en un período de noventa días afecta a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores; o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos, diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; o treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores), debe ir necesariamente precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no será superior a quince días. Finalizado este período de consultas, el empresario ha de notificar la decisión de traslado al trabajador, y a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

¿Qué opciones tiene el trabajador a quien se le haya notificado en los términos previstos que se traslada a otro centro de trabajo que implica cambio de residencia permanente para prestar sus servicios? El trabajador puede optar por: *a*) Acatar la medida, percibiendo una compensación por los gastos que la misma le origine, la cual comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos; *b*) La extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades; *c*) La impugnación de la decisión empresarial, sin perjuicio de su ejecutividad en el plazo de incorporación citado. Para ello, el trabajador no puede haber optado antes por la extinción de su contrato.

Observamos cómo el período de consultas se restringe al traslado colectivo, y el propio legislador concreta, en el artículo 40.2 ET, el deber de las partes de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, el cual «requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados». Y es en este contexto en el que la mediación puede desempeñar un relevante papel, teniendo en cuenta que el propio artículo 40.2 ET prevé que: «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período».

La mediación, si las partes optan por recurrir a este procedimiento de solución autónoma de conflictos para solventar las discrepancias que surjan durante el período

de consultas, puede resultar de enorme utilidad a la hora de concretar las causas que justifican el traslado, intentar reducir el número de trabajadores afectados por la medida, especificar cuándo la medida implica realmente un cambio de residencia o determinar el orden de prioridad de permanencia de los colectivos titulares de este derecho —trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, artículo 40.5 ET— (Del Rey Guanter, S., 2013: 7-8).

2.2.5. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 ET, la empresa «podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Observamos cómo el legislador reproduce en este precepto las causas que ya enunció en el artículo 40 ET regulador de la movilidad geográfica.

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es sumamente complejo y se encuentra plagado de problemas interpretativos que han sido objeto de un intenso tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial. Las características de esta obra nos obliga a efectuar un somero análisis de las principales previsiones normativas contenidas en este precepto, esencialmente en lo referido a nuestro objeto de estudio: la posibilidad de que la mediación pueda ocupar un lugar en el procedimiento arbitrado en el artículo 41 ET.

Interesa señalar que, conforme al artículo 41.2 ET: «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos» y las materias que, entre otras —estamos por tanto ante una lista abierta—, el propio legislador considera «sustanciales», como son: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley (art. 41.1 ET).

El procedimiento para acometer la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 ET guarda importantes similitudes con el previsto en el artículo 40 para la movilidad geográfica. Así, la modificación sustancial puede ser individual/plural o colectiva, en función del número de trabajadores que se vean afectados por la medida en un período de noventa días. La normativa vigente no prevé la apertura de período de consultas cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es individual o plural. En este caso, la decisión empresarial deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.

Se considerará que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo reviste carácter colectivo cuando, en un período de noventa días, afecte a un número de

trabajadores de, al menos, 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. En este caso, la decisión empresarial debe ir necesariamente precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no será superior a quince días.

Las opciones del trabajador son las siguientes: aceptar sin más la medida, extinguir el contrato de trabajo con derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un límite máximo de nueve mensualidades (esta posibilidad no se prevé si la alteración sustancial afecta al sistema de trabajo y rendimiento), o impugnar la decisión empresarial ante el orden jurisdiccional social aunque, eso sí, sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación sustancial.

De nuevo, el legislador contempla de manera expresa la posibilidad de sustituir el período de consultas «por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período» (art. 41.4 ET).

Resulta indudable que, en el contexto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, son múltiples y de diverso calado las cuestiones que podrían componerse a través del recurso a la mediación. Así, cabría resolver en este ámbito las discrepancias surgidas en torno a la consideración como sustancial o accidental de la condición que se pretenda alterar, incluso cuando afecte a alguna de las materias expresamente recogidas en el artículo 41.1 ET. También se ha señalado que la solución autónoma de conflictos podría contribuir a determinar si la modificación de una materia, aun no estando incluida en el tenor literal del precepto, puede considerarse sustancial de cara a la aplicabilidad del procedimiento previsto en el mismo —se alude en este sentido a la figura de los beneficios sociales «a veces difíciles de conceptuar como condiciones de trabajo»— (Del Rey Guanter, S., 2013: 10).

2.2.6. Suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Aunque esta medida de flexibilidad interna era contemplada por nuestra legislación laboral desde hace tiempo, lo cierto es que se ha visto redimensionada a través de las Leyes 35/2010 y 3/2012. Una de las principales novedades, introducida en 2012, reside en el hecho de que se ha eliminado el requisito de la autorización administrativa previa para implementar estas medidas. Debemos destacar que se ha incidido en esta faceta temporal y revocable de flexibilidad interna insistiendo en su configuración como una alternativa a la flexibilidad externa e incluso como una salida menos dañosa para los trabajadores que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 ET, que revestiría carácter permanente y estaría sujeta a un procedimiento bien distinto, como hemos tenido ocasión de esbozar. El artículo 47 ET contempla dos medidas —suspensión del contrato y reducción de jornada— ambas coyunturales —limitadas en el tiempo— y

que se presentan como una alternativa a la extinción definitiva del contrato de trabajo. En ambos supuestos se requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definidas por el artículo 47.1 ET: «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

La empresa, acreditando la concurrencia de las causas indicadas, podrá suspender los contratos de trabajo o reducir la jornada laboral. En este último caso, la disminución temporal de la jornada que contempla el artículo 47.2 ET es aquella que oscila entre un 10 y un 70 por 100 de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Tanto en el caso de suspensión como en el de reducción de jornada, habrá que respetar el procedimiento previsto en el artículo 47.1 ET, que será de aplicación con independencia del número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por esta medida de flexibilidad interna. El mencionado procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.

Durante la suspensión de los contratos los trabajadores no tienen derecho a salario ni a indemnizaciones, pero pueden acceder a prestaciones de desempleo si reúnen las condiciones legalmente exigidas para ello. En los supuestos de reducción temporal de la jornada el trabajador estará en situación legal de desempleo (art. 208.1.3 de la Ley General de Seguridad Social) y podrá acceder a la prestación de desempleo parcial, cuyo consumo se producirá por horas y no por días. El porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada. Ello significa que en el caso de reducción de jornada, el trabajador percibirá la parte proporcional del salario, que compatibilizará con la cuantía correspondiente de la prestación de desempleo parcial.

Una vez finalizado el período de consultas, «el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo». Y de nuevo, el legislador recurre a la fórmula que ya ha utilizado en los artículos 40 y 41, y reitera en el artículo 47.1 ET: «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o

arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período». Insiste en este particular el artículo 28 del RD 1.483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que remite expresamente a los procedimientos «regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o autonómico».

2.3. Las medidas de flexibilidad externa o de salida

Como hemos visto, la flexibilidad externa o de salida se encuentra vinculada a los mecanismos extintivos del contrato de trabajo. La delicada situación económica que estamos atravesando ha constituido para el legislador la base sobre la que sustentar una serie de relevantes modificaciones del marco regulador del despido. Las principales medidas que se han incorporado al Estatuto de los Trabajadores en este sentido han sido las siguientes:

2.3.1. Reducción de la cuantía de la indemnización por despido improcedente

El artículo 56.1 ET, tras la reforma de 2012 (primero mediante el RD 3/2012 y luego a través de la Ley 3/2012), establece que la indemnización por despido improcedente, cuando el empresario no opte por la readmisión del despedido, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Es importante señalar que esta previsión normativa será de aplicación tanto a los contratos formalizados tras la entrada en vigor del RD 3/2012, como a los ya existentes, si bien el legislador ha evitado un efecto retroactivo absoluto de esta regla, concretando que para los contratos celebrados con anterioridad la indemnización será de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un límite de cuarenta y dos mensualidades hasta la fecha de entrada en vigor de la reforma y de treinta y tres días de salario por año de servicio con un límite máximo de veinticuatro mensualidades por el tiempo de prestación de servicios posterior.

Paralelamente, los salarios de tramitación —aquellos que los trabajadores dejan de percibir desde el momento en el que se formaliza el despido hasta la sentencia que declara su improcedencia— también se han visto limitados, ya que se percibirán únicamente en el caso de que el empresario opte por la readmisión (y no si decide indemnizar y extinguir el vínculo contractual).

2.3.2. Despido colectivo por causas empresariales (art. 51 ET) y extinción de contrato por causas objetivas (art. 52 ET). Definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y novedades en el procedimiento

El legislador concreta que «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución

persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Asimismo, concurrirán «causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado». La determinación de las causas resulta aplicable, por mandato expreso del legislador, a lo dispuesto en los artículos 51.1 y 52.*c*) ET.

El *despido colectivo* (art. 51 ET) supone la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se considera tal cuando afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores sea superior a cinco o cuando en un período de noventa días la medida se dirija a un número de trabajadores superior al establecido en la escala que ya conocemos, pues se reproduce la empleada en los artículos 40 y 41 ET: diez trabajadores en empresas que ocupen a menos de cien, el 10 por 100 de trabajadores en empresas que ocupen entre cien y trescientos, o treinta trabajadores en empresas que ocupen a más de trescientos.

El procedimiento para acometer un despido colectivo por causas empresariales se encuentra en el artículo 51 ET y en el RD 1.483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Una de las principales novedades que ha introducido la reforma de 2012 ha sido la supresión de la autorización administrativa que debía obtener la empresa para proceder a la extinción de los contratos en aquellos casos en los que el período de consultas finalizase sin acuerdo (al igual que ha sucedido en relación al artículo 47 ET, que contiene el régimen jurídico de la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). El artículo 51.2 ET establece que el despido colectivo ha de ir precedido por un período de consultas con los representantes de los trabajadores, de una duración máxima de treinta o quince días, en función del tamaño de la empresa, superior o inferior a cincuenta trabajadores, respectivamente. El empresario ha de comunicar por escrito a los representantes de los trabajadores la apertura del período de consultas, remitiendo una copia a la autoridad laboral. La comunicación escrita, que ha de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas que justifican el despido colectivo y de la pertinente documentación contable, fiscal y los informes técnicos, concretará además los siguientes aspectos: *a*) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1; *b*) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; *c*) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; *d*) Período previsto para la realización de los despidos; *e*) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores

afectados por los despidos; *f*) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; *g*) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

De nuevo, en el artículo 51.2 ET, el legislador repite la fórmula que conocemos y que abre un espacio a la mediación laboral: «El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período».

La indemnización para los trabajadores afectados por el despido colectivo será la fijada en el acuerdo correspondiente, si es que se ha alcanzado durante el período de consultas y como mínimo en todos los casos veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

La *extinción del contrato por circunstancias objetivas* (arts. 52 y 53 ET) es una institución compleja, que alberga en su seno la posibilidad para el empresario de poner fin al contrato de trabajo argumentando la concurrencia de causas de diversa índole: *a*) Ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; *b*) Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo; *c*) Concurrencia de alguna de las causas recogidas en el artículo 51 ET cuando la extinción afecte a un número inferior de trabajadores; *d*) Faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando superen los límites establecidos en la norma; *e*) La insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas.

Se trata de un mecanismo extintivo que requiere la comunicación por escrito al trabajador afectado, en el que se debe concretar la causa que motiva el despido. Simultáneamente, la empresa pondrá a disposición del trabajador una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (art. 53 ET). Además, será preceptiva la concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo, del que, en el supuesto contemplado en el artículo 52.*c*), se dará copia a la representación legal de los trabajadores.

Observamos cómo la línea que separa el artículo 51 y 52.*c*) ET es sumamente tenue. Intencionadamente, el legislador ha hecho compartir idénticas causas justificativas a ambos preceptos (económicas, técnicas, organizativas o de producción), trazando el límite entre uno y otro simplemente en función del número de trabajadores afectados por el despido en un período de referencia de noventa días.

Así, cuando nos encontramos en el ámbito de aplicación del artículo 52.*c*) ET, el procedimiento para acometer la extinción del contrato (o contratos) se simplifica notablemente, toda vez que no existe referencia alguna al período de consultas. En este caso, por tanto, no existe mención alguna a la posibilidad de recurrir a procedimientos de solución autónoma de conflictos.

Al trabajador, cuando discrepe de la decisión empresarial, le queda la posibilidad de impugnarla ante el orden jurisdiccional social, el cual declarará su procedencia, improcedencia o nulidad.

3. FLEXIBILIDAD INTERNA Y EXTERNA EN EL V ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

El V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial), firmado el 7 de febrero de 2012 (*BOE* de 23 de febrero de 2012), incorpora en relación a la materia que nos ocupa algunas novedades relevantes si lo comparamos con su antecesor, el ASEC IV. El texto actualmente vigente de manera expresa alude a la ampliación de los conflictos colectivos en los que la solución extrajudicial está llamada a desempeñar sus funciones. El artículo 4.1.*e*) del ASAC incluye, entre los conflictos afectados, «los derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Asimismo, el artículo 4.1.*j*) alude a «Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos».

La implementación de medidas de flexibilidad —interna y externa— ha estado muy presente tanto en las modificaciones operadas en la normativa reguladora de las instituciones afectadas como en la redacción del Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de 2012, y ello a pesar de que, como ha señalado la doctrina, resulta llamativo que en ningún momento exista en el Estatuto de los Trabajadores ninguna referencia explícita a este Acuerdo, por lo que se ha considerado que el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el ASAC «han desarrollado vidas paralelas» (Del Rey Guanter, S., 2013: 3).

Una interpretación integradora de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores y el ASAC nos permite realizar las siguientes consideraciones:

— En el contexto de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos en primer término con una serie de instituciones en las que, si bien la mediación no está excluida, difícilmente encontrará un espacio de actuación. Ello acontecerá en relación a la clasificación profesional (art. 22 ET), la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 ET) y la distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET). Ni el Estatuto de los Trabajadores ni el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales prevén que en estos casos se recurra a procedimientos como la mediación o el arbitraje. Ello

no significa en absoluto que el recurso a la mediación tenga que encontrarse de manera expresa en los preceptos reguladores de las instituciones jurídico-laborales. Podría incardinarse, perfectamente, en el contexto de la negociación colectiva y las discrepancias que surjan durante la misma vinculadas a estas materias. Ahora bien, siendo realistas, no parece demasiado plausible que en supuestos como los analizados —esencialmente los artículos 39.1 y 34.2 ET— la mediación vaya a desplegar una actividad significativa, y ello, en primer lugar, porque ni la movilidad funcional ordinaria ni la distribución irregular de la jornada son medidas que requieran a la empresa la justificación de causa alguna; por otro lado, y en lo tocante a la distribución irregular de la jornada, no podemos obviar el hecho de que, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, la decisión podrá adoptarla unilateralmente el empresario. En definitiva, que la mediación encuentre un espacio de actuación en estos casos se ha dejado a la voluntad del empresario.

— En cuanto a la movilidad funcional extraordinaria (art. 39.2 ET), habría que efectuar algunas precisiones. Ciertamente, el artículo 39.2 ET en ningún momento efectúa un llamamiento a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos para resolver las discrepancias que puedan surgir cuando la empresa encomienda al trabajador la realización de funciones de un grupo profesional superior o inferior a aquel en el que estaba originariamente encuadrado. Sin embargo, el ASAC, en su artículo 4.1.*j*) alude a: «Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos». Indudablemente, en el ámbito de la movilidad funcional extraordinaria, causal y temporal, aunque no se prevé período de consultas con la representación legal de los trabajadores —bastará con informarles—, nada impediría que la mediación actuase para resolver controversias que plantee esta institución (Del Rey Guanter, S., 2013: 7).

— Respecto a instituciones como la movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET), existe un llamamiento expreso a la mediación, reiterado por el artículo 4.1.*e*) ASAC, ya que en cualquier momento del período de consultas las partes pueden acordar su sustitución por un procedimiento de mediación o arbitraje. Esta previsión no está exenta de problemas, ya que el legislador ordena que el procedimiento de solución autónoma de conflictos se desarrolle dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas, el cual, como hemos señalado, ya se ha visto considerablemente reducido tras la modificación de los preceptos aludidos. La labor del mediador evidentemente se dificulta si éste se incorpora cuando ya se ha consumido una parte importante del período de consultas. Idénticas reflexiones cabe efectuar sobre el supuesto de flexibilidad externa en el que tiene cabida la mediación: el despido colectivo regulado en el artículo 51 ET, cuyo procedimiento, como hemos reiterado, contempla también la posibilidad para los sujetos negociadores de sustituir el período de consultas por la mediación o el

arbitraje.

4. BIBLIOGRAFÍA

DEL REY GUANTER, S.: «Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales», http://fsima.es/wp-content/uploads/FLEXIBILIDAD-INTERNA-NC-Y-MEDIOS-EXTRAJUDICIALES.pdf).

DÍAZ AZNARTE, M. T.: «La ultraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas. ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudecimiento de las medidas de conflicto colectivo?», *Temas Laborales*, n.º 123, 2014, pp. 13-38.

GÁRATE CASTRO, F. J.: «Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 8, 2013.

GRANADOS ROMERA, M. I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2012.

MIÑARRO YANINI, M.: «El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales», *Actualidad Laboral*, n.º 19, Sección Estudios, noviembre 2012, tomo 2.

VALDÉS DAL RE, F.: «Hacia un derecho común de la flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, n.os 19-20, 2012.

— «La juridificación del concepto de flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, 2011-II.

VVAA: *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*, dir. Ruesga Benito, S., Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012, pp. 49 ss.

CAPÍTULO XXIX

LA NEGOCIACIÓN DIRECTA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MEDIACIÓN

M.ª NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO MANIFESTACIÓN FORMAL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO COLECTIVO. 2.1. *Concepto legal*. 2.2. *Tipos legales de convenios colectivos: ordinarios y de eficacia general.* 2.3. *El ámbito de los convenios colectivos*. 2.3.1. Las unidades de contratación. Identificación y criterios para la selección del ámbito del convenio colectivo. 2.3.2. Concurrencia de convenios. La regla general de prohibición de concurrencia de convenios y sus excepciones. 2.3.3. La estructura de la negociación colectiva. Los Acuerdos marco y los Acuerdos interprofesionales sobre materias concretas. 2.4. *Los sujetos del convenio colectivo.* 2.4.1. Las partes contratantes: legitimación para negociar. 2.4.2. Los sujetos obligados. La inaplicación del convenio colectivo. 2.5. *La adhesión a un convenio colectivo vigente y la extensión del convenio colectivo.* 2.6. *El contenido del convenio colectivo: ámbito y límites.* 2.6.1. El contenido normativo del convenio colectivo. 2.6.2. El contenido obligacional. 2.6.3. El contenido mínimo del convenio colectivo. 2.7. *La elaboración del convenio: la negociación colectiva. El deber de iniciar la negociación*. 2.7.1. Inicio. 2.7.2. El deber de iniciar la negociación. 2.7.3. La determinación y constitución de la comisión deliberante. 2.7.4. La negociación como proceso. Incidencias (el arbitraje, la aparición del conflicto colectivo y la huelga). 2.8. *La validez jurídica del convenio colectivo*. 2.9. *La eficacia jurídica del convenio colectivo.* 2.9.1. Publicación y entrada en vigor. 2.9.2. La duración del convenio colectivo. Sucesión de convenios. 2.9.3. Eficacia jurídica del convenio. 2.10. *La interpretación del convenio: los medios autónomos de solución de conflictos y la decisión judicial.* 2.10.1. Medios autónomos de solución de conflictos. 2.10.2. La solución judicial.

1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO MANIFESTACIÓN FORMAL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

De la contraposición entre capital y trabajo en el ámbito de las relaciones laborales surge el conflicto colectivo de intereses, que se plantea tanto a nivel de empresa como en el ámbito supraempresarial, traduciéndose en «conflicto social». Ese conflicto colectivo de intereses se puede componer por vía heterónoma (a través de una norma estatal o regla pública de obligado cumplimiento) o por vía autónoma (la autonomía colectiva reconocida por el ordenamiento jurídico para la autocomposición de los conflictos derivados del trabajo asalariado). El sistema jurídico es sensible a la existencia de intereses colectivos profesionales y los ha reconocido en cuanto tales, dándoles relevancia jurídica, y, al mismo tiempo, ha reconocido autonomía a los sujetos que personifican el conflicto, para su composición. La autonomía colectiva es, pues, un poder o facultad que el Derecho reconoce a los grupos particulares de

resolver los conflictos de intereses en que estén inmersos y que se exterioriza formalmente a través de los convenios o acuerdos colectivos de trabajo.

La Constitución consagra el principio de la autonomía colectiva, garantizando el derecho de los grupos sociolaborales a la autocomposición de los intereses que le son propios (arts. 7 y 37.1 CE), haciéndola convivir con las normas jurídicas del Estado y bajo la supremacía de éstas, pero delimitando sus respectivos espacios de regulación jurídica.

El convenio colectivo es la expresión formal del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios, en virtud de su autonomía colectiva, para regular las condiciones de trabajo y, en general, las relaciones de los trabajadores y de los empresarios.

Su naturaleza jurídica es compleja, teniendo, como señaló Carnelutti, «cuerpo de contrato y alma de ley». Tiene un origen pactado («cuerpo de contrato») pero carácter normativo («alma de ley»). Se puede decir que el convenio colectivo pertenece a una clase de normas que técnicamente pueden llamarse normas paccionadas. El convenio colectivo tiene fuerza normativa frente a sus sujetos destinatarios distintos de las partes sociales contratantes (representantes de los trabajadores y empresarios, dice expresivamente el art. 37.1 CE).

El convenio colectivo ha supuesto la institucionalización jurídica del conflicto colectivo de trabajo; no sólo porque lo resuelve dinámicamente cuando éste se produce, sino también porque se tiende a producir una separación entre conflicto actual y convenio, en la medida en que se estandariza el proceso de negociación formal: a menudo el convenio es sustituido por otro nuevo sin que se haya producido un conflicto intermedio; o cuando éste se ha producido, ya se ha predispuesto inmediatamente el cauce jurídico-procedimental apto para su solución pacífica. La «secuencia» tradicional venía siendo: «conflicto-convenio-conflicto-convenio…». Actualmente, en un sistema evolucionado de negociación colectiva, se produce una progresiva independización entre conflicto y convenio, de manera que la secuencia cambia radicalmente en los términos siguientes: «convenio-conflicto-convenio… convenio-convenio-convenio.

La negociación colectiva y el convenio colectivo gozan de una garantía constitucional *ex* artículo 37.1 CE. Este precepto tiene atribuida eficacia directa e inmediata (sección 2.ª, cap. 2.º, del Título I CE). La Constitución garantiza el derecho de las partes sociales a negociar colectivamente sin injerencias externas del poder público, el cual debe respetar el espacio vital que le es propio a la autonomía colectiva. La titularidad del derecho en el sistema constitucional es deliberadamente amplia, porque se atribuye a «los representantes de trabajadores y empresarios», sin limitarlo a los sindicatos.

Por otra parte, la negociación colectiva forma parte necesariamente del contenido esencial de la libertad sindical, por lo que el TC ha extendido la protección de la libertad sindical a la facultad de negociar de los representantes de los trabajadores y empresarios.

El mandato constitucional ha sido parcialmente cumplido con la Ley reguladora

del Estatuto de los Trabajadores, cuyo Título III lleva por rúbrica «De la negociación y de los convenios colectivos». Pero a pesar de la apariencia jurídica de que se regula toda la negociación colectiva en su conjunto, sólo se regula una manifestación cualificada: el convenio colectivo de eficacia normativa general («los convenios colectivos regulados por esta Ley», dice significativamente el art. 82.3 ET).

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO COLECTIVO

2.1. Concepto legal

El artículo 82.1 ET no proporciona una definición legal de los convenios colectivos que regula, sino que describe su dinámica. En efecto, conforme a dicho precepto, «los convenios colectivos, como resultado de la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva». Esa definición descriptiva debe completarse, sin embargo, con la referencia al objeto (regulación de las condiciones de trabajo y de productividad, y asimismo las relaciones entre los empresarios y los trabajadores; arts. 82.2 y 85.1 ET), a la forma (expresión formal escrita; art. 90.1 ET) y a la eficacia (eficacia normativa personal generalizada; art. 82.3 ET).

2.2. Tipos legales de convenios colectivos: ordinarios y de eficacia general

La Constitución (art. 37.1 CE) garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos, pero no prejuzga nada acerca de su ámbito personal ni de su eficacia normativa. El texto constitucional no se define respecto de cuál sea la eficacia personal del convenio colectivo, es decir, de quiénes serán afectados por el convenio colectivo: la totalidad de trabajadores y empresarios de su ámbito de aplicación (eficacia general, extraordinaria), o sólo quiénes están estrictamente representados por las partes que lo han negociado (eficacia limitada, ordinaria); tampoco define quiénes sean esos «representantes». Por consiguiente, la Constitución consagra una fórmula abierta a distintos tipos legales de convenio colectivo, siempre que, al menos, toda organización profesional concernida por el convenio pueda tener la efectiva oportunidad de negociar.

El derecho de las organizaciones profesionales a negociar un convenio colectivo de eficacia limitada (que despliegue, por tanto, su fuerza jurídica de obligar exclusivamente a los trabajadores y empresarios afiliados o asociados a las organizaciones pactantes) forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, atendiendo a la amplitud de la fórmula del artículo 37.1 CE. Por el contrario, la eficacia personal generalizada del convenio (esto es, su carácter *erga omnes*, extendido en todo su ámbito de aplicación) es un «plus» que, partiendo de la Constitución, la ley «puede» llevar a cabo como legítima opción

de política legislativa, como forma de potenciación de la representatividad colectiva y sindical, y como cauce adecuado para conseguir la homogeneización de las condiciones de trabajo, evitando una excesiva fragmentación y desarticulación en el sistema de negociación colectiva.

Pese al enunciado legal genérico del Título III («De la negociación y de los convenios colectivos»), en realidad existen dos tipos legales de convenio colectivo:

— *Los convenios colectivos «ordinarios»* (de eficacia limitada o también llamados «extraestatutarios»), basados directamente en el artículo 37.1 CE, que despliegan su eficacia jurídica tan sólo respecto a las personas directamente representadas en una negociación colectiva, y que no se atienen a las normas y reglas de procedimiento del Título III del ET.

— *Los Convenios colectivos de «eficacia general»* (también llamados «estatutarios», o *erga omnes*), que despliegan su fuerza jurídica de obligar a todos los trabajadores y empresarios comprendidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82.3 ET) y que deben seguir las reglas y procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

2.3. El ámbito de los convenios colectivos

2.3.1. Las unidades de contratación. Identificación y criterios para la selección del ámbito del convenio colectivo

Se entiende por «unidades de negociación» el conjunto de relaciones de trabajo, preexistentes al propio convenio colectivo, que las partes delimitan como ámbito para el que se van a regular las condiciones de trabajo y que, una vez celebrado el convenio colectivo, constituirá su ámbito de aplicación. El artículo 83.1 ET expresa un principio de libertad, estableciendo que: «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

La selección de dichas unidades de negociación viene marcada en la práctica por la estructura de negociación preexistente, es decir, la práctica anterior, ya que se tiende a conservar las unidades de negociación consolidadas con el transcurso del tiempo; si bien nada impide que, existiendo acuerdo entre las partes y respetando las limitaciones legales, se puedan crear nuevas unidades de negociación.

La combinación entre los ámbitos funcional, territorial y personal delimita propiamente la unidad de contratación:

— El *ámbito territorial* delimita el espacio geográfico o espacial en que se va a aplicar el convenio colectivo, y así éste podrá ser de ámbito local, comarcal, provincial, interprovincial, de comunidad autónoma o estatal.

— El *ámbito funcional* hace referencia a los sectores, sector o rama de actividad económica, grupo de empresas, empresa o ámbito inferior a ésta a los que ha de aplicarse el convenio. La terminología utilizada en la Ley (art. 87 ET) hace referencia a convenios de empresa o ámbito inferior (centro de trabajo, departamento, sección o

grupo de trabajadores); convenios de grupo de empresas; y convenios supraempresariales (sector de actividad, subsector, o también intersectoriales). El ámbito funcional puede hacer referencia incluso a una cierta categoría de personas; o grupo específico de trabajadores, caracterizados por pertenecer a una categoría o grupo profesional diferenciado; son los denominados «convenios franja». De este modo:

• El ámbito inferior a la empresa puede ser una unidad vertical (departamento, sección, centro de trabajo), o unidad horizontal (grupo de trabajadores, convenios franja).
• El ámbito de empresa (entendida como una organización productiva de trabajo y capital orientada hacia el mercado) puede referirse a una empresa con una estructura simple o empresa con una estructura jurídico-económica compleja (grupo de empresas).
• Por ámbito supraempresarial se entiende la rama o sector de actividad económica, o un conjunto integrado de empresas.

— Por su parte, el *ámbito personal* se refiere a las clases o categorías de trabajadores, grupos o categorías profesionales a los que se aplica, o en su caso no se aplica, el convenio colectivo. La jurisprudencia constitucional y ordinaria han señalado que la exclusión del ámbito del convenio de los trabajadores temporales, fijos discontinuos o eventuales supone una discriminación y que la libertad de las partes para fijar las unidades de negociación está condicionada en primer lugar por los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

Tampoco es posible en los convenios colectivos estatutarios *erga omnes* la autolimitación del ámbito personal del convenio exclusivamente a los trabajadores afiliados a un sindicato determinado, porque la unidad de negociación exige que exista un dato objetivo estructural o de carácter profesional, sin distinción por razón de pertenencia a un sindicato.

Como en principio no existen unidades de negociación predeterminadas, su delimitación puede presentar una gran complejidad. A estos efectos la disposición final 2.ª ET prevé una Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (regulada por RD 1.362/2012, de 27 de septiembre), de carácter tripartito, que tendrá como funciones «el asesoramiento y consulta a las partes de las negociaciones colectivas de trabajo en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios» y la creación y mantenimiento de un «catálogo de actividades que pueda servir de indicador para las determinaciones de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva».

Sin embargo, el principio de libertad de la determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos consagrado en el artículo 83.1 ET no es absoluto, sino que está sometido a determinadas limitaciones:

— Por un lado, hay un límite referido a la capacidad de las propias partes negociadoras, en cuanto que ninguna de las partes puede negociar fuera de su ámbito

territorial y funcional (un comité de empresa no puede negociar más allá del ámbito de la empresa o del centro de trabajo, un sindicato provincial de un determinado sector no puede negociar fuera del ámbito de su provincia y de su sector, un sindicato provincial no podrá negociar un convenio en este ámbito si no existe en la provincia la patronal correspondiente). A ello hay que añadir además las reglas imperativas sobre legitimación que impone el artículo 87 ET, de tal forma que las partes no podrán optar por una unidad de negociación en la que no reúnan los requisitos de legitimación exigidos legalmente.

— En segundo lugar, el artículo 84 ET limita también la libertad de las partes, ya que prohíbe, en principio, la concurrencia de convenios colectivos, de modo que las partes que vayan a negociar no podrán optar por una unidad de negociación que esté ya afectada por un convenio colectivo vigente de distinto ámbito.

— En tercer lugar, la jurisprudencia ha venido estableciendo otra limitación a la autonomía de las partes para determinar la unidad de contratación a través de la exigencia de un «carácter objetivo o apropiado de la unidad de negociación».

— Por último, el artículo 83.2 ET, como se verá más adelante, puede constituir también una limitación importante respecto a la libertad de elección de la unidad de negociación si un acuerdo interprofesional o «Acuerdo marco» establece una determinada estructura de negociación dirigida a ordenar y articular la negociación colectiva.

2.3.2. Concurrencia de convenios. La regla general de prohibición de concurrencia de convenios y sus excepciones

La autonomía de la voluntad de las partes que negocian un convenio colectivo determina que pueda existir una pluralidad muy considerable de convenios, lo que determina cierta complejidad a la hora de averiguar cuál resulta aplicable en cada caso. Se denomina a este fenómeno «concurrencia de convenios», que trata de resolverse por las normas contenidas en el artículo 84 ET (que actúa también como límite a la libertad de elección de los ámbitos de aplicación de cada convenio colectivo). El artículo 84 ET establece la regla general de prohibición de concurrencia, así como sus excepciones más significativas.

Cabe entender que existe concurrencia entre convenios colectivos cuando un mismo conjunto de relaciones jurídicas de trabajo caen dentro del ámbito de aplicación de varios convenios, bien porque uno de ellos incluya al mismo tiempo el ámbito propio de otro (supuestos de superposición), bien porque se produzca la intersección de sus ámbitos correspondientes (supuestos de yuxtaposición). Para que exista concurrencia de convenios es necesario que haya una coincidencia de los respectivos ámbitos de vigencia territorial, funcional, personal y temporal de los convenios; que se produzca una divergencia o colisión de contenidos de dichos convenios (es decir, que haya concurrencia conflictiva, que se regulen contenidos opuestos); y que el ámbito de aplicación de un convenio esté afectado por otro de ámbito distinto (ya que si ambos convenios tuvieran el mismo ámbito, se trataría de un supuesto de derogación de un convenio y sustitución por otro).

La regla general establecida en el artículo 84 ET para estos supuestos es la prohibición de concurrencia, con la consiguiente prevalencia del convenio prioritario temporalmente (*prior in tempore*). Sin embargo, la ley establece algunas excepciones a esta prohibición:

— Primera excepción: concurrencia convencional

Una primera excepción a la regla general prohibitiva se establece en el artículo 84 ET al reconocer la naturaleza dispositiva de esta prohibición para la autonomía colectiva, esto es, la regla legal será de aplicación única y exclusivamente «salvo pacto en contrario».

El artículo 83.2 ET permite que se pueda disponer de esa regla general prohibitiva a través de acuerdos marco o de convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, ya que éstos podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, articulando la negociación en unidades inferiores o admitiendo la concurrencia de convenios o fijando reglas de solución de estos conflictos.

Esto determinaría una negociación de forma articulada o en cascada, reservando para cada ámbito de negociación la regulación de determinadas materias y aspectos, descartándose la posibilidad de establecer prohibiciones absolutas de negociar en un determinado ámbito.

— Segunda excepción: concurrencia descentralizadora

En la práctica, la regla de prohibición de concurrencia del artículo 84 ET tiene un triple efecto: un efecto eminentemente centralizador sobre el sistema de negociación colectiva, un efecto de estabilidad de los procesos negociadores y un efecto de consolidación de sus estructuras prefijadas. Para contrarrestar este efecto centralizador se establecen dos mecanismos distintos en el artículo 84 ET:

1. Por un lado, para propiciar una negociación colectiva más cercana a la empresa que permita ajustar con prontitud las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviese la empresa y facilite la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa, se favorece a ultranza la negociación colectiva empresarial (reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

Así, el artículo 84 ET establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que se aplicará en cualquier caso, sin que un acuerdo interprofesional ni un convenio colectivo estatal o de Comunidad Autónoma pueda limitarla. Además, el convenio de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.

Para ello el artículo 84.2 ET establece que las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: *a*) la cuantía del salario base y de los complementos salariales; *b*) el abono o compensación de las

horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; *c*) el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; *d*) la adaptación de las modalidades de contratación en aquellos aspectos que la ley permite; *f*) las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; *g*) aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. La misma prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas a que se refiere el artículo 87.1 ET.

2. Por otro lado, para incentivar la creación de marcos autónomos de negociación colectiva y, consecuentemente, de relaciones laborales, el párrafo segundo del artículo 84 permite la concurrencia entre un convenio colectivo de ámbito estatal vigente con anterioridad y uno posterior de Comunidad Autónoma. Así, salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2 ET, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación (arts. 87 y 88 ET) podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

No obstante, se considerarán materias no negociables (es decir, que la afectación no será posible) en el ámbito de una Comunidad Autónoma: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

2.3.3. La estructura de la negociación colectiva. Los Acuerdos marco y los Acuerdos interprofesionales sobre materias concretas

La Ley ha permitido expresamente a las partes a que en uso de su autonomía regulen no sólo el ámbito del convenio, sino que acuerden la estructura de la negociación por medio de «Acuerdos marco» («Convenios sobre el ámbito de los convenios»).

En general, desde la etapa postconstitucional las grandes organizaciones sindicales y empresariales han tratado de implantar un sistema de control centralizado del funcionamiento del sistema de negociación colectiva tendente a fomentar una cierta homogeneidad reguladora a través de una negociación colectiva articulada (lo que se reflejó en grandes acuerdos, como el Acuerdo Básico de Empleo, Acuerdo Marco Interconfederal, Acuerdo Nacional de Empleo, Acuerdo Interconfederal y Acuerdo Económico y Social). Sin embargo, a partir de la década de los noventa se aprecia una mayor presión hacia el fomento de una mayor descentralización de la estructura negocial.

La finalidad típica de los Acuerdos interprofesionales o Acuerdos marco es el establecimiento de reglas relativas a la estructura de la negociación y al reparto y tratamiento de los contenidos de los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior.

— Los Acuerdos marco están previstos en el artículo 83.2 y 3. Estos Acuerdos, celebrados entre las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales que gocen de una mayor representatividad, ya sea a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, constituyen una manifestación de la autonomía colectiva dirigidos fundamentalmente a «modalizar» la futura negociación colectiva y trazar las reglas sobre las cuales ha de llevarse a cabo ésta.

Son acuerdos que fijan el «marco» por donde haya de discurrir la negociación de las condiciones de trabajo llevada a cabo a través de los convenios colectivos. Son, así, «convenios para convenir». Su contenido es la regulación de la negociación colectiva y no de las condiciones de trabajo directamente aplicables a los contratos de trabajo; es decir que, en esencia, el Acuerdo marco no es propiamente un convenio colectivo.

— Por su parte, los «acuerdos sobre materias concretas» son también básicamente «convenios para convenir» pero con un contenido sustantivo, que pueden regular asimismo condiciones de trabajo aplicables a trabajadores y empresarios. Esta figura parece referirse a un tipo de «convenio marco impropio» cuyo contenido no sea procedimental o estructural sino sustantivo y referido a una materia concreta; es decir, se trataría de establecer la posibilidad de regular un convenio marco que trate de fijar los criterios básicos sobre una determinada materia que se aplicará directamente a las relaciones de trabajo o que también pueden ser desarrollados en la futura negociación colectiva para adaptarlos a las peculiaridades del sector o de la empresa (así, un acuerdo sobre formación profesional, el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos…).

2.4. Los sujetos del convenio colectivo

La problemática de los sujetos del convenio colectivo remite a dos posiciones jurídicas, activa y pasiva. Por un lado, las partes contratantes (posición activa), que son los sujetos legitimados para negociar el convenio; por otro, los sujetos obligados o destinatarios de la norma pactada colectivamente (posición pasiva).

2.4.1. Las partes contratantes: legitimación para negociar

Las partes contratantes en los convenios *erga omnes* son las representaciones de los trabajadores y empresarios que ostenten la legitimación que la Ley exige para ser parte y para negociar específicamente el convenio colectivo. Los artículos 87 y 88 ET imponen unas reglas de legitimación y procedimiento, que se justifican por tratarse de convenios de eficacia extraordinaria o *erga omnes* y que deben acreditarse al iniciarse el proceso de negociación.

Se distingue entre:

— *Convenios de ámbito de empresa o inferior* (art. 87.1 ET). En ellos, del lado de los trabajadores, tienen legitimación activa las representaciones unitarias (comités de empresa o delegados de personal) y las representaciones sindicales (secciones

sindicales de empresa), si las hubiere, que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. Tras la reforma del artículo 87.1 por el RD-L 7/2011, se establece un principio de preferencia negociadora de la representación sindical sobre la unitaria a la hora de negociar.

Del lado de los empresarios, la legitimación la ostentan los empresarios en su ámbito o sus representantes legales [art. 87.3.*a*) ET].

— *Convenios franja o de grupo de trabajadores con perfil profesional específico* (art. 87.1 ET), que la jurisprudencia asimila a una unidad inferior a la empresa (porque es lo normal, pero puede llevarse a cabo en un ámbito supraempresarial); la negociación puede ser realizada por el empresario y por las representaciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta (art. 87.1 ET).

— En los *convenios sectoriales* (por tanto, convenios *de ámbito superior a la empresa*) están legitimados para ser parte en la negociación tan sólo los sindicatos y asociaciones empresariales que acrediten una especial fuerza representativa.

En concreto, en tales convenios supraempresariales están legitimados por el lado sindical:

1. Los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2 LOLS) y de Comunidad Autónoma, así como en sus respectivos ámbitos los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos (en los términos del art. 7.1 LOLS).

2. También están legitimados los sindicatos «suficientemente» representativos, es decir, aquellos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional específico (inferior al estatal y al de Comunidad Autónoma) al que se refiere el convenio colectivo.

3. Por último, están legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el artículo 7.1 LOLS.

Por parte de las organizaciones empresariales, están legitimadas para negociar las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados.

Están legitimadas para negociar también las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que acrediten en dicho ámbito un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores, salvo que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal (art. 87.4 ET, en conexión con la disp. adic. 6.ª ET).

Además el nuevo artículo 87.3 ET establece que, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimadas para negociar los convenios colectivos sectoriales las asociaciones empresariales más representativas en el ámbito estatal o en la

Comunidad Autónoma (que cuenten en el ámbito estatal con un mínimo del 10 por 100 de las empresas o trabajadores y en el ámbito de la Comunidad Autónoma un mínimo del 15 por 100 de las empresas o trabajadores).

— *Convenios de grupos de empresas*: La regulación legal de la legitimación para negociar en este ámbito se llevó a cabo por el RD-L 7/2011 para adaptar la regulación legal a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, como son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de los procesos de descentralización productiva.

El artículo 87.1 ET establece ahora que en los convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación (las llamadas empresas en red), la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la prevista para la negociación de los convenios sectoriales, es decir, los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma y los sindicatos que cuenten con más del 10 por 100 de los órganos de la representación unitaria en su ámbito geográfico y funcional específico (art. 87.2 ET).

En representación de los empresarios estará legitimada para negociar en este ámbito la representación de dichas empresas [art. 87.3.*b*) ET].

La legitimación del artículo 87.1 es una legitimación simple o inicial que confiere derecho a ser parte en la negociación, de forma que «todo sindicato, federación o confederación, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora» (art. 87.5 ET) (o, por decirlo gráficamente, tendrá derecho «a sentarse» en la mesa de negociación). Esta legitimación inicial da derecho a estar presente, en su caso, en la comisión negociadora, sin posibilidad de ser excluido por un tercero.

Pero para que se pueda negociar efectivamente el convenio colectivo es necesario cumplir también los requisitos legales fijados en el artículo 88 ET, que regula la legitimación plena o efectiva para negociar y es la que permite constituir válidamente una comisión con capacidad para negociar efectivamente un convenio colectivo. La legitimación plena remite, pues, a la válida constitución de la comisión negociadora en los términos predeterminados en dicho artículo 88 ET.

2.4.2. Los sujetos obligados. La inaplicación del convenio colectivo

En los convenios colectivos estatutarios o *erga omnes* son sujetos obligados típicamente y como regla general todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación (sean o no afiliados a las partes contratantes) y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82.3 ET).

Pero ya en el mismo artículo 82.3 ET se prevé, por excepción (y con una finalidad flexibilizadora del mercado de trabajo y de las relaciones laborales), que por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los

términos del artículo 41.4 ET, a inaplicar el convenio colectivo, sea éste de sector o de empresa, en materias básicas para la determinación de las condiciones de trabajo.

Estas cláusulas flexibilizadoras constituyen una excepción a la regla legal general de eficacia normativa general de los convenios regulados por el ET (art. 82.3 ET). El régimen establecido para esta inaplicación del convenio colectivo es el siguiente:

— La inaplicación del convenio colectivo, sea de sector o de empresa, tiene la función de permitir la acomodación de las principales condiciones de trabajo a la situación específica de la empresa. Exige un motivo justificado para su puesta en práctica: que concurran causas económicas (situación económica negativa, como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas), técnicas (cambios en los medios o instrumentos de producción), organizativas (cambios en los sistemas o métodos de trabajo o en el modo de organizar la producción) o de producción (cambios en la demanda de los productos o servicios).

— La inaplicación del convenio colectivo se podrá llevar a cabo respecto a las condiciones de trabajo previstas en dicho convenio que afecten a las siguientes materias: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones, cuando excedan de los límites previstos legalmente para la movilidad funcional; y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

— En principio, esta inaplicación del convenio colectivo se podrá llevar a cabo por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo y previo desarrollo de un período de consultas (período de consultas de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas que motivan la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y las medidas para atenuar sus consecuencias para los trabajadores).

— Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas para esta inaplicación. El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración.

— En caso de desacuerdo en el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio o recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales para solventar las discrepancias en la negociación, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas.

— Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos señalados o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas. La decisión de estos órganos tendrá la eficacia de los

acuerdos alcanzados en período de consultas.

2.5. La adhesión a un convenio colectivo vigente y la extensión del convenio colectivo

El sistema legal admite que los convenios colectivos *erga omnes* puedan ser «materialmente» objeto de ampliación de su ámbito originario o inicial pactado. Esa ampliación del ámbito inicial puede operarse alternativamente por dos vías de naturaleza completamente distinta: la adhesión y la extensión del convenio colectivo, conforme a lo previsto en el artículo 92 ET.

En la adhesión, las partes legitimadas para negociar pueden adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro (art. 92.1 ET). La finalidad del artículo 92.1 ET es facilitar la introducción de un principio de economía en la negociación colectiva, porque el «acuerdo colectivo de adhesión» abrevia o sustituye la negociación de un convenio propio *ex novo* a través de un simple reenvío a otro convenio vigente, que las partes estiman que se conforma al ámbito y a la articulación de intereses desde el cual se acuerda la adhesión. La economía de la negociación opera tanto en el campo de la reducción de esfuerzos y costes económicos, como también en la atenuación de los conflictos derivados del proceso negociador.

Conforme al artículo 92.2 ET, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 ET, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en el Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello. De manera que el supuesto de hecho previo es «la ausencia de partes legitimadas» para celebrar un convenio estatutario. De este modo, el acto de extensión tiene carácter excepcional, produciéndose sólo en el caso de que concurran circunstancias cualificadas, porque comporta una manifestación de intervencionismo público administrativo en un ámbito que le es propio a la autonomía colectiva.

La finalidad del acto (administrativo) de extensión es la cobertura de vacíos de regulación en la regulación colectiva de las condiciones de trabajo dentro de un determinado sector.

2.6. El contenido del convenio colectivo: ámbito y límites

En los convenios colectivos cabe identificar tres elementos fundamentales en atención a su contenido: la dimensión normativa reguladora; la dimensión obligacional y, en fin, el contenido mínimo necesario o de identificación estructural del convenio (arts. 82 y 85 ET).

2.6.1. El contenido normativo del convenio colectivo

La dimensión normativa reguladora (*contenido normativo*) hace referencia a las reglas o cláusulas que tienen por objeto la regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. En concreto, se establece que «dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios» (art. 85.1 ET).

En una perspectiva más concreta, el convenio colectivo puede regular materias de índole económica (salario y también percepciones extrasalariales), laboral (condiciones de empleo y trabajo, organización del trabajo, seguridad y salud en el trabajo…), social o asistencial (acción social en la empresa, previsión social complementaria a través de mejoras voluntarias, planes de pensiones…) y de carácter sindical o colectivo (derechos adicionales de las representaciones sindicales y unitarias; constitución de comité intercentros…), y, en general, puede ser fuente de determinación de todas aquellas materias que afecten (en sentido amplio) a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. En principio, hoy por hoy toda materia relativa a condiciones de trabajo puede ser objeto de negociación y acuerdo.

En la regulación de estas materias debe quedar garantizado el principio de jerarquía normativa, de manera que el convenio debe operar en todo momento dentro del respeto a la normativa estatal (art. 85.1, en relación con el art. 3 ET). Existe un principio de subordinación jerárquica del convenio a la ley, debiéndose sujetar a los mínimos de derecho necesario por ella establecidos (art. 3.3 ET).

Las cláusulas normativas, en los supuestos de denuncia del convenio, se mantenían vigentes, salvo pacto en contrario (art. 86.3 ET). Sin embargo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha incidido de modo decisivo en el régimen jurídico de la llamada «ultraactividad» del convenio colectivo, pues estableció que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

2.6.2. El contenido obligacional

La dimensión obligacional (*contenido obligacional*) hace referencia al conjunto de obligaciones que asumen las partes negociadoras con eficacia jurídica interpartes

exclusivamente (sin fuerza de obligar *erga omnes*). Las llamadas cláusulas obligacionales comprenden obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las «cláusulas de paz», compromisos encaminados a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la constitución de órganos o comisiones *ad hoc* (art. 82.2 ET).

Estas cláusulas participan de la fuerza vinculante propia del convenio colectivo, aunque limitada a las partes negociadoras que las han concertado. Carecen de eficacia prorrogada después de la denuncia del convenio, salvo pacto colectivo en contrario (art. 86.3 ET).

2.6.3. El contenido mínimo del convenio colectivo

El *«contenido» formal* (contenido mínimo, según la Ley) del convenio se recoge imperativamente (es decir, como norma de derecho necesario) en el artículo 85.3 ET, a cuyo tenor los convenios colectivos deberán de expresar como contenido mínimo necesario:

— la determinación de las partes que los conciertan;

— el ámbito personal, funcional, territorial y temporal;

— los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos;

— la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia;

— y, por último, la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como el establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, y el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.

En ningún momento ese contenido mínimo afecta en sí al principio de libertad de contratación colectiva respecto al ámbito de funciones que son propias del convenio colectivo. Su observancia es imperativa, ya que su cumplimiento condiciona la validez del convenio estatutario.

2.7. La elaboración del convenio: la negociación colectiva. El deber de iniciar la negociación

En atención a la naturaleza *erga omnes* del convenio estatutario, el legislador somete su elaboración al cumplimiento de un procedimiento negociador formalizado, que incluye requisitos y trámites preceptivos, de obligada observancia por las partes sociales (art. 89 ET).

2.7.1. Inicio

La negociación colectiva se inicia con la comunicación recepticia de una de las partes a la otra manifestando su voluntad de entablar un proceso de negociación colectiva. Ha de ser presentada por sujetos colectivos que ostenten legitimación legal suficiente (conforme a las reglas del art. 87 ET). Normalmente se presentará una vez producida la denuncia del anterior convenio, pero puede tratarse de la creación de una nueva unidad de contratación o de una negociación *ante tempus* en supuestos excepcionales.

La comunicación ha de realizarse por escrito y en ella debe hacerse constar la legitimación para negociar, las materias objeto de la negociación y el ámbito en que se ha de producir. De esa comunicación deberá enviarse copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral competente en función del ámbito territorial del convenio.

2.7.2. El deber de iniciar la negociación

La parte receptora de la comunicación deberá contestar por escrito y motivadamente. Tiene obligación de iniciar la negociación, y sólo podrá negarse a ello por causa legal o convencionalmente establecida que impida la negociación de un convenio estatutario (v. gr., cuando ya se esté negociando en una unidad preexistente), o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, pues en tal caso no existe una obligación legal de negociar, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84 ET.

Si no concurren esas causas, la parte receptora está obligada a negociar: no es obligado alcanzar un acuerdo, basta con intentarlo poniendo la disposición negociadora necesaria, conforme al principio de buena fe. En virtud del deber de negociar y del principio de buena fe en la negociación, las partes deben poner a disposición de la otra la información necesaria para garantizar que la negociación se produzca con conocimiento de causa.

En el plazo máximo de un mes, a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora, la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación (art. 89 ET).

2.7.3. La determinación y constitución de la comisión deliberante

Contestada afirmativamente la solicitud de negociación, se debe constituir la comisión negociadora o deliberante, encargada de la deliberación y conclusión, eventual, del convenio colectivo, en el plazo máximo de un mes a partir de la

recepción de la comunicación (art. 89.2 ET). El proceso negociador se desarrolla en el seno de la comisión negociadora sin sometimiento en esto a trámites ni formalidades prefijadas. En realidad, en el sistema legal tan sólo se establecen dos reglas esenciales: el principio de buena fe en la negociación y un criterio para la adopción de acuerdos de la comisión negociadora.

— La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales que estén legitimados representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los sujetos legitimados y en proporción a su representatividad.

— En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3.*c*).

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto.

En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece.

2.7.4. La negociación como proceso. Incidencias (el arbitraje, la aparición del conflicto colectivo y la huelga)

En la dinámica de la negociación, la comisión deliberante en la misma sesión constitutiva podrá establecer un calendario o plan de negociación (art. 89.2 ET). Se debe redactar un acta de las sesiones celebradas, con la firma de un representante de cada parte y del secretario (art. 84.4 ET). Las partes pueden acordar en todo momento la intervención de un mediador designado por ellas (art. 89.4 ET). Las partes, que están obligadas a negociar, han de hacerlo dinámicamente conforme al principio de buena fe (art. 89.1 ET), lo cual supone que se realiza un intercambio de ofertas y contraofertas, poniendo a disposición toda la información necesaria y facilitando explicaciones sobre las propuestas presentadas. En los convenios colectivos y en los acuerdos interprofesionales (art. 83.2 y 3 ET) se podrán establecer procedimientos,

como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91 ET). La mediación permite alcanzar un acuerdo propio con la intervención de un tercero, y en el caso del arbitraje el tercero interviene con facultades dirimentes. El acuerdo alcanzado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en el ET, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 ET (art. 91 ET).

Es evidente que en todo momento, si intentado el acuerdo, pero no alcanzado, los trabajadores pueden recurrir a la acción directa a través de la huelga, como medida de presión colectiva encaminada a cambiar la correlación de fuerzas entre las partes sociales, y, en este caso, a crear unas condiciones de negociación más favorable para la satisfacción de sus intereses. Téngase en cuenta a estos efectos que, desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario o las organizaciones empresariales, y en su caso, los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo (art. 8.2 RDLRT).

Es necesario precisar que el objetivo de la negociación (y su resultado normal) es alcanzar un acuerdo en que el convenio colectivo consiste o se resuelve. No obstante, si la negociación no termina con acuerdo, el proceso negociador concluiría sin convenio colectivo, con lo cual se estaría ante una situación de conflicto colectivo de intereses abierto, el cual se exterioriza y se solucionará por los procedimientos predispuestos para ello. Si existe un convenio colectivo anterior al intento fracasado de alcanzar otro nuevo o renegociar aquél puede seguir en vigor su parte normativa hasta que se negocie otro, en los términos previstos en el artículo 86 ET, que, resumidamente, establece que salvo pacto colectivo en contrario establecido en el convenio que se trata de renegociar o sustituir, se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio.

El proceso negociador se configura legalmente como un mecanismo de regulación y solución pacífica de las cuestiones y conflictos laborales, de manera que queda radicalmente prohibida la violencia sobre las personas y las cosas durante las deliberaciones, y en caso de que esto suceda, quedará suspendida la negociación en curso hasta su desaparición (art. 89.1 ET).

La toma de acuerdos por la comisión negociadora o deliberante exigirá, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de las dos representaciones de los trabajadores y de los empresarios (art. 89.3 ET); de no ser así, el convenio alcanzado no podría tener la condición de estatutario, aunque las partes sociales que convienen en el acuerdo pueden decidir formalizarlo como convenio extraestatutario o de eficacia limitada.

Las partes sociales durante el proceso de negociación pueden adoptar preacuerdos

o acuerdos provisionales, con carácter preparatorio del convenio final, sin alcanzar todavía a tener esta condición jurídica. Alcanzado el acuerdo final, éste puede quedar condicionado del lado de la representación de los trabajadores («banco social»), si así lo quieren, a una decisión favorable de la asamblea de trabajadores o a un referéndum de la plantilla.

2.8. La validez jurídica del convenio colectivo. Registro, depósito, revisión administrativa y jurisdiccional

Las deliberaciones pueden cerrarse con un acuerdo final que constituye el convenio, el cual ha de entenderse concluido desde ese momento. No obstante, la eficacia general de los convenios colectivos estatutarios se condiciona al cumplimiento de otros requisitos adicionales, que satisfacen una exigencia general de seguridad jurídica.

— Forma escrita

El convenio colectivo estatutario requiere de una forma *ad solemnitaten* estricta: debe formalizarse por escrito bajo sanción de nulidad (art. 90.1 ET). En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico-estatal no admite la existencia de un convenio estatutario «verbal».

— Registro y depósito del convenio

El convenio, tras su firma por las partes negociadoras, será remitido, en el plazo de quince días a partir de su firma, a la autoridad administrativa laboral competente, a los solos efectos de registro. La omisión de este trámite originará que el convenio no se publique en el *Boletín Oficial* correspondiente, lo que supondrá, consiguientemente, la inaplicación jurídica con valor normativo del mismo (art. 90.2 y 3 ET).

Por otra parte, la autoridad laboral competente será la estatal o la autonómica, dependiendo del ámbito territorial del convenio. Así, cuando dicho ámbito comprenda territorio de más de una Comunidad Autónoma, resulta competente siempre la autoridad laboral de la Administración general del Estado. Si el ámbito geográfico del convenio es igual o inferior al de una Comunidad Autónoma que tenga transferidas las competencias en esta materia, es a la propia Administración laboral autonómica a quien corresponde el conocimiento del convenio a los efectos de registro y trámites sucesivos.

El artículo 90.2 ET circunscribe la competencia de la autoridad correspondiente al registro del convenio, sin que quepa otra intervención administrativa de carácter decisorio (no aprueba ni homologa al modo que conocía nuestro ordenamiento preconstitucional) que resultaría contradictoria con el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 CE. Sin embargo, a tenor del artículo 90.5 ET, la autoridad laboral ha de proceder a examinar el contenido del convenio presentado, a fin de

determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Si estima que el convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción laboral porque entiende que existe una presunta ilegalidad del mismo.

El convenio deberá ser objeto de inscripción en el Registro correspondiente. La regulación del registro y depósito de los convenios y acuerdos colectivos se contiene en el RD 713/2010, de 28 de mayo, que lleva a cabo la adaptación a la administración electrónica, e igualmente las Comunidades Autónomas crearán y regularán registros de convenios y acuerdos colectivos con funcionamiento electrónico en el ámbito de sus competencias. A fin de iniciar el trámite previsto en el artículo 90.2 ET, la comisión negociadora del convenio deberá, en el plazo de quince días a partir de la firma del convenio o acuerdo colectivo, presentar a través de medios electrónicos ante el Registro de la autoridad laboral competente la solicitud de inscripción correspondiente (facilitando todos aquellos datos relativos a las partes firmantes del acuerdo y la fecha de la firma, así como los relativos a su ámbito personal, funcional, territorial y temporal y la actividad o actividades económicas cubiertas por los mismos) y el texto original del convenio o acuerdo firmado por los componentes de la comisión negociadora, así como las actas de las distintas sesiones celebradas.

Si presentada la solicitud, se comprobara que la misma no reúne los requisitos exigidos, se requerirá por medios electrónicos al solicitante para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos. Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el *Boletín Oficial* correspondiente.

— Control previo e impugnación del convenio colectivo

La Administración laboral tiene «funciones instrumentales y de control previo» del convenio, toda vez que el número 5 del artículo 90 ET prescribe que si la autoridad laboral estima que el convenio «conculca la legalidad», que no está «dentro del respeto a las leyes» que manda el artículo 85.1, o que el interés de terceros se lesiona gravemente, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, mediante una comunicación que surte los efectos de una demanda de oficio. Jurisdicción competente será, evidentemente, la laboral (Juzgado de lo Social, Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, o de la Audiencia Nacional según el ámbito del convenio). No obstante ello, en la práctica, cuando la autoridad administrativa advierte alguna de tales circunstancias, suele ponerlo en conocimiento de las partes de manera informal, a fin de que subsanen el defecto, práctica que es frecuente en la experiencia jurídica.

El artículo 90.5 establece dos posibles *causas de impugnación* de un convenio por la autoridad competente para su registro: la ilegalidad del mismo («conculca la legalidad vigente») y la lesividad («lesiona gravemente el interés de terceros»).

La impugnación del convenio también podrá realizarse por los sujetos legitimados

para ello, acudiendo directamente al procedimiento de impugnación de convenios colectivos por los trámites del proceso de conflicto colectivo. En cualquier caso, esta posibilidad mantiene un carácter subalterno respecto a la impugnación de oficio (arts. 163.3 y 165 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

2.9. La eficacia jurídica del convenio colectivo

2.9.1. Publicación y entrada en vigor

Siendo el convenio colectivo una verdadera y propia norma jurídica, se comprende que el artículo 90.3 ET ordene, en el plazo máximo de veinte días, su publicación de la misma forma que se publican las leyes y las disposiciones administrativas. Sin esta publicidad el convenio no alcanza el rango de norma.

La publicación es una exigencia verdaderamente esencial para la incorporación de las reglas del convenio al ordenamiento jurídico, pues la publicación de una norma jurídica escrita en el *Boletín Oficial* es un requisito esencial para la existencia de ésta y no una mera regla formal. De esta forma los convenios publicados en los boletines oficiales deberían ser conocidos, en sus respectivos ámbitos, por los jueces de lo Social y Tribunales, no siendo precisa su aportación como medio de prueba, salvo cuando la competencia del órgano juzgador exceda al ámbito territorial del convenio.

Por lo demás, el convenio surte efectos por lo común a partir de su publicación, si bien ésta no condiciona la entrada en vigor de lo acordado, salvo decisión expresa al respecto de las partes.

2.9.2. La duración del convenio colectivo. Sucesión de convenios

— El artículo 86.1 ET atribuye a las partes negociadoras la facultad de determinar la *duración del convenio* celebrado. Dentro de ese principio de libertad, las partes negociadoras pueden eventualmente pactar distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio (v. gr., en materia de salarios) (art. 86.1 ET). Además, el artículo 86.1 ET establece que durante la vigencia del convenio los sujetos legitimados (conforme a los arts. 87 y 88 ET) podrán negociar su revisión, por lo que la Ley opta por un proceso de negociación continua, sin tener que esperar a que termine la vigencia inicialmente pactada del convenio.

— No obstante, alcanzado el término final de vigencia del convenio o transcurrido el plazo establecido a dichos efectos, el convenio no se extingue automáticamente. Para la terminación es preciso que medie la *denuncia* expresa de las partes contratantes. Según el artículo 86.2 ET, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes. La denuncia puede ser unilateral o conjunta (ambas partes negociadoras al mismo tiempo), y debe realizarse conforme a la forma y condiciones, incluido el preaviso para hacerla, establecidas previamente en el propio convenio colectivo [art. 85.3.*d*) ET].

La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración

pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos. Dichos acuerdos deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, y el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin alcanzarse un acuerdo o dictarse un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación (art. 86.3 ET, modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio).

Por otra parte, es posible la denuncia anticipada del convenio, con la finalidad de poner fin o renegociar el convenio antes de la fecha prevista para su pérdida de vigencia. Ello puede producirse por mutuo acuerdo (v. gr., para renegociar en un supuesto de fusión de empresas con distintos convenios; art. 44 ET) o, incluso, unilateralmente en los casos excepcionales en que concurran una alteración sobrevenida de circunstancias cualificantes, o de afectación grave a la base del acuerdo negocial o una ruptura del equilibrio interno del convenio.

De no efectuarse se producirá la prórroga inmediata del contenido íntegro del convenio de año en año (art. 86.2). Esta prórroga total, y la anterior prórroga parcial (es decir, la que mantiene en vigor las cláusulas normativas, salvo pacto en contrario; art. 86.3 ET), tienen, en términos generales, la doble finalidad de evitar un vacío de regulación normativa profesional.

— Por otra parte, en *la sucesión de convenios colectivos* ha de instaurarse un nuevo proceso de negociación, con los requisitos de legitimación legalmente establecidos (arts. 87 y 88 ET). En la figura de la sucesión convencional, un convenio sucede en el tiempo al anterior colocándose en su lugar; presupone, pues, la existencia de un nuevo convenio válido con poder para producir dicho efecto típico.

De acuerdo con el artículo 86.4 ET, el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan por

voluntad de los sujetos negociadores, de manera que el nuevo convenio puede disponer libremente sobre los derechos reconocidos en el anterior sustituido. En dicho supuesto se aplicará íntegramente lo regulado en el nuevo convenio celebrado (art. 82.4 ET).

Por tanto, la sucesión de convenios colectivos se rige por el «principio de modernidad», que supone, salvo pacto en contrario, la derogación completa del convenio preexistente, sin que quepa aducir un pretendido principio de «irregresividad» o la existencia de condiciones más beneficiosas, porque al amparo de un convenio estatutario no se genera condición más beneficiosa alguna (cuestión enteramente distinta es que se establezca en el nuevo convenio una «cláusula *ad personam*»).

2.9.3. Eficacia jurídica del convenio

Conforme al artículo 82.3 ET, «los convenios regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». El convenio se aplica de manera inmediata y directa, y despliega su fuerza inderogable en las relaciones individuales de trabajo, estando prohibida también una desvinculación plural o «en masa» (principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo), por entrar en contradicción con el carácter vinculante del convenio colectivo (arts. 37.1 CE y 82.3 ET). Ello no impide la mejora de sus condiciones a través de la autonomía contractual individual, en el bien entendido de que un contrato de mejora no lo deroga, sino que mejorando realiza su finalidad, al constituirse el convenio en ordenación convencional mínima imperativa en su ámbito de aplicación.

2.10. La interpretación del convenio: los medios autónomos de solución de conflictos y la decisión judicial

El convenio colectivo es una norma pactada que ha de ser objeto de aplicación e interpretación dinámica durante su tiempo de vigencia. En numerosas ocasiones se plantean dudas aplicativas y, a menudo, se requiere una cierta adaptación a circunstancias sobrevenidas.

La actividad de administración o gestión autónoma del convenio se encomienda a la comisión paritaria designada por las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas; pero la experiencia negociadora conoce de la existencia de un conjunto muy variado y heterogéneo de comisiones de composición mixta dedicadas al estudio y seguimiento de ciertos asuntos o materias concretas. El propio convenio debe determinar también los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión [art. 85.3.*e*) ET].

Por otra parte, el artículo 91 ET aborda los conflictos de aplicación e interpretación del convenio colectivo. Esta disposición legal distingue entre los medios autónomos y los mecanismos jurisdiccionales, estableciendo un «modelo

dual» de interpretación en caso de conflicto en la aplicación del convenio colectivo (conflicto jurídico).

2.10.1. Medios autónomos de solución de conflictos

El artículo 91 ET hace referencia a los medios autónomos, indicando que una vía para la solución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos es la atribución de su conocimiento y resolución a las comisiones paritarias de dichos convenios, sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción competente (Jurisdicción Laboral) que ha de resolverlos en cuanto conflictos jurídicos o sobre derechos.

Aparte de ello, los acuerdos marco o los convenios colectivos marco, previstos en el artículo 83.2 y 3 ET, podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91, párrafo 2.º, ET).

Los acuerdos alcanzados a través de la mediación (solución autónoma) y los laudos resultantes de arbitraje tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos, siempre que las partes en conflicto ostenten los requisitos de legitimación para negociar de los artículos 87 y 88 ET. Dichos acuerdos de solución de los conflictos colectivos pueden ser objeto de impugnación judicial a través de los procedimientos previstos para la impugnación de los convenios colectivos.

En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales establecidos o ante el órgano judicial competente. Las resoluciones de la comisión paritaria en estos supuestos tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores. Estos procedimientos de solución de conflictos serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos (art. 91 ET).

2.10.2. La solución judicial

Es el otro cauce para resolver los conflictos jurídicos derivados de la aplicación e interpretación del convenio colectivo («se resolverá por la jurisdicción competente», dice el art. 91.1 ET), aparte de que es la vía idónea para realizar el control de legalidad y lesividad dentro del procedimiento de impugnación (judicial) de los convenios colectivos. Esa jurisdicción competente es la Jurisdicción Social, a través del procedimiento de conflictos colectivos (arts. 153 ss. LRJS).

CAPÍTULO XXX

LA MEDIACIÓN EN LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS DE ORIGEN ESTATAL

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Mediación o conciliación y amigable composición. Supone la intervención de terceros que convocan a representantes de las dos partes,patronos y obreros, para arreglar pacíficamente el conflicto, haciendo llamadas a la concordia.

E. PÉREZ BOTIJA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA SOLVENTAR EL CONFLICTO LABORAL. 3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO. 3.1. *Delimitación y configuración*. 3.2. *Tramitación y desarrollo*. 3.3. *Final del procedimiento*. 4. CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN PREVIAS A LA VÍA JUDICIAL. 5. ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO. 6. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESTATAL Y AUTONÓMICOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN. 7. CONFIRMACIÓN DEL CARÁCTER RESIDUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO. 8. REFLEXIÓN FINAL. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las situaciones de conflicto no son privativas de un ámbito concreto de la actividad humana, en la realidad práctica se observa que pueden darse en cualquier ámbito. Ahora bien, existe un ámbito particular en el que el conflicto tiene una fisonomía propia, y cuya trascendencia pública obliga, primero, a su reconocimiento social y jurídico; y segundo, al establecimiento de vías de solución del mismo. Este ámbito es el de las relaciones laborales.

Como ponía de manifiesto Barreiro González (1980: 107): «La temática del conflicto colectivo se manifiesta como especie de aquella sociológicamente más amplia del conflicto social y se muestra asimismo como fenómeno propio e inseparable del funcionamiento de las sociedades regidas por sistemas capitalistas democráticos con carácter principal, aunque accesoria o secundariamente pueda tener otras motivaciones la controversia sobre cuestiones profesionales».

El trabajo, tras la Revolución Industrial, ha generado una serie de conflictos entre trabajadores y empresarios en función de intereses contrapuestos, con los que no han acabado las sociedades democráticas, que, a diferencia de las sociedades liberales que dejaban en manos del mercado la resolución de conflictos laborales, han dado una

respuesta normativa e institucional a los mismos.

Las sociedades modernas ya no niegan el conflicto, ni intentan erradicarlo. Parten de la base de que el conflicto cumple una función social que permite el avance de la propia sociedad y su desarrollo, siempre que discurra por unos cauces previamente determinados y se solucione de manera pacífica. En este sentido, es preciso el reconocimiento de los agentes protagonistas del conflicto, y de sus asociaciones, como sujetos legitimados para alcanzar una solución del mismo a través de la negociación. También es necesario el reconocimiento de la existencia de instrumentos de presión de trascendencia interna y externa a la propia empresa. Y, por último, el establecimiento de vías de solución pacífica del conflicto.

A principios de la década de los noventa, cuyo hito inicial se sitúa en la reforma laboral de 1994, el ordenamiento español optó por apostar con fuerza por los mecanismos privados de composición como alternativa a la solución tradicional a través de los tribunales del orden social. Como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 217/1991, de 14 de noviembre), «la instauración de medios autónomos de composición de conflictos es beneficiosa tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo».

Los procedimientos de solución de conflictos laborales tienen como objeto restaurar la paz y normalidad que se ha vulnerado en el transcurso de las relaciones laborales. La opción de escoger entre los mecanismos de solución del conflicto, bien heterónomos bien autónomos, depende en la práctica del grado de intervencionismo público.

La autoridad laboral, o instancias de naturaleza pública o administrativa, tienen atribuidas por las normas funciones de mediación en conflictos laborales, generalmente los de carácter colectivo y, en especial, los ligados a la negociación colectiva o a expedientes de despido colectivo. Así, la Administración pública ocupa un papel muy relevante tanto en el procedimiento administrativo de conflicto colectivo, como en el funcionamiento de los servicios administrativos de conciliación, mediación y arbitraje.

En este sentido, cabe destacar que la autoridad laboral tiene competencias directas de resolución de algunos contenciosos en el seno de la empresa (art. 81 ET), y puede realizar funciones de mediación en los despidos colectivos a petición de las partes (art. 51 ET). La Inspección de Trabajo puede desarrollar funciones de mediación y arbitraje en conflictos laborales como parte de sus competencias de asistencia y asesoramiento (art. 3 Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y RD 138/2000, de 4 de febrero), particularmente en caso de huelga (art. 9 RD-ley 17/1977). La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos está habilitada para realizar labores de mediación y arbitraje en relación con determinados aspectos de la negociación colectiva o con los períodos de consultas legalmente previstos para la adopción de determinadas decisiones de reorganización empresarial (disp. final 2.ª ET y art. 82.3 ET).

2. LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA SOLVENTAR EL CONFLICTO LABORAL

La mediación laboral se presenta como una alternativa posible y absolutamente recomendable para abordar y solucionar los conflictos que se puedan producir en el ámbito laboral. Es un medio de solución extrajudicial donde el tercero que interviene no decide la solución del conflicto, sino las partes que le propusieron. La diferencia entre conciliación y mediación está en entender que la primera es una fase previa de la segunda o en el hecho de que el mediador hace una propuesta, no así el conciliador, que sólo acerca posiciones.

La mediación es una técnica de solución de conflictos cuyo objetivo es hacer posible que dos sujetos que mantienen posiciones encontradas sobre una cuestión que les atañe alcancen un acuerdo que dé solución a sus diferencias, recurriendo a dos instrumentos: la convocatoria de una o más reuniones dirigidas a favorecer el diálogo entre ellas y la formulación de propuestas de solución para que las mismas pueden aceptar o no. Si acaso, dentro de ella es posible distinguir una modalidad más informal de otra formalizada, siendo característico de la segunda la conclusión del procedimiento con la emisión de una propuesta final, sobre la que las partes deben necesariamente pronunciarse. La apertura de un procedimiento de mediación presupone que el diálogo directo entre las partes ha entrado en una vía muerta al no haber alcanzado un acuerdo por sí solas.

El papel del mediador en los conflictos laborales es doble. De un lado, tratar de convencer a las partes de la conveniencia de una solución negociada frente a la adopción de medidas de conflicto (por parte de los trabajadores) o el mantenimiento de la situación inicial de tensión no resuelta (en el caso de los empresarios). Y, del otro, favorecer que las partes varíen sus posiciones iniciales hasta alcanzar un área de posible consenso entre ellas (una zona en la que sus pretensiones puedan encontrarse, por ofrecer a cada parte ventajas mayores que las que le supondría no alcanzar el acuerdo).

En ocasiones, la mediación laboral puede provocar crispaciones en las partes convocadas a mediar; sin embargo, se trata de un mecanismo de solución de conflictos puesto al servicio de empleadores y trabajadores con ayuda de un tercero imparcial especializado en técnicas de mediación, y de aquí la confianza que merecen estos órganos.

No podemos olvidar que los conflictos laborales suelen excluirse del ámbito de aplicación de los medios de solución voluntaria de carácter civil o común. Así se refleja en la normativa vigente (la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, declara expresamente su no aplicación a los «arbitrajes laborales», y una regla similar contiene el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles).

En este capítulo se van a analizar dos de los medios de solución extrajudicial de conflictos. Primero: el procedimiento administrativo de conflicto colectivo. Y segundo: la conciliación o mediación previas a la vía judicial. También se incluyen

unas notas sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en la resolución del conflicto. Son mediadores públicos.

Se ha de advertir que en la práctica resulta muy difícil separar conciliación y mediación. El conciliador puro y simple recibe el calificativo peyorativo de convidado de piedra, de mero certificante de las posiciones antagónicas. De ahí que el conciliador actúe, de hecho, como mediador y haga propuestas y recomendaciones a las partes.

3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO

3.1. Delimitación y configuración

La mediación es dirigida o está presidida por un mediador o mediadores, necesariamente imparciales o neutrales, que pueden tener carácter público o privado. En la mediación pública el mediador tiene atribuida por norma estatal la facultad para intervenir en la solución de los conflictos de trabajo y posee estatus de funcionario público.

En general, cuando se habla de procedimiento de conflicto colectivo, es para referirse a un procedimiento de resolución de conflictos que tiene una primera fase administrativa. Y además, en los conflictos interpretativos, también tiene una fase judicial dirimente.

El estudio a realizar en este trabajo se ciñe al procedimiento administrativo de solución de conflictos colectivos. Este procedimiento administrativo se ha utilizado de forma muy escasa. Y, en la actualidad, su eficacia práctica es muy residual ante el predominio de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de carácter nacional y, principalmente, de carácter autonómico.

La regulación de este procedimiento se encuentra en el Título II del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, concretamente en los artículos 17 a 25. Estos preceptos han sido revisados por la jurisprudencia constitucional en algunos de sus apartados, por lo que hay que traer a colación la STC 11/1981, de 8 de abril, que declaró inconstitucional el apartado *b*) del artículo 25 y el artículo 26.

Según se deduce del artículo 17.1 RD-ley 17/1977, su objeto es la solución de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores. Ha de entenderse que se puede utilizar para resolver cualquier modalidad de conflicto (jurídico o de intereses). Es de uso facultativo y puede tener carácter subsidiario respecto de los medios extrajudiciales de solución de conflictos creados por la negociación colectiva, si así se establece en el correspondiente acuerdo o convenio colectivo.

Especial relevancia tienen las puntualizaciones contenidas en el artículo 17.2 RD-Ley 17/1977, pues señala que, una vez iniciado el procedimiento, es incompatible con el recurso a la huelga. Por tanto, se configura como un procedimiento alternativo a la

huelga como medida de presión y de persuasión ejercida sobre la contraparte. Si bien, el número 3 del mismo precepto puntualiza que declarada la huelga, podrán los trabajadores desistir de la misma y someterse a este procedimiento. En el caso de que el procedimiento sea iniciado a instancia del empresario o empresarios afectados, y los trabajadores ejerzan su derecho de huelga, se suspenderá el procedimiento y se archivarán las actuaciones (art. 18.2 RD-ley 17/1977).

Por otro lado, existe una prohibición expresa en la normativa legal frente a la posibilidad de recurrir a este procedimiento con unos fines concretos. Así, está prohibido utilizar este procedimiento para modificar lo pactado en convenio colectivo o lo establecido por laudo (art. 20 RD-ley 17/1977). Por tanto, se prohíben los conflictos colectivos novatorios. Ello nos recuerda la prohibición de la realización de las llamadas «huelgas novatorias» (art. 11 RD-ley 17/1977).

3.2. Tramitación y desarrollo

La legitimación para incoar el procedimiento corresponde, por parte de los trabajadores, a los representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto, por iniciativa propia o a instancia de sus representados. Así lo señala el artículo 18.1.*a*) RD-ley 17/1977. Si bien, es preciso aclarar que a estos efectos son representantes de los trabajadores tanto los unitarios como los sindicales.

En cuanto a la legitimación de los sindicatos, en un principio los tribunales de justicia lo negaron, pero el Tribunal Constitucional estableció, en virtud del reconocimiento constitucional de éstos como piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE) y en virtud del reconocimiento a los mismos de los derechos de libertad sindical y de autonomía y autotutela (arts. 28 y 37 CE), la legitimidad de los sindicatos para el planteamiento de conflictos individuales y colectivos. La LOLS reconoció esta capacidad de los sindicatos, incluyéndola dentro del contenido esencial de la libertad sindical [art. 2.2.*d*)], aunque se suele exigir «implantación suficiente» en el ámbito del conflicto, referida a un «nivel adecuado de afiliación» (STS de 11 de diciembre de 1991, RJ 1991, 9053). Así, es necesaria una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que ha de medirse en función de la implantación en el «ámbito del conflicto» y que constituye «un presupuesto que no puede ser soslayado» (STC 210/1994, de 11 de julio).

La legitimación corresponderá al sindicato o a la sección sindical, dependiendo del ámbito del conflicto (STS de 21 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2175]). Está legitimado el comité de huelga (STS de 31 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1308]). No están legitimadas las coaliciones constituidas de momento y *ad hoc* para representar a los trabajadores (STCT de 5 de octubre de 1988 [RTC 1988, 454]); tampoco las comisiones paritarias de los convenios colectivos (STCT de 23 de marzo de 1983 [RTC 1983, 2734]), ni la comisión negociadora de un convenio colectivo (STC 92/1994, de 21 de marzo).

Como ha manifestado la STC 59/1983, de 6 de julio, es precisa la adecuación

entre el ámbito del conflicto y el de implantación del sindicato promotor. Un sindicato de ámbito local o provincial no podrá plantear un conflicto de ámbito superior. Un comité de centro, o una sección sindical de centro, no podrán plantear un conflicto colectivo que afecte a toda la empresa. Todo ello también porque el artículo 18 RD-ley 17/1977 formula un principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto planteado y la fuerza representativa del sujeto colectivo promotor.

Por parte de la empresa, según se deduce del artículo 18.1.*b*) RD-ley 17/1977, la legitimación corresponde a los empresarios o sus representantes legales, según el ámbito del conflicto. Para los conflictos de ámbito superior a la empresa la legitimación puede atribuirse a las organizaciones empresariales, que deberán tener una implantación adecuada al ámbito del conflicto. No están legitimados para incoar el procedimiento de conflicto colectivo los colegios profesionales. De la misma forma que en el caso anterior, se exige un principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto y el ámbito de la representación empresarial.

La competencia para conocer de los conflictos colectivos corresponde, según el ámbito del conflicto, a los órganos públicos competentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o, ya con los traspasos de competencias, a los órganos pertinentes de las Comunidades Autónomas. La práctica identifica a dicha autoridad dentro de cada Administración con el órgano de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

El procedimiento se inicia mediante demanda escrita, firmada y fechada, en el que consten la identificación de las personas que lo plantean (nombre, apellidos, domicilio y carácter de dichas personas), la determinación de los trabajadores y empresarios afectados por el conflicto, los hechos sobre los que verse el conflicto y las peticiones concretas que se pidan. La falta de peticiones concretas o de determinación de los sujetos afectados por el conflicto dará lugar a la nulidad de las actuaciones. Hay que traer a colación el artículo 21 RD-ley 17/1977.

El escrito mencionado será presentado ante la autoridad laboral competente. Recibido el escrito de planteamiento del conflicto, la Administración laboral, en el plazo de veinticuatro horas, remitirá copia de aquél a la otra parte del conflicto, convocando a ambas partes para que comparezcan ante la propia Administración en el plazo de tres días.

3.3. Final del procedimiento

Citadas las partes ante la autoridad laboral, el procedimiento puede finalizar de varias formas, depende de las circunstancias y condiciones que concurran.

En primer lugar, puede suceder que no se produzca la comparecencia de la parte que inició el procedimiento de conflicto colectivo. En este caso, se entenderá que desiste de dicho procedimiento. Ahora bien, en el supuesto de que la que no comparece es la otra parte, se dará por intentada la conciliación sin avenencia.

En segundo lugar, que haya comparecencia. Producida tal comparecencia ante la autoridad laboral, la misma intentará la «avenencia» entre las partes. Se ha de tener presente que bajo el término «avenencia» se incluye tanto la conciliación como la

mediación. Resulta muy difícil separar en la práctica administrativa ambas figuras.

Por tanto, podrá intentarse alternativamente:

a) La avenencia de las partes. En este caso, las partes deciden alcanzar un acuerdo colectivo que requiere la mayoría simple de cada una de las representaciones. Este acuerdo tendrá *ex lege* la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo, así lo señala el artículo 24 RD-ley 17/1977.

b) El sometimiento de las partes a un procedimiento arbitral. Es decir, las partes deciden someterse a un arbitraje voluntario. El árbitro o árbitros dictarán su laudo arbitral en el término de cinco días, poniendo fin al procedimiento. Dicho laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que si se tratase del acuerdo, así se deduce del artículo 24 RD-ley 17/1977.

Si no se adoptase ninguna de las soluciones anteriores, hay que distinguir:

Primero. Si es un conflicto jurídico (o también llamado conflicto sobre derechos, el que deriva de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente), se remitirán las actuaciones, acompañadas de un informe de la autoridad laboral sobre el conflicto, al órgano judicial competente, para que, previa instancia de las representaciones profesionales legitimadas, se ponga en marcha el proceso de conflictos colectivos regulado por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) (arts. 153 a 162). Así, mediante el procedimiento judicial de conflicto colectivo, se tramitarán las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que traten sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa.

Segundo. Si es un conflicto de intereses (o también llamado conflicto de reglamentación, de regulación), la Administración ya no puede imponer a las partes en conflicto el denominado «laudo de obligado cumplimiento» [declarado inconstitucional por vulnerar los principios constitucionales de autonomía y autotutela colectiva, lo que afectó al arts. 25.*b*) y 26 RD-ley 17/1977, que fueron declarados inconstitucionales por la STC 11/1981]. En consecuencia, al no ser posible una solución jurisdiccional de estos conflictos, solamente podrá solucionarse mediante la negociación, la mediación o el arbitraje voluntario, quedando la búsqueda de soluciones en manos de las partes del conflicto.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Legitimación para iniciar el procedimiento:
1) **Los representantes de los trabajadores**, considerándose como tales los órganos de representación unitaria y los sindicatos.
2) **El empresario o sus representantes** (arts. 18 y 19 del RDLRT).

a) INICIACIÓN



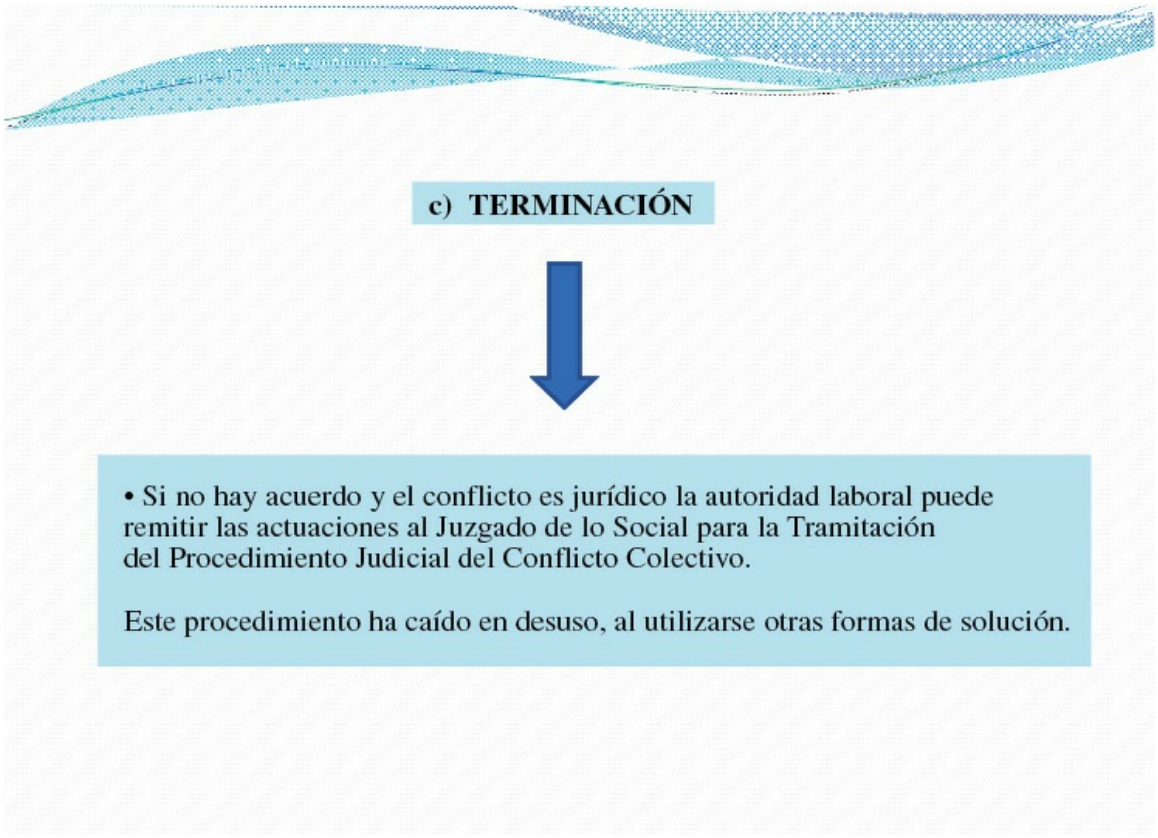
No podrá plantearse el procedimiento para modificar el contenido de un convenio colectivo, ni tampoco se podrá ejercitar el derecho de huelga durante su tramitación (arts. 23 y 24 del RDLRT).

FUENTE: Elaboración propia.

b) DESARROLLO

- La autoridad laboral, en las veinticuatro horas siguientes, convocará a las partes a una comparecencia que habrá de tener lugar dentro de los tres días siguientes.
- Durante la comparecencia la autoridad laboral intentará la «avenencia» entre las partes (art. 24.1 RDLRT).
- Si no hay acuerdo se prevé la posibilidad de que las partes designen a uno o varios árbitros para que resuelvan la controversia («arbitraje voluntario», art. 24.2 RDLRT).
- Lo acordado en conciliación o en el laudo arbitral tienen la misma eficacia que lo pactado en un convenio colectivo.

FUENTE: Elaboración propia.



FUENTE: Elaboración propia.

4. CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN PREVIAS A LA VÍA JUDICIAL

En el ámbito de la solución de los conflictos jurídicos, tanto individuales como colectivos, las partes en litigio, antes de acudir a los órganos jurisdiccionales, tienen la obligación legal de realizar un intento de solución de la controversia con carácter extrajudicial. Dentro de los actos preprocesales se puede destacar una clasificación entre actos preprocesales necesarios, por un lado, y actos facultativos, por otro. Destacando los actos necesarios, cabe diferenciar entre conciliación preprocesal y reclamación previa.

El acto de conciliación o, en su caso, de mediación previa constituye un presupuesto preprocesal de carácter obligatorio que pretende evitar que el conflicto llegue a resolverse por el órgano judicial. Son las partes las que dan solución al conflicto a través del acuerdo al que llegan con la asistencia de un tercero.

Esta conciliación supone una manifestación de la preferencia en el ordenamiento laboral por los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. Por tanto, con la finalidad de reducir el número de procesos judiciales, es ya tradicional en la jurisdicción laboral española la exigencia de un intento de conciliación o mediación entre las partes antes de que una de ellas proceda a interponer su demanda. Estos medios de evitar el proceso se regulan actualmente por los artículos 63 a 68 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre.

La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los

plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción (art. 65 LRJS). El cómputo de caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles.

Esta conciliación y mediación son medios extrajudiciales que actúan en una fase previa a la interposición de la demanda, por lo que no deben confundirse con las posibilidades de conciliación que contempla la LRJS (arts. 82 y 85.8), que se llevan a cabo tras la presentación de la demanda y durante la tramitación del proceso. Tampoco se pueden confundir con otros medios extrajudiciales de solución de conflictos que operan de forma autónoma o desvinculada del proceso (sería el caso de resolución del conflicto por parte de la comisión paritaria del convenio colectivo).

Para cumplir con la exigencia legal previa a la interposición de la demanda, el interesado puede optar entre conciliación y mediación. Además, puede elegir, para llevarlas a cabo, entre los servicios administrativos encargados institucionalmente de esas tareas o los instrumentos creados a tal fin mediante la negociación colectiva.

La regla general de exigencia de conciliación o mediación tiene varias excepciones. El artículo 64 LRJS determina dichas excepciones, se trata de un número tasado. Sin perjuicio de análisis pormenorizado del precepto legal, los supuestos excluidos son:

1. Los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma. Supuesto particular de exigencia de agotamiento de la vía administrativa previa es el de los procesos que versen sobre Seguridad Social.

2. Determinadas modalidades procesales de carácter urgente. Así, hay que mencionar: las modalidades procesales de impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores; disfrute de vacaciones; materia electoral; movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor; derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; impugnación de convenios colectivos; impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación; tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas; y las acciones laborales de protección contra la violencia de género. También se exceptúan los procesos de oficio, pues interviene una autoridad pública.

3. Los procesos derivados de medios extrajudiciales.

4. Cuando se produzca una ampliación subjetiva de demanda o cambio de demandante.

Según se deduce del artículo 63 LRJS, la conciliación o mediación previa a la interposición de la demanda puede desarrollarse «ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones». Así, o se puede acudir al órgano administrativo competente o a las instancias que se pongan en marcha a tales efectos mediante la negociación colectiva. En apartado posterior se analizan estos servicios públicos.

Cuando la conciliación o la mediación previas se llevan a cabo ante el órgano administrativo, están regulada por el Real Decreto 2.756/1979, de 23 de noviembre.

La celebración del acto de conciliación se interesará ante el servicio administrativo correspondiente del lugar de la prestación de los servicios o del domicilio de los interesados, a elección del solicitante (como se ha producido la transferencia de competencias a las CCAA en cada comunidad, habrá un órgano encargado como una denominación concreta: Servicio, Unidad o Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación).

La conciliación preprocesal se promueve con la presentación de la papeleta o demanda de conciliación. El artículo 6 RD 2.756/1979 establece los requisitos de contenido que debe reunir la papeleta de conciliación: 1. Los datos personales del que la presente y de los demás interesados y sus domicilios respectivos. 2. Lugar y clase de trabajo, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación. 3. Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su pretensión y cuantía económica, si fuere de esa naturaleza. 4. Si se trata de reclamación por despido, se hará constar la fecha de efectos de éste y los motivos alegados por la empresa. 5. Fecha y firma.

Recibida la papeleta, que se registrará en los libros que se lleven al efecto, en el mismo acto se examinará para determinar si reúne o no los requisitos exigidos, solicitando las aclaraciones necesarias, en su caso, para proceder a las citaciones de los interesados.

La comparecencia al acto de conciliación o de mediación es obligatoria para ambas partes, si han sido debidamente emplazados (art. 66.1 LRJS). La incomparecencia da lugar a varios efectos. Primero, para el solicitante, si estado debidamente citado y tenido conocimiento fehaciente de la citación, no compareciese el día y la hora señalados, ni alega justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, archivándose las actuaciones. Segundo, la incomparecencia de la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto. El juez o tribunal impondrá las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación. Además de las costas por la no comparecencia y de acuerdo con el artículo 97.3 LRJS, el juez, en el momento de dictar sentencia, motivadamente podrá imponer al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente una sanción pecuniaria dentro de los límites de 180 a 6.000 euros en el límite de 1/3 de la parte del litigio. Es la llamada multa por temeridad.

Al acto de conciliación los interesados podrán comparecer por sí mismos (acompañados por persona que los asesore), o por medio de representante. La

celebración del acto conciliatorio se regula por el artículo 10 RD 2.756/1979. Abierto el acto, el letrado conciliador, después de llamar a las partes, comprobará su identidad, capacidad y representación y, previa ratificación del solicitante, les concederá la palabra para que expongan sus pretensiones y las razones en que se fundan, siendo facultativa la exhibición de documentos y otros justificantes. Se producirán las intervenciones que sean necesarias con el fin de llegar a un acuerdo.

Terminada la sesión, el letrado conciliador levantará acta; en ella se recogerán con la máxima claridad los acuerdos adoptados por los interesados. De no existir avenencia, lo hará así constar expresamente. El acta será firmada por los interesados y el letrado conciliador. Se entregará copia certificada del acta de la sesión.

Cuando el acto de conciliación termina sin avenencia o acuerdo, no se ha conseguido resolver el conflicto, pero sí se ha cumplido el presupuesto procesal que permite acudir a la vía judicial.

En cambio, si el acto de conciliación termina con avenencia o acuerdo entre las partes, se ha conseguido el objetivo. Lo acordado tiene fuerza ejecutiva entre las partes, y es título ejecutivo que permite la posibilidad de acudir al trámite de ejecución de sentencias.

El acuerdo de conciliación o de mediación se puede impugnar, ante el Juzgado al que hubiere correspondido el conocimiento del asunto, a través de la acción de nulidad de las causas que invalidan los contratos o con fundamento en su ilegalidad o lesividad. Dicha impugnación será ejercida por las partes o por terceros perjudicados, en un plazo de treinta días hábiles desde la celebración o desde su conocimiento (art. 67 LRJS).

Por último, hay que señalar que la omisión del acto de conciliación previa en aquellos litigios cuya celebración sea preceptiva constituye un defecto procesal que se debe subsanar (el secretario judicial, sin perjuicio de resolver sobre la admisión y proceder al señalamiento, advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, art. 81.3 LRJS).

5. ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), dependiente de la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social (Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento de desarrollo aprobado por RD 138/2000, de 4 de febrero, y Orden Ministerial de 12 de febrero de 1998), es la organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social que incluyen los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas pertinentes en que puedan incurrir empresas y trabajadores, así como el asesoramiento e información a los mismos en materia laboral y de Seguridad Social, que pueda suscitarse con ocasión del ejercicio de la acción inspectora.

Entre las funciones que desempeña la Inspección destacan que son servicios de arbitraje, conciliación y mediación. Concretamente, el artículo 3.3.1 de la Ley 42/1997 otorga a este tradicional garante de la legislación social facultades mediadoras en cualquier clase de conflicto, a ofrecimiento propio, instrucción del superior o petición de los interesados, de forma muy particular cuando haya sido convocada una huelga, según se deduce del artículo 9 RD-ley 17/1977.

En este sentido, hay que tener presente la dudosa compatibilidad entre la función aquí analizada y las competencias fiscalizadoras (se debe traer a colación las manifestaciones contenidas en la Recomendación 81 de la OIT), así como el recelo empresarial frente a la intervención de un órgano nacido para tutelar los derechos de los trabajadores, y el deseo manifiesto de los interlocutores sociales de articular un sistema de solución extrajudicial de conflictos laborales a partir de la autonomía colectiva.

Todas estas circunstancias han terminado por hacer caer en el olvido, salvo raras excepciones y a pesar del reconocimiento indubitado de la valía del cuerpo de Inspectores de Trabajo, esta posibilidad aún presente en la letra de la Ley (Tascón López, R., 2009: 219).

6. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESTATAL Y AUTONÓMICOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

Hay que traer a colación, antes de avanzar más, que la Administración laboral se organiza de forma compleja debido a que nuestro Estado lo es de las autonomías, y así, junto a la Administración del «Estado» se deben tener presente las Administraciones de las Autonomías.

La regulación de estos servicios públicos administrativos arranca del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, desarrollado por el Real Decreto 2.756/ 1979, de 23 de noviembre. Estas normas crearon y regularon el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), que se hizo cargo de esas tareas tras la transformación del sistema legal e institucional con la Constitución Española de 1978.

En el Preámbulo del RD-ley 5/1979 se indicaba que «la mediación es una figura conveniente; su eficacia está demostrada en la realidad diaria, haciéndose aconsejable su institucionalización, sobre los presupuestos de imparcialidad del mediador y la libre aceptación de su actuación por los interesados». Además, en su artículo 6 se encomendaban a este organismo autónomo funciones mediadoras para resolver las discrepancias que pudieran surgir en cualquier momento de una negociación o controversia colectiva.

Los servicios dirigidos y gestionados por el IMAC fueron transferidos posteriormente a las Comunidades Autónomas con competencias en materia laboral, que han ido creando servicios similares dentro de su organización administrativa. Posteriormente, el Real Decreto 530/1985, de 8 de abril, suprimió el IMAC, una vez

que el grueso de sus competencias fue objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas y que las funciones residuales fueron encomendadas a las Áreas laborales de las Delegaciones de Gobierno (Real Decreto 2.725/1998, de 18 de diciembre).

El órgano competente para resolver en el procedimiento administrativo es el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de cada provincia. Ahora bien, esa potestad de mediación puede haber sido también transferida a las Comunidades Autónomas.

En la actualidad, existen en las distintas CCAA órganos administrativos que, con distinta denominación (CMAC, UMAC, SMAC, etc.) desarrollan las funciones de mediación, arbitraje y conciliación. Así, además de cumplimentar el requisito de «conciliación obligatoria» previa a la tramitación de cualquier procedimiento laboral (salvo las excepciones establecidas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011), estos servicios públicos también suelen desarrollar labores de mediación y arbitraje en los conflictos laborales.

El CMAC (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, denominación que recibe en Andalucía) se encarga de gestionar los casos individuales de cada trabajador, mientras que el SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales) se dedica a los temas relacionados con los convenios colectivos. Desde el año 2009 se han incorporado algunas reclamaciones individuales a las competencias del SERCLA. Concretamente, éstas obedecen a lo que respecta a la clasificación profesional, la movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslados y desplazamientos, período de disfrute de vacaciones y licencias, permisos y reducciones de jornada (incluidos los vínculos al cuidado de hijos y familiares).

El SMAC es la Sección de Mediación, Arbitraje y Conciliación en la Comunidad Valenciana. Dependiente de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo. Dirección General de Trabajo y Seguridad Laboral. El funcionamiento y actuación es igual que en el resto de los órganos de las otras Comunidades Autónomas.

En Castilla y León los órganos administrativos competentes para llevar a cabo el intento de acuerdo obligatorio en los conflictos individuales son las Oficinas Territoriales de Trabajo.

7. CONFIRMACIÓN DEL CARÁCTER RESIDUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONFLICTO COLECTIVO

Como ya se ha avanzado en los apartados anteriores, el procedimiento administrativo de conflicto colectivo regulado en el RD-ley 17/1977 tiene un carácter residual. Las partes en conflicto «prefieren» acudir a otro medio de solución extrajudicial de conflictos fruto de la negociación colectiva.

La consolidación progresiva del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) y de los órganos similares en las CCAA se ha traducido en que éstos pasen a canalizar la solución extrajudicial de la inmensa mayoría de los conflictos colectivos

laborales pertenecientes a sus respectivos ámbitos de actuación; en relación con la conflictividad gestionada por los órganos administrativos de Mediación, Arbitraje y Conciliación en esos mismos ámbitos, se ha convertido en la vía que principalmente es utilizada por los sujetos de las relaciones laborales.

Hay que señalar que el SIMA es una fundación del sector público estatal tutelada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de composición paritaria constituida por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME).

El continuado trasvase de la tramitación de los conflictos laborales desde los órganos administrativos hacia las instancias creadas y gestionadas por la autonomía colectiva queda plasmado en una progresiva reducción del número de conciliaciones colectivas tramitadas a través de dichos órganos administrativos. Si bien, se ha de advertir, como han puesto de manifiesto las distintas Memorias sobre la situación socioeconómica y laboral de España, elaboradas por el Consejo Económico y Social, que la tendencia a la reducción se ha visto interrumpida en los años de la crisis. El fuerte crecimiento de actuaciones ha sido debido, casi en su totalidad, a conciliaciones intentadas sin efecto, por no comparecencia de la otra parte, o archivadas. Por otro lado, las mediaciones ante órganos administrativos han seguido asimismo una tendencia de reducción.

El desplazamiento de la resolución extrajudicial de conflictos desde cauces administrativos a los órganos y procedimientos autónomos viene favorecido por los propios acuerdos interprofesionales que los regulan. Así, desde la firma del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC), de ámbito estatal, y de los órganos y procedimientos de resolución de ámbito autonómico, un importante volumen de la conflictividad laboral se ha canalizado a través de los mismos, con importantes y positivos efectos tanto para el propio refuerzo de la autonomía colectiva y del diálogo social, como para la dinámica y la gestión de las relaciones de trabajo en buen número de sectores y empresas.

8. REFLEXIÓN FINAL

Como se ha puesto de manifiesto, si en cualquier faceta de la realidad el conflicto intersubjetivo se hace presente, como consecuencia ineludible de la convivencia socialmente organizada, el ámbito de las relaciones laborales representa, con seguridad, uno de los sectores donde con mayor fuerza y claridad puede apreciarse.

Son muchas las opciones que tienen las partes para llegar a un acuerdo, para solucionar el conflicto. Son muchas las fórmulas de mediación pública establecidas en los distintos preceptos del ordenamiento jurídico español, si bien, en la actualidad, algunas de ellas han caído en buena medida en desuso y constituyen poco menos que un fósil jurídico más propio de la inercia que de las necesidades actuales.

Se ha de resaltar que el legislador, en el RD-ley 17/1977, plasma su manifiesta intención de «administrativizar» la dinámica del conflicto laboral, sujetándola a una

acusada intervención por parte del poder público.

También se ha de señalar que, a pesar de la labor de constitucionalización del procedimiento administrativo analizado, desarrollada por el Tribunal Constitucional, este procedimiento fue elaborado bajo una lógica heteronómica, y es evidente que ésta está presente, aunque se hayan eliminado algunos de sus aspectos.

El RD-ley 17/1977, al regular la antigua tramitación administrativa del conflicto colectivo, asigna a la autoridad laboral la labor de realizar un intento de avenencia entre las partes, si bien dicha opción ha quedado muy mermada desde el momento que la Ley de Procedimiento Laboral permitió tramitar los conflictos colectivos ante los órganos jurisdiccionales del orden social aun cuando para ello fuera necesario un intento previo de avenencia que, hoy, no se realiza ya ante la Administración laboral, sino ante los órganos y por los procedimientos fijados por la propia autonomía colectiva en los Acuerdos sobre Solución Extrajudicial de Conflictos.

Se está produciendo un trasvase de los servicios de solución de conflictos colectivos por vía extrajudicial desde los órganos de la Administración pública a los servicios constituidos por los acuerdos interprofesionales suscritos entre las organizaciones empresariales y las organizaciones de trabajadores. Ello se observa con especial claridad al analizar los resultados obtenidos por la vía del procedimiento administrativo de conflicto colectivo, regulado en el Título II del RD-ley 17/1977.

También hay que resaltar que la tramitación del proceso de conciliación o, en su caso, de mediación previa a la vía judicial se encauza cada vez menos ante el servicio administrativo correspondiente. Se prefiere acudir ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 ET.

Desde la aprobación del primer Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I, 1996) se está produciendo una disminución de los conflictos solucionados por el procedimiento administrativo analizado. Así, tras la aprobación del V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC V), el 7 de febrero de 2012, la mediación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) sustituye a la conciliación administrativa previa a los efectos previstos en los artículos 63 y 156 de la Ley 36/2011, 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, se ha reforzado la actuación de la autoridad laboral competente en la resolución administrativa de conflictos. Ello porque ahora en los despidos colectivos la autoridad laboral competente sigue velando por la efectividad del período de consultas e, igualmente, sin perjuicio de la utilización de los procedimientos de mediación y arbitraje, «la autoridad laboral podrá realizar durante el período de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo» (art. 51.2 ET). Si bien, hay que recordar que la función mediadora de la autoridad laboral sólo puede realizarse a petición conjunta de las partes.

Por último, señalar desde una perspectiva general que desde 2010 se ha venido

desarrollando un importante proceso de potenciación de los medios de solución extrajudicial de conflictos que ha respondido al objetivo de agilizar la resolución de discrepancias, abriendo con ello un camino de consolidación de estos cauces. Al mismo tiempo, se han revalorizado los órganos previstos en los acuerdos interprofesionales *ex* artículo 83 ET, y los mismos se han convertido en un elemento esencial en el sistema fijado. Pero la reforma de 2012, aunque ha mantenido estas vías, lo cierto es que las ha devaluado sustancialmente, al priorizar soluciones menos conformes a los principios básicos del Derecho del Trabajo.

9. BIBLIOGRAFÍA

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo», en VVAA, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

BORREGO GUTIÉRREZ, M.: «Gobernanza y medios de solución autónoma de conflictos laborales. La experiencia española», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n.º 34, 2014.

CASAS BAAMONDE, M. E.: «Procedimientos de solución de los conflictos y reforma de la legislación laboral», en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, CES, Comunidad de Madrid, 1995.

— «Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español», en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, SIMA, Madrid, 1999.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral en el año 2013*.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «La mediación», en VVAA, *La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000.

GALIANA MORENO, J.: «Medidas no judiciales de solución de los conflictos colectivos de trabajo modelos normativos europeos», *RT*, n.º 81, 1986.

GARCÍA MUCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I. A. y MATEO BEATO, A.: *1006-2006. 100 Años de Inspección de Trabajo. Gobierno del Principado de Asturias*, Consejería de Industria y Empleo, 2007.

GARCÍA VALVERDE, M.: «Conflictividad Laboral en España. Balance y perspectivas tras más de una década de vigencia del ASEC», *TSo*, n.º 195, marzo 2007, pp. 25-35.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas», *REDT*, n.º 65, 1994.

— *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La caracterización del conflicto colectivo de trabajo y los instrumentos para su solución», *RL*, n.º 17, 2000.

GRANADOS ROMERA, I.: «La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos», *Tirant monografías*, n.º 668, Valencia, 2009.

LUJÁN ALCARAZ, J.: «Los medios de solución extrajudicial de conflictos y la negociación colectiva», *AS*, n.º 5, 2006.

MIÑARRO YANINI, M.: «El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales», *AL*, n.º 19, 2012.

MONTOYA MELGAR, A.: «La Inspección de Trabajo y los conflictos laborales», *RL*, n.º 8, 1986.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Solución no jurisdiccional de conflictos laborales y tutela judicial efectiva», en VVAA, *Estudios ofrecidos al Profesor Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

REY GUANTER, S. DEL: «Mediación y arbitraje en los períodos de consulta: algunas cuestiones esenciales», en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, SIMA, Madrid, 1999.

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C. L.: *Los Acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Documentos, CES, 2001.

TASCÓN LÓPEZ, R.: «La solución extrajudicial de conflictos laborales en el modelo español: a medio camino entre el *desideratum* legal y el ostracismo social», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Universidad de Valladolid, n.º 10, 2009.

VALDÉS DAL-RE, F.: «Tutela judicial y auto-tutela colectiva en la solución de conflictos colectivos», *RL*, n.os 4 y 5, 1992.

VIDA SORIA, J.: «Comentario al artículo 28 y al artículo 37 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983.

VIANA LÓPEZ, C.: *La mediación laboral*, Dykinson, Madrid, 2013.

VVAA: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, coord. Monereo Pérez, J. L., Comares, Granada, 2002.
— *Libertad Sindical, Conflictos Colectivos y Huelga*, coord. Vida Soria y Monereo Pérez, en XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Monografías de *Temas Laborales*, n.º 3, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), Sevilla, 2002.
— *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Valdés Dal-Re, F. (dir.), MTASS, Madrid, 2003.
— *La Inspección de Trabajo 1906-2006*, coords. Espuny Tomás, M. J. y Paz Torres, O., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
— *Guía Práctica de Mediación Sociolaboral*, Dueñas Herrero, L. J. (dir.), Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

---

1 PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Dossat, Madrid, 1952, p. 300.

CAPÍTULO XXXI

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE ORIGEN CONVENCIONAL

M.ª ISABEL GRANADOS ROMERA
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES CREADOS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS. 1.1. *Rasgos distintivos de los sistemas autónomos de solución de conflictos.* 1.2. *Origen y evolución de los sistemas autónomos de solución de conflictos*. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 2.1. *Estructura, naturaleza y eficacia jurídicas*. 2.2 *Ámbitos de aplicación*. 2.2.1. Ámbito territorial. 2.2.2. Ámbito temporal. 2.2.3. Ámbito personal. 2.2.4. Ámbito objetivo: *a*) Conflictos colectivos. *b*) Conflictos individuales y plurales. 3. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PREVISTOS EN LOS ACUERDOS ESTATAL Y AUTONÓMICOS: RASGOS COMUNES. 4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: RÉGIMEN JURÍDICO. 4.1. *La mediación del ASAC-V*. 4.1.1. La gestión del procedimiento: el SIMA. 4.1.2. Sujetos legitimados para iniciar la mediación. 4.1.3. Iniciación de la mediación. 4.1.4. Tramitación del procedimiento. 4.1.5. Actuación del órgano mediador y finalización del procedimiento. 4.1.6. Especialidades procedimentales. 4.2. *El procedimiento de conciliación-mediación del SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía).* 4.2.1. Gestión del SERCLA. 4.2.2. La obligatoriedad de los procedimientos de conciliación-mediación para conflictos colectivos e individuales. 4.2.3. La iniciación del procedimiento de conciliación-mediación. 4.2.4. Tramitación del procedimiento de conciliación-mediación. 4.2.5. Finalización del procedimiento de conciliación-mediación. 4.2.6. Especialidades procedimentales. 5. BIBLIOGRAFÍA. 6. ANEXO.

1. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES CREADOS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

1.1. RASGOS DISTINTIVOS DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El ordenamiento jurídico laboral se ha caracterizado por la presencia de procedimientos de solución de conflictos de carácter extrajudicial. Entendiendo por tales todos aquellos procedimientos cuya puesta en práctica no implica el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, la solución del conflicto no procede de un órgano jurisdiccional, siendo indiferente que el procedimiento tenga carácter voluntario u obligatorio, resuelvan conflictos de intereses o sobre derechos, o la solución del conflicto la proporcione un tercero ajeno a las partes afectadas, o sean

directamente éstas las que alcanzan la solución mediante negociación.

No obstante, en este capítulo se aborda el estudio de los procedimientos de mediación previstos en aquellos sistemas de solución, extrajudiciales, creados por la negociación colectiva, caracterizados porque el diseño y la creación de los mismos se lleva a cabo por los agentes sociales, y porque los sujetos que ponen fin a la controversia son las propias partes afectadas por el conflicto, con el auxilio de terceros, designados en muchas ocasiones por ellos mismos, y en todo caso por los agentes sociales. Es decir, se trata de procedimientos construidos sobre el principio de autonomía colectiva y cuyo funcionamiento viene determinado por la negociación colectiva. De ahí su denominación: sistemas autónomos de solución de conflictos.

El auxilio en la negociación para alcanzar la solución del conflicto tendrá lugar mediante conciliación, mediación o arbitraje voluntario. También el arbitraje voluntario se ha de considerar un procedimiento autónomo, pues aunque la solución del conflicto venga proporcionada por un tercero ajeno a las partes en conflicto, si la elección del procedimiento, el diseño del mismo y por supuesto la opción por éste ha sido fruto de la negociación colectiva, no hay razón para no atribuir tal calificativo.

Por todo ello, no podrán calificarse como autónomos aquellos procedimientos de solución que hayan sido diseñados por el poder estatal, aunque la solución también la alcancen las partes mediante negociación directa o asistida.

1.2. Origen y evolución de los sistemas autónomos de solución de conflictos

Prácticamente desde la aprobación de nuestra Constitución de 1978 es posible detectar entre la doctrina científica y los interlocutores sociales cierto sentimiento de «frustración» por el escaso grado de desarrollo de los medios de solución autónomos. Lo cierto es que a finales de los setenta y comienzos de la década de los ochenta los interlocutores sociales llevaron a cabo diversos intentos de creación de procedimientos de solución de conflictos de carácter autónomo, a través de los grandes acuerdos de concertación social (ABI, AMI, AI, AES); sin embargo, ello no daría sus frutos; la particular situación política en la que se encontraba nuestro país, junto con la existencia de una jurisdicción especializada que ofrecía los niveles de seguridad jurídica y eficiencia demandados por nuestros agentes sociales, provocó que éstos se ocuparan de dar tratamiento a otros temas, postergando el diseño e instauración de los procedimientos de solución de conflictos de carácter autónomo.

A pesar del fracaso de la concertación social nacional, la situación en determinadas Comunidades Autónomas fue muy distinta, concretamente en el País Vasco en el año 1984 se firmaba el PRECO, «Acuerdo del Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad Autónoma Vasca sobre procedimiento de resolución de conflictos colectivos y negociación colectiva». Si bien rechazable respecto a determinados aspectos de su contenido, lo que a su vez supondría que no fuese firmando por todos los sujetos que negociaron —concretamente UGT se negó a firmar, pues se introducía un supuesto de arbitraje obligatorio—; pero, con independencia de ello, lo cierto es que fue un acicate para que lo que no se había

conseguido en el ámbito nacional se hiciera a nivel autonómico, de modo que al mismo le sucedieron el Acuerdo catalán sobre solución extrajudicial de conflictos, que se firmó el 7 de noviembre de 1990, que creó el Tribunal Arbitral de Cataluña, y el denominado AGA, Acuerdo gallego firmado en 1992.

Tales logros autonómicos «arrastraron» un cambio de actitud del legislador (Casas Baamonde, M. E., 1994: 3); así, en la reforma laboral de 1994, se dio cobertura legal a los procedimientos de solución autónomos, ya creados, y además se introdujeron toda una serie de cambios normativos con los que, por un lado, se resolvían ciertos problemas técnicos que la puesta en práctica de los mismos planteaba (art. 91 ET), y, por otro, se incentivaba su utilización reconociendo efectos pre-procesales a la conciliación o mediación prevista en los acuerdos que regulan tales sistemas de solución, efectos interruptivos o suspensivos a la firma de un compromiso arbitral celebrado en virtud de tales acuerdos y equiparación de sentencia firme al laudo dictado en virtud de un arbitraje previsto igualmente en tales acuerdos (arts. 63, 154 y disp. adic. 7.ª de la Ley de Procedimiento Laboral, hoy 63, 156, 65.3 y 68.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Es precisamente a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, cuando se pactaron numerosos acuerdos de solución autónoma de conflictos. El 25 de enero de 1996 se firmó el Acuerdo de ámbito estatal (el denominado ASEC), e igualmente se firmarían numerosos acuerdos de Comunidad Autónoma; no obstante, el mapa autonómico no se completó hasta la firma del Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias (AISECLA), hecho que tuvo lugar el 2 de octubre de 2003 (*BOPA* de 10 de noviembre).

Hoy día se puede afirmar que los procedimientos de solución de conflictos de carácter autónomo están plenamente consolidados. El ASEC que actualmente se encuentra vigente es el quinto, e incluso ha cambiado su denominación, recibe el nombre de ASAC, y bastantes acuerdos autonómicos han sido renovados y perfeccionados. Además, la consulta de sus estadísticas, en relación a la actividad y los resultados alcanzados, ponen de manifiesto que se encuentran plenamente aceptados. Y en general, la impresión que tiene el jurista, ante la observación de tal aspecto de ordenamiento, es que se trata de una pieza que ya está asentada en nuestro sistema de relaciones laborales.

Es evidente que los principales protagonistas de este proceso han sido los interlocutores sociales; dicho proceso ha de ser calificado como un éxito de la negociación colectiva; no obstante, el legislador y la Administración han realizado una labor de apoyo y promoción, desde ópticas distintas, que ha sido determinante.

Las reformas laborales que han venido sucediendo desde 2010 han tenido entre uno de sus principales objetivos modificar nuestro modelo de negociación colectiva, lo que en definitiva ha supuesto que también se vean afectados los sistemas autónomos de solución de conflictos. Un breve recorrido por las normas artífices de tales modificaciones lo pondrá en evidencia.

El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, convalidado por el Congreso y tramitado posteriormente

como proyecto de Ley, fruto del cual es la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (*BOE* de 18 de septiembre), fomentó el uso de los procedimientos de mediación y arbitraje para resolver los conflictos relacionados con la movilidad geográfica y modificación sustancial, ambas de carácter colectivo, estableciendo la posibilidad de sustituir el obligado período de consultas por los procedimientos de mediación y arbitraje que fuesen aplicables a la empresa en cuestión. Tales procedimientos serán los previstos en los Acuerdos de solución extrajudicial en el ámbito autonómico o estatal, aunque no se diga expresamente, ya que tanto los convenios de empresas como los convenios sectoriales, con carácter general, remiten a los mismos para la solución de cualquier conflicto laboral, siendo excepcional, o más bien esporádica, la previsión de otros procedimientos de solución de conflictos. Igualmente remitía a los procedimientos previstos en los Acuerdos de Solución Extrajudicial para resolver los conflictos que se planteen en relación con la modificación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos estatutarios, y para los supuestos de descuelgue salarial. Es decir, con la reforma de 2010 el legislador tiene un claro interés por incentivar la utilización, por incrementar su versatilidad, si bien, y con el objeto de asegurar la consecución del pacto, también se observa su inclinación a que tales sistemas de solución de conflictos prevean arbitrajes de carácter obligatorio para aquellos supuestos en los que el alcance del pacto se hace prácticamente imposible y la consecución del pacto es urgente (supuestos de descuelgue o de modificación sustancial de condiciones previstos en convenios colectivos estatutarios).

En el Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de negociación colectiva, se detecta igualmente una clara intención del legislador de acrecentar el protagonismo de los procedimientos autónomos de solución de conflictos (importante destacar el mayor protagonismo de la comisión paritaria, especialmente en conflictos sobre derechos). Si bien, y en línea con lo que también se apuntaba en la reforma anterior, el legislador ante la situación de crisis económica estima que la falta de acuerdo ante la negociación de un convenio colectivo puede tener consecuencias nefastas para la rentabilidad e incluso la viabilidad de una empresa, ello le lleva a un comportamiento, en cierta medida, contradictorio, pues si bien pretende el fomento de la negociación colectiva, mediante la utilización de sistemas autónomos, por otro lado, y ante la falta de acuerdo, invita al establecimiento del arbitraje obligatorio, que, ante la ausencia de previsión expresa por los sistemas autónomos, subsidiariamente se considera obligatorio.

En la reforma realizada a través del Real Decreto 3/2012, de medidas urgentes para la reforma laboral (convalidado por el Congreso el 8 de marzo de 2012 y tramitado como proyecto de Ley), hoy ya Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (*BOE* de 7 de julio), también se observa un cierto comportamiento paradójico del legislador, pues mantiene los mecanismos ya establecidos para que los sistemas autónomos ganen ese mayor protagonismo, pero introduce una limitación a la autonomía colectiva, en este caso de un modo más directo, al prever el arbitraje obligatorio (subsidiario) de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órganos homólogos de las Comunidades

Autónomas), para los conflictos sobre inaplicación de convenios colectivos, ante el fracaso de los procedimientos.

En definitiva, y pesar de los elementos distorsionantes introducidos por las últimas reformas en relación a las fórmulas arbitrales obligatorias previstas, o de posible previsión, es evidente que los sistemas autónomos son una pieza clave de nuestro ordenamiento jurídico, perfectamente asentada en el sistema de relaciones laborales.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Si bien se pretende acercar al lector a la mediación prevista en los acuerdos de solución autónoma de conflictos, ciertamente no es posible conocer el funcionamiento y la efectividad de tales procedimientos de mediación, si de modo previo no se analizan determinados aspectos de su régimen jurídico, en especial la naturaleza jurídica, y los ámbitos de aplicación.

2.1. Estructura, naturaleza y eficacia jurídicas

Cuando comenzaron a fraguarse los distintos acuerdos inicialmente autodenominados «de solución extrajudicial», la actuación más común de los interlocutores sociales fue concertar un pacto donde se marcaban las características básicas del sistema, y posteriormente se volvía a elaborar un nuevo convenio colectivo, que lo desarrollaba, al que se le denominaba reglamento. Evidentemente no se trata de una genuina norma reglamentaria, se adoptó esta denominación por similitud con la misma en relación a la función que realizaba de concreción respecto a otra norma más genérica. Actualmente los sistemas que siguen manteniendo esa doble estructura normativa son: sistema andaluz, asturiano, extremeño, catalán, madrileño, riojano y murciano. Dicha modificación, uniendo toda la regulación del sistema en única norma, es un cambio que el intérprete agradece, ya que con los reglamentos se generaba una duplicidad en muchas ocasiones innecesaria, y en todo caso se dificultaba el proceso de aplicación, de modo que actualmente la mayoría de los sistemas se regulan en un solo texto normativo.

La determinación de la naturaleza jurídica de los acuerdos reguladores de los sistemas de solución de conflictos es un requisito imprescindible para poder determinar la eficacia de los mismos y el grado de obligatoriedad de los procedimientos. Todos los acuerdos de solución autónoma de conflictos se atribuyen el carácter de acuerdos sobre materias concretas. Así se establece en los mismos: artículo 3.2 del V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC-V); estipulación primera del Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales en Andalucía (SERCLA); artículo 2 del IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Aragón (IV ASECLA); art. 1 del Acuerdo Interprofesional

sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias (AISECLA); artículo 1 del VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales; artículo 1 del Acuerdo Interprofesional Canario por el que se modifican o refunden los Acuerdos sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo; artículo 1.2 del II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación del «Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Illes Balears» (TAMIB); artículo 2.1 del II Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León (ASACL); artículo 3.2 del III Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla-La Mancha (III ASAC-CLM); artículo 1 del Acuerdo Interprofesional de Cataluña de 23 de enero de 1991 y artículo 1 del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Cataluña; Estipulación primera del Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Extremadura (ASEC-EX); artículo 1 del Acuerdo Interprofesional Gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo; estipulación primera del Acuerdo Interprofesional de La Rioja de 31 de diciembre de 1994, mediante el que se crea el Tribunal Laboral de La Rioja, y artículo 1 del Reglamento del Tribunal Laboral de Mediación, Conciliación y Arbitraje de La Rioja; estipulación primera del Acuerdo Interprofesional sobre la creación del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid y artículo 1 del Reglamento de funcionamiento del sistema de solución extrajudicial de conflictos de trabajo y del instituto laboral de la Comunidad de Madrid; artículo 3.2 del II Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en la Región de Murcia (ASECMUR-II) y artículo 3.2 del Reglamento del ASECMUR-II; artículo 1.2 del Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra; art. 3 del Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos voluntarios para la resolución de conflictos laborales-PRECO-III; artículo 2 del IV Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana.

Ciertamente todos reúnen los requisitos para ser acuerdos sobre materias concretas: las partes contratantes son los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal o de CCAA (dependiendo del ámbito del acuerdo), ámbitos de aplicación amplios, y la regulación de un aspecto concreto de las relaciones laborales. Sin embargo, para algunos de estos acuerdos las partes negociadoras han excluido su aplicación inmediata de modo que será necesaria una ratificación o adhesión por sectores o empresas para que vincule el acuerdo en cuestión (Sistema Extremeño, art. 4 del Reglamento, o Sistema de Murcia, art. 3.3 del Acuerdo), y en otros casos, si bien se prevé eficacia general o *erga omnes,* es posible desvincularse (éste es el caso del ASAC-V, arts. 3.2, segundo párrafo, y el 4.2 III-ASAC-CLM). Para muchos autores una regulación en tal sentido no afecta a su naturaleza jurídica, siendo en todo caso acuerdos sobre materias concretas (Odriozola Landeras, A., 2001: 14 y 15, y Cavas Martínez, F., 2001). Sin embargo, desde mi punto de vista, si el acuerdo tiene eficacia obligacional, vinculando únicamente a las

partes contratantes, y siendo necesaria una adhesión posterior para que sectores y/o empresas se vean vinculados por los mismos, carece de uno de los aspectos esenciales que los caracterizan: la eficacia *erga omnes* (Piqueras Piqueras, C., 1998: 79 y 80).

En tal caso, los acuerdos como el ASAC (art. 3.3 y 4), Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 3.3 y 4) o el Acuerdo de Murcia (art. 3.3), que precisan de la ratificación o adhesión para que entre en vigor, no pueden calificarse como acuerdos sobre materias concretas, por supuesto son instrumentos convencionales de manifestación de la autonomía colectiva, pero no pueden ser clasificados bajo tal etiqueta. En todo caso, y debido a los efectos que se prevén, son más próximos a los acuerdos marco, ya que necesitan de una negociación ulterior para que entren en vigor.

2.2. Ámbitos de aplicación

2.2.1. Ámbito territorial

El acuerdo estatal ASAC-V es de aplicación en todo el territorio nacional (art. 2.1), no obstante se ha de tener presente las posibilidades de desvinculación. Los acuerdos autonómicos extienden su ámbito de aplicación a todo el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas.

En cuanto al ámbito territorial de los acuerdos de solución extrajudicial, el problema que puede plantearse es la posible concurrencia entre los mismos, principalmente entre el ámbito estatal y el autonómico, pues aunque los ámbitos territoriales de los distintos acuerdos no se solapan entre sí, la delimitación del ámbito del conflicto suele ser bastante polémica, en tanto en cuanto el conflicto no siempre aparece con su dimensión real, sino que en ocasiones se exterioriza o formaliza en un ámbito más reducido. Ciertamente la delimitación del ámbito del conflicto es de una gran dificultad técnica, lo que sin duda genera incertidumbre en cuanto a la determinación del sistema de solución aplicable.

El ASAC-V, aunque establece en el artículo 2.1 que será de aplicación en todo el territorio nacional, los conflictos que pueden someterse a sus procedimientos de solución son aquellos cuyo ámbito trascienden las fronteras de una Comunidad Autónoma; evidentemente si el conflicto no adquiere tales dimensiones, se ha de aplicar el sistema autonómico. No obstante, el acuerdo estatal, pese a tal delimitación de su ámbito de aplicación, para evitar cualquier situación de colisión con otros acuerdos establece otro criterio, que realmente convierte los procedimientos del ASAC en normas de carácter dispositivo, ya que la disposición adicional 1.ª deja a la voluntad de los sujetos afectados por el conflicto la opción de someterse a los procedimientos del ASAC o aquellos otros procedimientos previstos en acuerdos autonómicos que pudieran ser aplicables.

A tenor de la regulación del ámbito territorial que hacen los acuerdos autonómicos, éstos pueden ser clasificados en dos grupos. En primer lugar se ha de aludir a aquellos que ciñen su ámbito de aplicación a la Comunidad Autónoma. No obstante, a su vez es posible distinguir ciertos matices, que permiten clasificar en tres

subconjuntos: *a*) Aquellos acuerdos que delimitando como ámbito de aplicación la Comunidad Autónoma, precisan que sólo conocerán de aquellos conflictos que el ámbito de sus efectos no exceda del territorio de la Comunidad Autónoma: éste es el caso del Acuerdo de Aragón (art. 3.2 del Acuerdo), del Acuerdo de Galicia (art. 3.2 del Acuerdo), del Acuerdo de Murcia (art. 2.2 del Acuerdo y art. 2.2 del Reglamento). *b*) Por otro lado, el Acuerdo Andaluz (estipulación tercera del acuerdo y art. 3 del Reglamento), el Acuerdo de Extremadura (Estipulación tercera del Acuerdo y art. 2 del Reglamento), se limitan a señalar la Comunidad Autónoma como ámbito territorial sin añadir nada más al respecto. Y en último lugar *c*) Acuerdos de Canarias (art. 5.1 y 2 del Acuerdo), Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 2.2 del Acuerdo), Cataluña (art. 2.2 del Reglamento), de la Comunidad Valenciana (art. 4), de La Rioja (art. 2.2 del Reglamento) y Navarra (art. 4.2 del Acuerdo) establecen el criterio de la sede del centro, de modo que a todas las empresas con centros de trabajo en la Comunidad Autónoma se le aplicará dicho sistema, si bien en ellos se indica que en tales casos los conflictos han de afectar únicamente a centros ubicados en tales Comunidades Autónomas.

En un segundo grupo se han de incluir todos aquellos acuerdos que conocen o pueden conocer de conflictos que, planteándose en el territorio de una Comunidad Autónoma trascienden de sus fronteras. A su vez también en este caso se pueden distinguir varios subgrupos. Los Acuerdos de Baleares (art. 3 del Acuerdo) y Madrid (art. 2 del Acuerdo y 3 del Reglamento) permiten que los conflictos que trascienden las fronteras de la Comunidad Autónoma puedan resolverse según los sistemas de solución autónomos en las mismas vigentes cuando las partes legitimadas y con capacidad suficiente así lo acuerden. En esta misma línea los Acuerdos de Asturias (art. 2 del Reglamento), Castilla y León (art. 4 del Acuerdo), de Cantabria (art. 2 del Acuerdo) y País Vasco (art. 2 del Acuerdo), si bien aluden primero al criterio de ubicación de los centros de trabajo, permiten igualmente que las partes legitimadas y con capacidad suficiente sometan a tales sistemas conflictos que superan el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Lo cierto es que una regulación en los términos que se establece en este segundo grupo de acuerdos no plantea ningún problema de concurrencia con el ASAC, puesto que, como ya se apuntó, el ASAC asigna a las normas que regulan sus procedimientos un carácter dispositivo.

No obstante, salvo aquellos supuestos en los que la mayoría de los centros estén en una de tales comunidades autónomas, y haya por tanto una fuerte conexión del sector o empresa afectados con la Comunidad, es difícil que exista consenso entre los sujetos legitimados para acudir a un sistema autonómico en lugar de al sistema estatal.

2.2.2. Ámbito temporal

Todos aquellos acuerdos sobre solución de conflictos que tienen naturaleza de acuerdos sobre materias concretas, quedan sometidos a la regulación sobre convenios colectivos contenida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, como se

establece en el artículo 83.3 del citado texto legal, y evidentemente también quedarán sometidos a las reglas sobre vigencia de los convenios colectivos. Para aquellos acuerdos a los que las propias partes han reservado eficacia obligacional, podría ponerse en duda la aplicación de las normas del Estatuto, al carecer de uno de los rasgos esenciales para ser convenio estatutario. Sin embargo, el instrumento de adhesión o ratificación sí que tiene que ajustarse al Estatuto de los Trabajadores, de ahí que pueden aplicarse igualmente tales reglas.

En cuanto a la duración de los acuerdos —que es la cuestión de mayor trascendencia en este aspecto— se pueden clasificar en dos grupos:

1. Los que establecen una vigencia indefinida, si bien podrán introducirse modificaciones previa denuncia: Acuerdo de Madrid (art. 4 del Acuerdo y 5 del Reglamento), Acuerdo de Aragón (art. 3.4 del Acuerdo), Acuerdo de Navarra (art. 4.4 del Acuerdo y disp. final 3.ª del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales, según redacción dada el 25 de septiembre de 2013), Acuerdo de las Islas Baleares (art. 4 del Acuerdo), Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 2.3 del Acuerdo), entre otros. No obstante, entre los acuerdos con vigencia indefinida, algunos prevén que la denuncia para la modificación tenga que producirse cuando haya transcurrido un mínimo período de vigencia: en este sentido Acuerdo del País Vasco (art. 4) exige intervalos de cuatro años, el Acuerdo de Cantabria (art. 3.1), exige una vigencia mínima de cinco años.

2. Aquellos que establecen una vigencia temporal. Por ejemplo, el ASAC (art. 2.2) actualmente estará vigente un período de cinco años: comenzó su vigencia el 1 de enero de 2012, y se fija como fecha de finalización el 31 de diciembre de 2016; si no mediara denuncia, se prorrogará por períodos quinquenales. El Acuerdo de Andalucía prevé una vigencia de cinco años (estipulación 6.ª del Acuerdo), prorrogable igualmente por períodos sucesivos de cinco años; el Acuerdo de la Comunidad Valenciana también prevé prórrogas quinquenales (art. 5). El Acuerdo de Murcia prevé una vigencia inicial de cuatro años, prorrogable también por períodos quinquenales (art. 2.2); el Acuerdo de Castilla y León prevé una vigencia inicial de cuatro años, y las prórrogas sucesivas por períodos de la misma duración (art. 5.1). Una vigencia inicial más corta, de dos años, prevén los Acuerdos de Canarias, (art. 2.1 del Acuerdo) y de Extremadura (estipulación sexta del Acuerdo y art. 2.2 del Reglamento) prorrogables por períodos anuales y quinquenales, respectivamente; y el Acuerdo gallego, que estableció un período de vigencia inicial de un año (art. 5.2 del Acuerdo) prorrogable por períodos anuales, no habiendo sido afectado tal aspecto por la modificación introducida en virtud del Acuerdo de 25 de marzo de 2013.

Muchos de estos acuerdos han sido denunciados al finalizar su vigencia inicial, con objeto de poder modificar aquellos aspectos que las partes han considerado susceptibles de mejora después de su puesta en práctica; ello ha ocurrido con el Acuerdo Estatal, ya está vigente el quinto, o los Acuerdos de la Comunidad Valenciana, Cantabria y Aragón, que también han sido modificados en un alto número de ocasiones, o los Acuerdos de Castilla-La Mancha o Islas Baleares, que

igualmente también han sido renovados. En relación a otros se prevé una modificación inminente en el caso del Acuerdo de La Rioja.

2.2.3. Ámbito personal

La mayor parte de los acuerdos se caracterizan por excluir de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos. Ciertamente la utilización de la mediación y el arbitraje para resolver los conflictos que afectan al personal funcionario, en el momento en el que empezaron a firmarse los primeros acuerdos, era legalmente imposible (Sala Franco, T. y Alfonso Mellado, C. L., 2001: 37). En la actualidad la situación es distinta, especialmente para los conflictos colectivos, pues desde la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se reconoce a los sujetos con capacidad para negociar condiciones de trabajo, en el ámbito de la Administración Pública, la posibilidad de establecer sistemas de solución extrajudicial de conflictos para resolver conflictos sobre derechos y sobre intereses. No obstante, hasta ahora los sistemas de solución autónoma vigentes no se han hecho eco de esta posibilidad, de modo que continúan estando dirigidos esencialmente a conflictos con trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios en la empresa privada y sólo de un modo excepcional contempla los conflictos que pueden generarse entre la Administración Pública y el personal laboral al servicio de la misma.

No obstante, sí se observa un cambio en este aspecto en relación a la configuración inicial de los sistemas autónomos, pues en la mayoría de los acuerdos se prevé la posibilidad de ampliación del ámbito para resolver conflictos que se planteen entre los empleados públicos y la Administración. Así en este sentido:

1. Los acuerdos que los excluyen expresamente de su ámbito, si bien prevén la posibilidad de ampliar su aplicación a los conflictos que se generen entre los empleados públicos y la Administración Pública; no obstante, para ello exigen un acuerdo de adhesión expresa. El ASAC establece que dicho acuerdo deberá llevarse a cabo en los términos del artículo 45 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público [véase disp. adic. 3.ª*b*) del Acuerdo]; no obstante, se ha de entender que dicha previsión es aplicable a todos los acuerdos aunque no se indique. En este sentido: el ASAC [art. 1.2 del Acuerdo y disp. adic. 3.ª*b*)], el Acuerdo de la Comunidad Valenciana [art. 6.2.*b*) y disp. adic. 6.ª del Acuerdo]; este acuerdo alude de modo expreso no sólo al personal laboral, sino también a los funcionarios; Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 5.3 y 6 del Acuerdo) o el Acuerdo de Castilla y León [art. 9.*b*)]; Acuerdo de Islas Baleares (art. 6.3 del Acuerdo); Acuerdo de Cantabria (art. 4.4 del Acuerdo). El Acuerdo de Murcia los excluye sin más, regulación esta que es la que inicialmente preveía el ASEC.

2. Muchos acuerdos no se pronuncian expresamente sobre la cuestión. En este sentido: Acuerdo de Navarra, Acuerdo del País Vasco, Acuerdo gallego, Acuerdo de Aragón, Acuerdo de Extremadura, y Sistema Catalán. En tal caso se ha de entender que evidentemente no es de aplicación a tal modalidad de conflictos, y ello en virtud

de la naturaleza jurídica y del ámbito funcional que en los mismos se establece.

3. Y en último lugar se han de señalar aquellos acuerdos que de forma expresa incluyen en su ámbito de aplicación los conflictos del personal laboral al servicio de la Administración Pública. En este sentido: Acuerdo de Andalucía [estipulación 3.ª*b*)]; Acuerdo Canario, artículo 5.4.

2.2.4. Ámbito objetivo

a) Conflictos colectivos

Todos los acuerdos coinciden en incluir los conflictos de carácter colectivo, tanto los de intereses como los de derechos; es más, en un primer momento, la finalidad de estos acuerdos fue precisamente resolver los conflictos de esta naturaleza, y por ello son muy pocos los que inicialmente prevén la solución de los conflictos individuales.

En cuanto a los conflictos sobre derechos, algunos acuerdos se remiten al artículo 153 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), utilizando el concepto aportado por el propio texto procesal: éste es el caso del ASAC-V [art. 4.1.*a*)], y del Acuerdo de Castilla-La Mancha [art. 5.1.*a*) del Acuerdo]. Otros siguen remitiéndose al artículo 151 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral ya derogada; por tanto, dicha remisión ya se ha de considerar igualmente hecha al artículo 153 LRJS; ello ocurre con: el Acuerdo de Murcia (art. 4.1 del Acuerdo), Acuerdo de la Comunidad Valenciana (art. 6.1 del Acuerdo), Acuerdo cántabro [art. 5.1.*a*) del Acuerdo], Acuerdo de las Islas Baleares [art. 6.1.*a*)], Acuerdo canario [art. 3.*b*)] y Sistema de la Comunidad de Madrid [art. 4.1.*a*) del Reglamento].

Otros acuerdos aportan una definición de conflictos amplia, que en buena medida viene a reproducir la contemplada en el artículo 151 de la ya derogada en la Ley de Procedimiento Laboral. Éste es el caso del Acuerdo andaluz (estipulación tercera del Acuerdo), Acuerdo de Castilla y León (art. 8.1), Acuerdo vasco (art. 8 del Acuerdo) y del Acuerdo gallego (art. 4 del Acuerdo).

Por su parte el Acuerdo de Aragón no realiza delimitación alguna del conflicto sobre derechos, pero se apoya también en la Ley de la Jurisdicción Social para acotar los conflictos objeto de tratamiento [art. 3.1.*a*) del Acuerdo].

Me parece oportuno señalar la regulación del Acuerdo de Navarra, que tras su última reforma realizada en 2013 excluye de su ámbito de aplicación los conflictos sobre interpretación y/o aplicación de normas estatales (art. 4.3 del Acuerdo), sólo pueden someterse los conflictos sobre normas convencionales cualquiera que sea la eficacia de ésta.

Por último, señalar que en el Acuerdo de La Rioja (art. 4 del Reglamento), para referirse a los conflictos sobre derechos, alude sin más a conflictos sobre la interpretación y/o aplicación de normas, lo cual puede impedir el planteamiento ante dicho sistema de conflictos sobre interpretación y/o aplicación de convenios extraestatutarios (Sala Franco, T. y Alfonso Mellado, C. L., 2001: 32).

En cuanto a los conflictos de intereses, todos los acuerdos, y no podía ser de otra manera, los incluyen en su ámbito de aplicación. En algunos de los sistemas de

regulación simplemente se hace una referencia genérica a esta modalidad de conflictos. Ésta es por ejemplo la regulación que hace el Acuerdo andaluz [estipulación tercera apartado *c*) del Acuerdo]; de un modo parecido se expresa el art. 10.1.*a*) del Reglamento asturiano. El Acuerdo canario no alude a los conflictos de intereses en los preceptos dedicados a regular los ámbitos de aplicación; no obstante, en el capítulo I, sección primera, del Acuerdo, dedicada a la regulación de los procedimientos de solución, sí los menciona pero de una forma igualmente parca: «También podrán someterse, en los términos que se establecen en el presente Acuerdo Interprofesional, […] conflictos colectivos de intereses o de ruptura de las negociaciones».

No obstante, la mayoría de los acuerdos son más precisos para determinar qué se entiende por conflictos de intereses. Así, el ASAC, en el artículo 4.1, apartados *b*), *c*) y *d*), hace una descripción detallada de las distintas modalidades de conflictos de intereses que nuestro sistema de negociación colectiva permite contemplar: bloqueo en el seno de la comisión paritaria, bloqueo en el seno de la comisión negociadora de un convenio colectivo, bloqueo en la negociación de cualquier pacto o acuerdo colectivo. En términos muy parecidos se expresan: el Acuerdo de Castilla-La Mancha [art. 5.1.*b*), *c*) y *d*)], el Acuerdo de Navarra [art. 4.3.2.*b*) y *c*)] y el Acuerdo de Galicia [art. 4.*b*) y *c*)]; todos ellos de renovación relativamente reciente, en los que se observa la influencia de la reforma laboral y del propio ASAC.

Muchos acuerdos indican con detalle cuándo existe un conflicto de intereses; así el Acuerdo valenciano se expresa del siguiente modo: «Conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de cinco meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora»; no obstante, se matiza que dicho período no será necesario si la mediación es solicitada de modo conjunto por quienes tienen capacidad para suscribir el convenio con efectos generales [art. 6.*b*)]. En esta línea se han de citar: el Reglamento de funcionamiento del sistema madrileño [art. 4.*b*)], el Acuerdo de Murcia [art. 4.1.*b*) del Acuerdo y 5.1.*b*) del Reglamento], el sistema de Extremadura [art. 5.1.*b*) del Reglamento] y Acuerdo de Castilla y León [art. 8.2.*b*)], aunque en este caso no sólo se hace referencia al bloqueo en la negociación sino que expresamente se indica que también se tratarán aquellos conflictos que surjan como consecuencia de «discrepancias derivadas del incumplimiento del deber de negociar o conectadas con la buena fe negocial».

No exigen período de bloqueo en la negociación: el Acuerdo de Baleares (art. 6.1) o el Acuerdo de Cantabria [art. 5.1.*b*) II], que aluden a: «Conflictos ocasionados por discrepancias surgidas durante la negociación de un convenio colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo, debido a la existencia de diferencias sustanciales y que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente».

Para delimitación de su ámbito objetivo, todos los acuerdos incluyen de modo específico los conflictos que surjan en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, a excepción del Acuerdo de Canarias; no obstante, en tanto no se excluyan expresamente, podrían considerarse competentes los órganos de

tales acuerdos para su solución, considerándolos conflictos sobre derechos —como así parece haberlo hecho el legislador—, al estimar que realmente ante ellos se trata de interpretar el alcance de las «causas económicas, técnicas, organizativas y productivas» (sobre este tema véase Del Rey Guanter, S., 1996: 111). Algunos de los sistemas también prevén la aplicación de los procedimientos, para aquellos conflictos que se generen durante los períodos de consulta, que deben llevarse a cabo ante la adopción de medidas que afectan a los trabajadores, en los supuestos de sucesión de empresa (art. 44.9 ET), así: ASAC [art. 4.1 *f*)], SERCLA (art. 2.2 Reglamento), Acuerdo de Navarra [art. 4.3.2.*e*)], Acuerdo gallego [art. 4.1.*d*)], Acuerdo de Castilla-La Mancha [art. 5.1.*f*)] o Acuerdo de Aragón [art. 4.1.*c*)].

También es común entre los acuerdos que se incluyan en su ámbito de aplicación de un modo expreso los conflictos que dan lugar a una convocatoria de huelga o se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga: artículo 4.1.*k*) ASAC; estipulación tercera apartado *c*) del Acuerdo andaluz; artículo 4.1.*k*) del Acuerdo de Castilla-La Mancha; artículo 6.1.*c*) del Acuerdo de la Comunidad Valenciana; artículo 4.1.*c*) del Acuerdo de Murcia y artículo 5.1.*c*) del Reglamento; artículo 4.*c*) del Reglamento madrileño; y artículo 5.1.*c*) del Reglamento del sistema extremeño, entre otros. Aunque no todos los acuerdos incluyen de modo expreso tales conflictos; así, algunos sólo hacen referencia a los conflictos que aparezcan para la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento [en este sentido art. 4.*h*) del Acuerdo gallego o art. 6.*e*) del Reglamento catalán].

Los rasgos que se han venido señalando son comunes a los distintos sistemas autónomos de solución de conflictos; no obstante, los acuerdos que no regulan su ámbito objetivo en los términos anteriormente señalados, que es lo que ocurre con los Acuerdos vasco y canario (algo, si bien es cierto, excepcional), pueden conocer de esos conflictos debido a la alusión genérica que hacen a conflictos sobre interpretación y aplicación normativa o jurídicos, es la terminología más frecuente y de intereses.

Aunque no sea una característica común a los distintos acuerdos, sí que se ha de mencionar que algunos de ellos contemplan como conflictos propios de su ámbito objetivo los relacionados con la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de riesgos. Así lo establece el artículo 2.4 del Reglamento de Conflictos Colectivos andaluz, y también el Acuerdo aragonés, si bien en este caso hace una relación detallada de aquellos conflictos relacionados con la prevención de riesgos que sí podrían ser resueltos por el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (art. 3.3.1 del Acuerdo de Aragón).

Por último, es muy frecuente que se señale la exclusión de determinados conflictos, especialmente aquellos que afectan a la Seguridad Social, salvo la complementaria [art. 1.2 ASAC, art. 3.3 del Acuerdo de Aragón, art. 5.3 del Acuerdo de Cantabria, art. 10.3.*d*) del Reglamento Asturiano, art. 6.3 del Acuerdo de Baleares, o art. 9.*a*) del Acuerdo de Castilla y León, art. 5.3.*a*) del Acuerdo de Castilla-La Mancha, entre otros]. De todos modos, esta exclusión es innecesaria, ya que al

tratarse de normas de Derecho necesario absoluto no cabe transacción sobre las mismas, siendo inviable la utilización de los sistemas de solución autónoma.

b) Conflictos individuales y plurales

Atendiendo a la regulación que proporcionan los acuerdos de solución de conflictos sobre los conflictos individuales, se distingue una triple clasificación: los acuerdos que dejan fuera de su ámbito de aplicación los conflictos individuales, los que los contemplan desde un primer momento y aquellos que, cuando se pactaron, no los preveían como objeto de tratamiento pero previeron la ampliación de su ámbito objetivo para incluirlos.

Entre los primeros se encuentra el Acuerdo Estatal (art. 4.3 ASAC) y el Acuerdo de la Comunidad Valenciana [art. 6.2.*c*)]. Los Acuerdos de Castilla y León y País Vasco no excluyen de un modo expreso los conflictos individuales, pero no aluden a ellos cuando delimitan los conflictos objeto de tratamiento, y por ello se han de entender fuera de su ámbito.

Los Acuerdos de Aragón [art. 3.1.*a*) y *b*) del Acuerdo], Baleares [art. 6.1.*c*) del Acuerdo], Navarra [art. 4.3.2.*j*) del Acuerdo], Cantabria (art. 5.1.*a*).II del Acuerdo), Cataluña (art. 6 y disp. adic. 1.ª del Reglamento) y de La Rioja (art. 4 y disp. adic. 1.ª del Reglamento), contemplan el tratamiento de los conflictos individuales desde un primer momento.

No obstante, se ha de matizar que no conocen de cualquier conflicto individual, y con ello no se hace referencia a la exclusión de aquellos conflictos que versan sobre materias de orden público como son las que afectan a derechos fundamentales, o en los que es parte la Administración. Así, por ejemplo, el sistema catalán, además de no conocer de los conflictos sobre tutela de libertad sindical, también excluye de su competencia la solución de aquellos conflictos individuales que versen sobre régimen disciplinario (despidos y sanciones), reclamaciones de cantidad (disp. adic. 1.ª del Reglamento), o el acuerdo de Aragón que excluye las reclamaciones de cantidad (art. 3.3 del Acuerdo).

En tercer lugar se han de señalar aquellos acuerdos que dejaban para un momento posterior el tratamiento de los conflictos individuales. A su vez, en este grupo hay que distinguir aquellos acuerdos que regulaban la solución de los conflictos individuales, pero demoraban la entrada en vigor de tales cláusulas un tiempo, este es el caso de los Acuerdos de: Canarias (disp. trans. 1.ª) y Madrid (disp. trans. 1.ª del Acuerdo). Y aquellos otros que, aunque los excluyeron, expresamente preveían la posibilidad de firmar un nuevo acuerdo entre las partes firmantes para incluirlos. Entre estos acuerdos se encuentran: el Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 4.3 del I Acuerdo), el Acuerdo de Extremadura (disp. adic. 2.ª del Acuerdo y 5.3 del Reglamento), el Acuerdo gallego (disp. final 1.ª del Acuerdo); el Acuerdo andaluz (disp. adic. 2.ª del Acuerdo), y el Acuerdo de Murcia (art. 4.2 del Acuerdo).

De todos estos sistemas de solución extrajudicial de conflictos, han visto ampliado su ámbito de aplicación el madrileño, el andaluz, y el castellano-manchego, si bien, en este último caso, se ha suspendido temporalmente su utilización para los conflictos

individuales por razones de viabilidad económica.

Por último, se ha de señalar que algunos acuerdos autonómicos contemplan como una modalidad específica los conflictos plurales [Acuerdo de Baleares, art. 6.1.*c*); Acuerdo de Cantabria, art. 5.1.*a*).II; Acuerdo de Aragón, art. 11]. Se ha de recordar que los conflictos plurales no son nada más que una suma de conflictos individuales, si bien por economía procesal resulta frecuente que su solución, cualquiera que sea la vía utilizada, se gestione de forma conjunta. No obstante, en este aspecto se ha de destacar el tratamiento que contempla el Acuerdo de Asturias, pues no se limita a indicar que los procedimientos de solución en el mismo contemplados son de aplicación a los conflictos plurales, sino que a efectos del propio sistema define que ha de considerarse conflicto plural, atendiendo para ello al número de trabajadores afectados y al número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo (art. 10.2 del Reglamento).

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PREVISTOS EN LOS ACUERDOS ESTATAL Y AUTONÓMICOS: RASGOS COMUNES

Todos los acuerdos, el estatal y los autonómicos, prevén tres modos de solución de conflictos laborales: por decisión de la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable, por acuerdo logrado por las partes en conflictos asistidos en conciliación, y/o mediación y arbitraje.

Evidentemente la utilización de un procedimiento u otro va a estar condicionada en buena medida por el tipo de conflicto. Por ello, ante la comisión paritaria, únicamente pueden plantearse los conflictos que versen sobre aquellas cuestiones acerca de las cuales el propio órgano tiene competencia. Así, todos los acuerdos atribuyen competencia a la comisión paritaria para conocer de los conflictos que se plateen sobre la interpretación y/o aplicación de convenios colectivos, considerando en muchos supuestos que es un requisito imprescindible sin el cual no es posible iniciar ningún procedimiento de solución (sobre el tema, véase Granados Romera, M. I., 2002: 116). No obstante, el ASAC pretende asegurar la efectividad de la intervención de la comisión paritaria, estableciendo un anexo con toda una serie de recomendaciones a tener en cuenta por los interlocutores sociales para cuando en los distintos ámbitos de negociación proporcionen el régimen jurídico a las comisiones paritarias de los convenios estatutarios.

La mayoría de los acuerdos de solución establecen unos principios generales a los que deben ajustarse todos los procedimientos: gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia, contradicción e imparcialidad. Ésta es la regulación del ASAC (art. 9), del Acuerdo de la Comunidad Valenciana (art. 8), Acuerdo de Cantabria (art. 12), Acuerdo de Castilla y León (art. 3), Acuerdo de Aragón (art. 5), Acuerdo de Navarra (art. 11) y Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 8). No obstante, en otros acuerdos se refieren a tales principios pero con algunas matizaciones, así, por ejemplo, el

Acuerdo de Islas Baleares, que en lugar de mencionar celeridad habla de inmediatez, y además añade los principios de autonomía y oralidad (art. 2.3); o el Acuerdo del País Vasco, que únicamente hace referencia a la garantía de audiencia de las partes, a que no se produzca indefensión, y a los principios de igualdad y contradicción (art. 20, párrafo segundo), en el sistema catalán se alude a rapidez en lugar de celeridad [art. 3.3.*e*) del Acuerdo de 1990].

Otros acuerdos prescinden de establecer unos principios generales a los que deban someterse todos los procedimientos, este es el caso del Acuerdo canario, o el SERCLA andaluz.

No obstante, quizás lo destacable de la inclusión de tales principios generales es, por un lado, la clara influencia de los procedimientos judiciales en tal aspecto (Sala Franco, T. y Alfonso Mellado, C., 2001: 60), y, por otro lado, la gratuidad, requisito esencial para la eficacia de los mismos.

4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: RÉGIMEN JURÍDICO

Las dimensiones de la presente obra impiden la realización de un estudio pormenorizado de los procedimientos de mediación previstos en los dieciocho acuerdos sobre solución de conflictos que en la actualidad se encuentran en vigor en nuestro país. Por ello, se ha considerado oportuno analizar de un modo exhaustivo la mediación del Acuerdo estatal y de un acuerdo autonómico: el andaluz; y al hilo de ello comentar las diferencias que el resto presenta, que por otro lado son escasas, ya que la regulación en este aspecto es muy similar. No obstante, aclarar que, conocido el régimen jurídico del Acuerdo estatal y de un acuerdo de Comunidad Autónoma, la aproximación en solitario por parte del lector es una tarea bastante asequible, más aún cuando para ello se ponen a disposición una serie de instrumentos muy útiles en los Anexos I y II.

4.1. La mediación del ASAC-V

El procedimiento de mediación en el Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales viene regulado en los artículos 12 a 17, ambos inclusive.

Se establece que el procedimiento de mediación será obligatorio cuando:

— Lo solicite una de las partes legitimadas.

— Como requisito pre-procesal para la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Laboral, salvo que las partes opten por someterse directamente a un arbitraje.

— Con anterioridad a la comunicación formal de la convocatoria de huelga.

Regulan la obligatoriedad de la mediación en los mismos términos que el ASAC, entre otros: el Acuerdo de la Comunidad Valenciana (art. 17), el Acuerdo de Extremadura (art. 12 del Reglamento), el Acuerdo de Castilla-La Mancha (art. 14.1), Acuerdo de Murcia (art. 12 del Reglamento), sistema madrileño (art. 15 del Reglamento).

Los Acuerdos de Cataluña (art. 14.1 del Reglamento), Navarra (art. 10.1 del Acuerdo) y La Rioja (art. 10.1) optan por la voluntariedad general de sus procedimientos, dejando que sea la norma estatal o bien los convenios colectivos los que impongan la obligatoriedad de los procedimientos ante determinados tipos de conflictos (conflictos sobre inaplicación de convenios del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo).

4.1.1. La gestión del procedimiento: el SIMA

Para que pueda iniciarse la mediación es necesario que se dirija por parte de los sujetos legitimados un escrito al SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, que es el «soporte administrativo» del ASAC, y el órgano que gestiona los procedimientos y hace posible la aplicación del mismo (art. 5.3 ASAC).

El SIMA es una institución paritaria constituida a partes iguales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del ASAC-V y por un presidente que podrá formar parte de dichas representaciones o ser designado de mutuo acuerdo para facilitar la composición de sus decisiones por consenso. Tiene personalidad jurídica y capacidad de obrar, es una fundación tutelada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sus recursos tienen naturaleza pública y por supuesto sus actuaciones tienen carácter gratuito (art. 5.1 ASAC-V).

El SIMA recibe los escritos a que den lugar los procedimientos, efectúa las citaciones y notificaciones, registra y certifica los documentos oportunos, y en general realiza cuantas tareas sean necesarias para posibilitar y facilitar el adecuado desarrollo de los procedimientos regulados en el ASAC (art. 6.2 ASAC-V).

Entre las funciones del SIMA también se encuentra la elaboración de las listas de mediadores y árbitros. Dicha lista se compone de los mediadores y árbitros propuestos por las partes firmantes del ASAC-V (art. 7.1 ASAC-V).

Cada sistema establece un órgano gestor, en la mayoría de los casos creado de modo expreso para dicha finalidad, como ocurre con el SIMA, o con el sistema de las Islas Baleares, cuya gestión la lleva a cabo la Fundación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (Fundación TAMIB), o con el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, creado para gestionar el sistema de solución extrajudicial de conflictos, de carácter autónomo, de la Comunidad de Madrid, o el ORECLA del sistema cántabro, el Tribunal de Solución de Conflictos Laborales de Navarra para el sistema navarro, o el Jurado Arbitral Laboral de Castilla-La Mancha, entre otros. No obstante, en algunos supuestos, si bien de modo excepcional, se utilizan como órganos gestores otros ya existentes, este el caso del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, gestor del SERCLA (sistema andaluz), o el caso del Acuerdo gallego, pues aunque en este caso se prevé la creación de un órgano específico de gestión, «el

Servicio de Solución de Conflictos» (art. 14 del Acuerdo), sin embargo se solicita al Consejo Gallego de Relaciones Laborales dotación humana, material y económica para poder alcanzar los objetivos del Acuerdo, así como la cobertura económica para el registro de mediadores y árbitros y la retribución de sus funciones (art. 32 del Acuerdo). Se trata, por tanto, de un órgano integrado en el propio Consejo Gallego de Relaciones Laborales.

4.1.2. Sujetos legitimados para iniciar la mediación

Pueden solicitar la tramitación por el SIMA de los procedimientos de mediación y arbitraje los siguientes sujetos (art. 13 ASAC-V):

— En los conflictos que versen sobre la interpretación o aplicación de cualquier norma, los sujetos que estén capacitados para promover una demanda de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Social.

— En los conflictos que den lugar a una convocatoria de huelga, los sujetos capacitados para convocarla.

— Cuando el conflicto se suscite en relación a la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga, el ASAC no se pronuncia de modo expreso; el artículo 17.6, al regular el procedimiento específico de mediación que afecta a tales conflictos, indica que serán cualquiera de las partes en conflicto las legitimadas para iniciar el procedimiento.

— En los conflictos ocasionados por las discrepancias habidas en la negociación de un convenio, acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación, las respectivas representaciones de trabajadores y empresarios que participen en la negociación. La decisión de instar la mediación deberá contar con la mayoría de la representación que la promueva.

— En los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el correspondiente período de consultas, el empresario y la representación de los trabajadores que participe en las consultas. La decisión de instar la mediación debe contar con la mayoría de la representación que la promueva.

— En los conflictos que surjan con ocasión de diferencias que conlleven el bloqueo en la adopción del correspondiente acuerdo en la comisión paritaria, estarán legitimados los sujetos indicados en el propio convenio colectivo, y en su defecto, la propia comisión paritaria será la legitimada con acuerdo mayoritario de ambas representaciones.

— En los conflictos sobre impugnación de convenios colectivos, los sujetos legitimados para impugnar un convenio según lo previsto en el artículo 165 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

— En supuestos de concurso, cuando se sustituya el período de consultas, ante una solicitud de adopción de medidas laborales de carácter colectivo (modificación, suspensión o extinción de contratos de trabajo), por una mediación acordada por el juez a instancia de la administración concursal. El juez será el sujeto legitimado, o quien éste determine.

4.1.3. Iniciación de la mediación

La promoción de la mediación se inicia con la presentación de un escrito dirigido al SIMA, que contendrá los siguientes datos (art. 14 ASAC-IV):

a) Identificación del empresario o de los sujetos colectivos que ostentan legitimación para acogerse al procedimiento.

b) Objeto del conflicto, con especificación de su génesis y desarrollo, de la pretensión y de las razones que la fundamentan.

c) Colectivo de trabajadores afectados y ámbito territorial el mismo.

d) Acreditación de la intervención de la comisión paritaria, o de haberse dirigido a ella sin efecto, y dictamen emitido, en su caso, si se trata de los siguientes conflictos:

— Un conflicto de interpretación y/o aplicación de un convenio colectivo.

— Un conflicto sobre la interpretación y aplicación de otro acuerdo o pacto colectivo, si existe en su seno una comisión paritaria y se hubiera establecido con carácter preceptivo su intervención previa.

— Conflictos derivados de discrepancias surgidas en los períodos de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 44.9, 51 y 82.3 ET, si se ha pactado en el convenio colectivo la intervención previa de la comisión paritaria del mismo.

e) El mediador o el órgano colegiado de mediación designado.

f) Domicilio, fecha y firma del empresario o sujeto colectivo que inicia el procedimiento.

La solicitud de mediación obliga a las partes a abstenerse del ejercicio de acciones judiciales o administrativas, o de cualquier otra dirigida a la solución del conflicto motivo de la mediación, mientras dure ésta (art. 12.5 ASAC-V). Igualmente impide la convocatoria 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, por el motivo o causa objeto de la mediación (art. 12.5 ASAC-V).

El procedimiento de mediación sustituye al trámite de conciliación previsto en el artículo 156.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dentro de su ámbito de aplicación y para los conflictos a que se refiere (art. 12.5 ASAC-V).

4.1.4. Tramitación del procedimiento

La mediación se intentará preferentemente ante un órgano unipersonal (art. 12.1 ASAC-V), o ante un órgano colegiado de dos o tres personas, caso de elegirlo así las partes afectadas, que procurará de manera activa solventar las diferencias que dieron lugar al conflicto.

La designación del mediador o mediadores se hará de entre las personas incluidas en la lista que apruebe el Patronato del SIMA (art. 14.5 ASAC-V); no obstante, también es posible que se recurra como mediador al órgano específico de mediación

(que estará integrado en el servicio), y que haya sido creado por convenio colectivo o acuerdo sectorial.

El mediador o mediadores deberán ser ajenos al conflicto concreto en el que actúan, sin que puedan concurrir intereses profesionales o personales directos susceptibles de condicionar o alterar su actividad mediadora. A estos efectos, el artículo 14.6 ASAC-V señala los supuestos en los que se puede incurrir en incompatibilidad para actuar como mediador en un conflicto. Se pretende evitar cualquier conexión del órgano de mediación con cualquiera de las partes que están enfrentadas en conflicto.

La duración del procedimiento es de diez días hábiles, de los cuales, los tres primeros días hábiles siguientes a la entrada del escrito en el Registro del SIMA, dicho servicio atenderá la solicitud de mediador o mediadores designados por las partes (art. 14.3 ASAC-V). Ya que, como indica el artículo 14.2 ASAC-V, las partes han de hacer constar documentalmente la designación de un mediador o un órgano colegiado de mediación. No obstante, si las partes no hubiesen designado mediador, el SIMA se dirigirá a aquéllas el mismo día de la recepción del escrito de solicitud, para que los designen. Transcurrido el plazo de tres días desde la presentación de la solicitud, la mediación se desarrollará por el mediador designado por las partes, si una de ellas no hubiera designado se desarrollará por el designado por la otra parte, y si no hubieran designado a nadie en el plazo anterior, se procederá al archivo de las actuaciones.

La actividad del mediador comenzará inmediatamente después de su designación y según los trámites que el mismo considere apropiados (art. 15.1 ASAC-V).

4.1.5. Actuación del órgano mediador y finalización del procedimiento

El mediador o mediadores recabarán la información que consideren precisa para su función, garantizando, en todo caso, la confidencialidad de la información.

Durante la comparecencia, el órgano de mediación intentará la avenencia de las partes, moderando el debate y concediéndoles cuantas intervenciones estime oportunas, garantizándose el derecho de audiencia de los personados, así como el principio de igualdad y contradicción sin que se produzca indefensión.

Tras la comparecencia, y dentro del plazo de diez días (es posible acortar este plazo si las partes lo solicitan de mutuo acuerdo, art. 14.4 ASAC-V), desde la solicitud, el mediador o mediadores podrán formular propuestas para la solución del conflicto, que deberán tenerse por no puestas en caso de no ser aceptadas por las partes. Entre las propuestas que puede realizar el mediador se encuentra la de someter la cuestión a arbitraje. Si las partes optan por el arbitraje, termina la mediación sin necesidad de agotamiento de plazo.

El acuerdo conseguido en mediación, siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el período de consultas al que se refieren los artículos 40, 41, 47, 44.9, 51 y 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 64.6 de la Ley Concursal. En los demás conflictos laborales tendrá la misma eficacia

que lo pactado en convenio colectivo, y será objeto de depósito y registro y publicación en los términos previstos en el artículo 90 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En caso de no producirse avenencia, el mediador o mediadores levantan acta en ese mismo instante, registrando la propuesta formulada, la ausencia de acuerdo y las razones alegadas por cada parte.

Si los órganos intervinientes en la mediación fueran los propios constituidos en el ámbito del convenio colectivo o acuerdo, éstos darán cuenta al SIMA de la solución habida, a efectos de registro.

4.1.6. Especialidades procedimentales

Para los conflictos que den lugar a la convocatoria de una huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga, se establece un procedimiento específico cuya duración es de 72 horas salvo que las partes, de mutuo acuerdo, decidan prorrogarlo (art. 17.2 ASAC-V).

El SIMA deberá, en el plazo de 24 horas, atender la solicitud de mediación y actuar conforme indica el artículo 14.3 ASAC-V, y ya se ha indicado, en relación a la designación de los mediadores.

Este procedimiento es obligatorio si se pretende convocar una huelga, previsión que también realizan los Acuerdos de Castilla-La Mancha (art. 14.3), de Islas Baleares [art. 6.1.*b*)], también el sistema de Madrid (art. 15.2 del Reglamento) y de Murcia (art. 15.2 del Reglamento).

La comparecencia ante la instancia mediadora es obligatoria para ambas partes, como consecuencia del deber de negociar implícito en la naturaleza de esta mediación.

En estos casos, en el escrito de iniciación del procedimiento de mediación deberá hacerse constar, además de los datos generales, los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas y la fecha prevista de inicio de la misma.

El escrito de comunicación formal de la huelga deberá especificar que se ha intentado la mediación en los plazos anteriormente indicados o que, llevada a cabo, ésta se ha producido sin acuerdo. De no acreditarse tal circunstancia, se entenderá que la huelga no se encuentra debidamente convocada.

La mediación para la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento se iniciará a solicitud de cualquiera de las partes si se plantea dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comunicación formal de la huelga. Procedimiento que también tendrá una duración máxima de setenta y dos horas (art. 17.6 ASAC-V).

4.2. El procedimiento de conciliación-mediación del SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía)

El sistema andaluz prevé como procedimientos de solución de conflictos, tanto colectivos como individuales, el procedimiento de conciliación-mediación y el

arbitraje voluntario. Además de la intervención de la comisión paritaria para aquellos conflictos que versen sobre la interpretación y/o aplicación de convenios colectivos, trámite este obligatorio tanto para conflictos colectivos (art. 15 Reglamento de conflictos colectivos, en adelante RCC) como individuales (art. 6 Reglamento de conflictos individuales, en adelante RCI), siempre y cuando así lo prevea el convenio colectivo sobre el que se plantea la controversia.

4.2.1. Gestión del SERCLA

La disposición adicional 3.ª del Acuerdo 1996 establece que la Administración ha de facilitar los medios necesarios para la puesta en práctica y efectividad de los procedimientos de solución en el mismo previstos y atribuye la gestión del sistema al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (en adelante CARL), al que se encuentra adscrito. Evidentemente, sin el soporte técnico y económico de la Administración la solución autónoma de conflictos se hubiera visto condenada al fracaso.

Los servicios administrativos de la Secretaría General del CARL proporcionan la infraestructura necesaria para la tramitación de todas las fases de los procedimientos de conciliación-mediación y arbitraje, a efectos de su correcto funcionamiento (art. 6 RCC).

Los órganos a través de los cuales se articula el funcionamiento del SERCLA son: la Presidencia y la Comisión de Conciliación-Mediación.

La Presidencia del SERCLA (art. 8 RCC) recaerá de forma alternativa entre la representación empresarial y sindical y por el período de un año, de acuerdo con el orden de prelación que la comisión de seguimiento establezca.

La Secretaría (art. 9 RCC) será ejercida por un funcionario de acreditada cualificación profesional en materia jurídico-laboral.

La Comisión de Conciliación-Mediación (estipulación cuarta del Acuerdo 1996), de naturaleza colegiada (art. 10.1 RCC), realiza las funciones de conciliación y mediación, integrada por ocho miembros de los cuales cuatro han sido designados por las organizaciones empresariales firmantes y otros cuatro por las sindicales, quienes habrán de designar también un interlocutor permanente para la gestión de la comisión. No obstante, para determinar los representantes que puedan intervenir en cada actuación de la Comisión de Conciliación-Mediación, y evitar la posible falta de imparcialidad del órgano se depositará por las mencionadas organizaciones una lista de no menos de veinte personas, en la Secretaría del SERCLA, de modo que dependiendo de la materia sobre la que verse el conflicto integrarán la comisión distintos miembros de la lista (si el conflicto es de hostelería, no podrá actuar como mediador ningún representante del sector…).

De los ocho miembros que la componen uno será el presidente, correspondiendo tal cargo al representante de la organización que ostente la del SERCLA.

Aunque el SERCLA tiene su sede en Sevilla, no obstante la Comisión de Conciliación-Mediación, para un mejor funcionamiento del sistema, podrá actuar de forma descentralizada, tanto por razón de la materia como del territorio, siendo posible la celebración de sus sesiones en cualquiera de las provincias de Andalucía

(art. 3 RCC).

Para el ejercicio de sus funciones la Comisión de Conciliación Mediación se considerará válidamente constituida, respetando el carácter bipartito, con la presencia de cuatro de sus miembros, incluido su presidente y con la asistencia del secretario/a (art. 12 RCC). No obstante, por acuerdo unánime de sus miembros podrán crearse secciones de trabajo, constituidas por un mínimo de cuatro miembros (art. 12.2 RCC).

Como ya se ha indicado, el sistema se creó inicialmente para la solución de conflictos colectivos; sin embargo, su ampliación en el año 2005 a los conflictos individuales requirió la creación de otra Comisión de Conciliación-Mediación que atendiera la solución de tales conflictos. Esta segunda comisión tiene una estructura paralela a la anteriormente descrita, sólo se diferencia en el número de miembros que en este caso son dos, uno en representación de la organización empresarial y otro en representación de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo que ocuparán dicho puesto de modo alternativo. Las partes firmantes del Acuerdo también designarán un interlocutor permanente para la gestión de dicha comisión y elaborarán una lista, que depositarán en la Secretaría del SERCLA, de no menos de seis personas, para que puedan intervenir en cada actuación de la Comisión de Conciliación-Mediación (art. 5 RCI).

La funciones de Secretaría están igualmente asignadas a la Secretaría General del CARL, quien designará un funcionario de acreditada cualificación profesional en materia jurídico-laboral (art. 5.2 RCI).

Los acuerdos de la Comisión de Conciliación-Mediación que resuelve los conflictos individuales se adoptarán por unanimidad.

4.2.2. La obligatoriedad de los procedimientos de conciliación-mediación para conflictos colectivos e individuales

Para los conflictos colectivos el procedimiento de mediación es obligatorio en los siguientes supuestos:

— Cuando lo solicite una de las partes en conflicto (art. 16.2 RCC).

— Como requisito preprocesal para la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Laboral, salvo que las partes opten por someterse directamente a un arbitraje [estipulación 4.ª, apartado *b*) del Acuerdo y 24.1 RCC].

— Para los sujetos firmantes del Acuerdo Interprofesional, antes de que convoquen formalmente una huelga (art. 19.3 RCC).

Para los conflictos individuales, a partir del 16 de junio de 2009, momento en el que se extiende el sistema para la solución de conflictos individuales a toda Andalucía, se configura dicho trámite como obligatorio. No obstante, la dicción literal del artículo 64 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social restó eficacia al proceso de conciliación-mediación individual del SERCLA, en tanto en cuanto excluye del proceso de conciliación previa —entre otros— las discrepancias sobre vacaciones, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de

trabajo, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de lo cual se deduce que la obligatoriedad de dicho trámite va a quedar reducida a los supuestos de clasificación profesional, y permisos, licencias o reducciones de jornada que no estén vinculados con el cuidado de hijos y familiares.

4.2.3. La iniciación del procedimiento de conciliación-mediación

Los sujetos legitimados para promover el procedimiento de conciliación-mediación para la solución de los conflictos colectivos son [estipulación cuarta apartado *d*) del Acuerdo y art. 14 del Reglamento]:

a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el conflicto.

b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa.

c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior, así como cuando se trate de los conflictos surgidos en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

d) Para los conflictos causantes de una convocatoria de huelga y los conflictos suscitados para la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento los legitimados para convocar la huelga, el comité de huelga y los empresarios afectados (Sala Franco, T., 1999: 93).

e) Los órganos de representación y participación de los trabajadores, así como los empresarios en materia de seguridad y salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales en los conflictos sobre prevención.

Los sujetos legitimados podrán intervenir en los procedimientos por sí mismos o a través de representante.

Si el conflicto es individual, la conciliación-mediación se promoverá por cualquiera de las partes en conflicto.

El escrito de iniciación del procedimiento de mediación-conciliación podrá presentarse en la sede del CARL o en las Delegaciones provinciales o las unidades administrativas dependientes de la Consejería competente de la Junta de Andalucía (actualmente «de Economía, Innovación Ciencia y Empleo»). El contenido del escrito será el especificado en el artículo 15 del Reglamento.

4.2.4. Tramitación del procedimiento de conciliación-mediación

Recibido el escrito, y subsanado en su caso, se dará copia a todas las partes interesadas en el plazo de siete días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción del escrito, o en su caso a la subsanación.

Las partes habrán de comparecer cuantas veces sean requeridas al efecto por orden

de la Presidencia, no obstante la tramitación del procedimiento deberá ajustarse desde el inicio de las actuaciones a un plazo de veinticinco días hábiles, salvo que excepcionalmente la comisión acuerde su ampliación (art. 17 RCC). Ahora bien, cuando se trata de resolver los conflictos originados en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, el procedimiento ante la conciliación-mediación reducirá los plazos a la mitad.

El Reglamento que regula los conflictos individuales no establece grandes diferencias respecto a la tramitación de los conflictos colectivos, solamente la duración del procedimiento parece ser menor, algo lógico por otra parte, ya que, recibido el escrito de iniciación, deberá citarse a las partes afectadas en un plazo máximo de cinco días (art. 9.2 RCI).

El procedimiento de conciliación-mediación sustituye el trámite de conciliación preprocesal regulado en los artículos 156.1 y 63 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para los conflictos colectivos e individuales respectivamente.

4.2.5. Finalización del procedimiento de conciliación-mediación

El procedimiento de conciliación-mediación finalizará (arts. 18 RCC y 9 RCI):

a) con acuerdo total o parcial sobre el objeto del conflicto,
b) sin avenencia entre las partes,
c) intentado sin efecto,
d) por desistimiento,
e) con solicitud de arbitraje.

Cualquiera que sea el modo de finalización deberá plasmarse por escrito.

El acuerdo que se alcance en el seno de la comisión tiene eficacia de convenio colectivo o de contrato dependiendo del tipo de controversia. El convenio será estatutario siempre y cuando cumpla con los requisitos de legitimación, forma, publicación, etc., exigidos por el Estatuto de los Trabajadores. No obstante, se ha de tener presente que un acuerdo de mediación que no cumpla con los requisitos de los artículos 87 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores tendrá una escasa virtualidad; en tanto en cuanto no tenga efectos pacificadores, el conflicto continuará existiendo.

4.2.6. Especialidades procedimentales

Existen dos especialidades para conflictos colectivos. Se ha de mencionar la conciliación-mediación previa a la huelga (art. 19 RCC), y el procedimiento para la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga o de interpretación de planes de servicios mínimos (arts. 20 y 21 RCC), que se caracterizan ambos por ser procedimientos sumarios, ya que su duración no supera las setenta y dos horas.

La conciliación-mediación previa a la convocatoria de huelga deberá solicitarse

con una antelación mínima de tres días hábiles respecto a la fecha límite legalmente prevista para la presentación del preaviso. La celebración de este procedimiento no impide que, una vez iniciada la huelga, puedan promoverse tanto por parte de los empresarios como parte de los trabajadores otros procedimientos de solución previstos por el SERCLA, sin que ello provoque efectos suspensivos sobre el ejercicio del derecho de huelga.

5. BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E.: «El arbitraje en la reforma de la legislación laboral», *La Ley*, 1994-II, pp. 3-9.

— «Procedimientos autónomos de solución de los conflictos, relaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1999, pp. 1-11.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El segundo Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-II) y su Reglamento», Aranzadi Social, n.º 5, 2001, pp. 41-54.

DEL REY GUANTER, S.: «El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: un análisis inicial», en VVAA, *La aplicación de la reforma del Estatuto de* los *Trabajadores en la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1996, pp. 99-128.

GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas», *REDT*, n.º 65, 1994, pp. 403-466.

GRANADOS ROMERA, M. I.: «Balance y perspectivas del SERCLA: las comisiones paritarias y su defectuosa articulación en el sistema», *Temas Laborales*, n.º 65, 2002, pp. 109-125.

— *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo Blanch, 2009.

— «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿Una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva», *Relaciones Laborales*, n.os 21 y 22, 2012, pp. 53-78.

GRANADOS ROMERA, M. I. y OLARTE ENCABO, S.: «La solución autónoma de conflictos en Andalucía», en VVAA, *La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Sempere Navarro (dir.), Eolas Ediciones, Madrid, 2014.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

MARTÍN VALVERDE, A.: «Solución judicial y solución extrajudicial de conflictos colectivos laborales: el acuerdo interprofesional de 8 de febrero de 1996», en VVAA, *Solución de conflictos laborales: negociación directa y solución extrajudicial*, dir. por Pedrajas Pérez, F., Universidad de Almería, Almería, 1996.

ODRIOZOLA LANDERAS, A.: «Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: ASEC», *RTSS*, n.º 22, 1996, pp. 145-156.

— «Apuntes sobre el ASEC-II», *RL*, n.º 9, 2001, pp. 11-30.

PIQUERAS PIQUERAS, C.: *El Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos: una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*, Ibídem Ediciones, Madrid, 1998.

SALA FRANCO, T.: «La resolución extrajudicial de los conflictos: huelga y determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga», en VVAA, *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Fundación SIMA, Madrid, 1999, pp. 87-114.

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C. L.: *Los Acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales*, CES, Madrid, 2001.

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

TOROLLO GONZÁLEZ, F.: «La mediación laboral», *AS*, 1999-V, pp. 531-552.

VALDÉS DAL-RE, F.: «La aplicación de los convenios colectivos: vigilancia, interpretación, conflictos», en VVAA, *Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Universidad de Madrid, 1976, pp. 285-308.

VVAA: *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Sala Franco, T. (dir.), MTAS, Madrid, 2001.

— *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Valdés Dal-Re, F. (coord.), Fundación SIMA, 2006.

— *La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Sempere Navarro (dir.), Eolas Ediciones, Madrid, 2014.

6. ANEXO

LISTADO DE ACUERDOS INTERCONFEDERALES

— Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial) (ASAC-V) (*BOE* de 23 de febrero).

— Resolución de la DGTSS de 8 de abril de 1996, por la que se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo Interprofesional para la constitución del sistema de resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales de Andalucía SERCLA (*BOJA* de 23 de abril).

— Resolución de la DGTSS de 21 de enero de 2004, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación de la modificación del Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de resolución de conflictos colectivos laborales de Andalucía (*BOJA* de 4 de febrero).

— Resolución de 28 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprovincial de 4 de marzo de 2005 por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía» (*BOJA* de 8 de abril).

— Resolución de 25 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sercla, Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional por el que se instaura un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía (*BOJA* de 16 de marzo).

— Resolución de 5 de marzo de 2010, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por el que se ordena la inscripción, depósito y publicación, por el que se modifica el reglamento que regula la tramitación de conflictos individuales (*BOJA* de 18 de marzo).

— Resolución de 20 de octubre de 2003, de la Consejería de Industria y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias (AISECLA) en el Registro de Convenios Colectivos de la DGT (*BOPA* de 10 de noviembre).

— Resolución de 23 de mayo de 2013, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en Aragón (IV ASECLA) (*BOA* de 11 de junio).

— Resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de 24 de enero de 2005, por la que se hace público el II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación

del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (TAMIB) (*BO Islas Baleares* de 3 de febrero).

— Resolución de la DGT de 30 de junio de 2004 relativa al registro, depósito y publicación del Acuerdo Interprofesional Canario por el que se modifican y refunden los Acuerdos sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (*BOC* de 30 de julio).

— Resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales. Expte. 68/10 (*BOC* de 14 de julio de 2010).

— Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica el III Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla-La Mancha (*DO Castilla-La Mancha* de 20 de marzo).

— Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el Registro, el depósito y posterior publicación del II Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales en Castilla y León (ASACL) (*BOC y L*. de 20 de mayo).

— Acuerdo de 28 de noviembre de 1990, por el que se ordena la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de ámbito de Cataluña (*DOGC* de 23 de enero de 1991).

— Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de 7 de julio de 2005, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2005-2007 (*DOGC* de 9 de septiembre).

— Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales, de 21 de julio de 2005, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Cataluña para los años 2005-2007 (*DOGC* de 17 de octubre).

— Resolución de 16 de marzo de 1998 de la DGT, por la que se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales y el Reglamento de Aplicación de Extremadura (*DO Extremadura* de 16 de abril).

— Resolución de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de Trabajo de Economía Social, por la que se dispone la inscripción, registro y publicación en el *DOG*, de modificación del Acuerdo Interprofesional Gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (*DOG* de 24 de mayo de 2013).

— Resolución de la Dirección Provincial MTSS de 6 de febrero de 1995, por la que se dispone la inscripción y posterior publicación del Acuerdo interprofesional sobre la creación del sistema de solución extrajudicial y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid de 6 de febrero y Reglamento de funcionamiento (*BOCM* de 7 de marzo).

— Resolución de 2 de junio de 2005 de la DGT, por la que se dispone la

inscripción y publicación del II Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales en la Región de Murcia (*BOM* de 15 de junio).

— Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el *Boletín Oficial de Navarra* del texto de Revisión del Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales de Navarra (*BON* 23 de enero de 2014).

— Resolución de la DPT de 23 de noviembre de 1994, por la que se dispone la inscripción y publicación, del Acuerdo Interprofesional de La Rioja (*BO La Rioja* de 31 de diciembre).

— Resolución de la Dirección General de Industria, Fomento y Trabajo de 5 de diciembre de 1996, por la que se dispone la inscripción y publicación del Reglamento de funcionamiento del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje (*BO La Rioja* de 2 de enero de 1997).

— Resolución de 2 de junio de 2010, de la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, por la que se dispone el registro y publicación del V Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de la Comunitat Valenciana (*DOGV* de 8 de julio).

— Resolución de 10 de marzo de 2000, del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro y publicación del «Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos voluntarios para la resolución de conflictos laborales-PRECO [III]» (*BOPV* de 4 de abril).

CAPÍTULO XXXII

LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LA POTENCIACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES. EL MARCO NORMATIVO EUROPEO Y ESPAÑOL. 2. LA MEDIACIÓN Y SUS LÍMITES EXTERNOS. 2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva. 2.2. La regla de irrenunciabilidad de derechos indisponibles del trabajador. 3. MEDIACIÓN Y PROCESO LABORAL. 3.1. La mediación previa como medio de evitación del proceso. 3.2. La conciliación intrajudicial en la LRJS. Las funciones «mediadoras» del secretario judicial y del juez social. 3.2.1. La función «mediadora» del secretario judicial. 3.2.2. La función «mediadora» del juez social o Tribunal laboral. 4. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN SENTIDO ESTRICTO: LA MEDIACIÓN VINCULADA A LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL. 4.1. Marco normativo de referencia. 4.2. El Consejo del Poder Judicial y mediación. Guía y protocolo para la implantación de la mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social. 4.3. Programas de mediación laboral intrajudicial implantados en la Jurisdicción Social. Experiencias piloto. 4.3.1. Proyecto piloto País Vasco. 4.3.2. Proyecto piloto Comunidad de Madrid. 4.3.3. Proyecto piloto Cataluña. 5. BALANCE DE LOS PROYECTOS PILOTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA POTENCIACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES. EL MARCO NORMATIVO EUROPEO Y ESPAÑOL

En el actual contexto europeo los actores sociales y poderes públicos vienen mostrando un interés creciente por impulsar los diversos medios de composición extrajudicial de los conflictos, conocidos también como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), con una especial atención a la mediación. Que se trata de un fenómeno emergente lo demuestra el hecho de que las políticas de promoción de esta forma de autocomposición asistida de las relaciones conflictuales en el ámbito laboral se han abordado a nivel nacional en países europeos de muy diversa cultura jurídica y tradición sindical. Ello sirvió de referencia probablemente a las instituciones comunitarias europeas para su intento de proyectarla más allá del campo de las relaciones laborales, adentrándose en el ámbito de las relaciones comerciales o familiares. Buena prueba de ello, ha sido el largo y tenaz proceso de debate seguido en la UE con la finalidad de conseguir «una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial», culminado con la adopción de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materia civil y comercial. Por su parte, el Comité de

Expertos de Derecho del Consejo de Europa, valorando los resultados obtenidos en materia de mediación familiar en la experiencia de diversos países europeos, América del Norte, Australia y Nueva Zelanda, desgranó una serie de Recomendaciones: Recomendación R (98) 1, de 21 de enero, del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre mediación familiar; Recomendación R (99) 19, del Comité del Consejo de Europa, sobre mediación en materia penal; Recomendación R (2001) 9, del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre autoridades administrativas y personas privadas.

Ateniéndonos aquí estrictamente a los conflictos laborales, cabe preguntarse sobre los factores que contribuyen al tratamiento favorable de los procedimientos de la mediación y, en general, de los demás medios de solución autónoma de controversias, en el campo de las relaciones laborales, debiendo descartarse al respecto una respuesta unívoca, ya que las causas divergen en función del país e, incluso, dentro de un mismo país, en función de las opciones de política de derecho que se suceden históricamente. Pero, pese a ello y con independencia de las diferencias de cada ordenamiento jurídico, la doctrina ha vinculado esta tendencia con las últimas transformaciones de los propios sistemas de relaciones laborales; en concreto y muy particularmente, a la afirmación de una cultura laboral basada en estrategias de cooperación, concertación y diálogo sociales en detrimento de las de confrontación. En ese contexto, la comparación de los respectivos beneficios que reporta cada una de las dos grandes vías de composición de los conflictos de trabajo —procedimientos heterónomos (principalmente el proceso judicial) y los autónomos (asistidos o no asistidos)— arroja, se ha dicho, un balance favorable a los procedimientos autónomos. Así, a la lentitud y rigor en las formas del proceso se opone la rapidez y flexibilidad de estos otros procedimientos; frente a la necesidad de una aplicación estricta del Derecho por parte de los jueces, se destaca el amplio margen del que disponen los conciliadores y, sobre todo, los mediadores y árbitros para una más efectiva ponderación de los intereses en juego; frente al saldo de vencedores y vencidos que deja tras de sí el proceso y la sentencia judicial, se elogia la capacidad de las fórmulas de conciliación y mediación de generar o renovar acuerdos, así como de crear un flujo negocial estable y unas sinergias de negociación continua (Valdés Dal-Re, 2002).

En España, este enfoque de promoción de los medios autocompositivos de solución de conflictos laborales ha sido uno de los principios informadores de las últimas reformas del mercado de trabajo, tanto con el objeto de evitar bloqueos en los procesos de negociación colectiva —Real Decreto-ley 7/2011 y posteriormente Real Decreto-ley 3/2011 y su sustituta, Ley 3/2012— como en los mecanismos de flexibilidad interna (modificación sustancial de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas y suspensión del contrato de trabajo) —Ley 35/2010 y Ley 3/2012—, evitando la judicialización de tales supuestos. El impulso dado a la mediación se ha puesto de manifiesto, asimismo, en la reforma del proceso social, hasta el punto de que el legislador procesal ha hecho de las normas de evitación del proceso una de las claves de la nueva Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción

Social (LRJS), cuyo Título V se ordena básicamente en esta dirección de política del Derecho, aunque esta orientación está presente a lo largo del texto procesal, dando tanto a la «mediación previa», como a la «intraprocesal» o «intrajudicial», esto es, la actuada una vez iniciado el proceso, un impulso sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico (Molina Navarrete, 2012).

Los medios de solución alternativa de conflictos (ADR) presentan, en fin, una variada morfología, y aunque existen diferentes clasificaciones doctrinales, fundamentalmente se suele distinguir entre dos grandes sistemas: 1) ADR en sentido estricto o convencionales, basados en la voluntad de las partes de dirimir su controversia en un momento previo al proceso (conciliación o mediación previas) y 2) ADR desarrollados en sede judicial o intrajudiciales, supuestos en los que bien es el juez quien, en lugar de ejercer sus habituales funciones jurisdiccionales, asume las de mediador o conciliador, o bien confía tal intervención a un tercero, quien puede ser desde un profesional, un particular o un funcionario público que es designado conforme a criterios predeterminados (derivación a mediación desde el Juzgado). Estos dos sistemas no son excluyentes entre sí, pudiendo conjugarse de forma sucesiva en aras de la evitación del proceso o de su terminación por decisión heterónoma judicial.

Pues bien, esta última, la mediación intrajudicial (*Court-annexed* o *Court-connected mediation*), esto es, el recurso a la mediación en sede judicial o derivación a mediación desde el Juzgado y sus posibilidades dentro del marco normativo español, será el objeto de este capítulo.

2. LA MEDIACIÓN Y SUS LÍMITES EXTERNOS

Antes de abordar el análisis de esta modalidad de solución autónoma (aunque asistida) de conflictos laborales conviene recordar cuáles son sus límites. En efecto, sin perjuicio del constatado impulso de las ADR en el ámbito de las relaciones laborales de conflicto y su indudable eficacia en la obtención de soluciones mediadas, requerimientos de legalidad internacional, comunitaria, constitucional y legal le imponen límites en dos órdenes: por un lado, la indemnidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, por otro lado, la regla general prohibitiva de renuncia de derechos indisponibles del trabajador (art. 3 ET).

2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva

Los procedimientos de ADR en general, y la mediación en particular, en su proyección en las relaciones laborales de conflicto, tienen un amplio ámbito de aplicación, comprendiendo a conflictos de intereses y a conflictos jurídicos, y, atendiendo al alcance subjetivo del conflicto, a los colectivos, así como a los individuales, aunque estos últimos han escapado más frecuentemente del ámbito de los sistemas convencionales de solución extrajudicial autonómicos. Pues bien, cuando

se trate de conflictos jurídicos, independientemente del alcance del conflicto y de la fuente del medio extrajudicial utilizable para su solución —de creación heterónoma o autónoma (fruto de la negociación colectiva)—, el respeto al derecho de tutela judicial efectiva constituye un límite infranqueable para las partes. Este derecho, consagrado en el artículo 24 CE, pese a su contenido complejo, puede definirse, por lo que ahora interesa, como el derecho de toda persona, física o jurídica, al libre acceso a los órganos judiciales para obtener de éstos la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos a través de una resolución fundada en Derecho. Es decir, el contenido básico del derecho a la tutela judicial es el acceso a la jurisdicción, de modo que la norma que excluyera la vía judicial a una persona sería inconstitucional (ATC 60/1980, de 22 de octubre y STC 39/1983, de 17 de mayo).

Desde esta perspectiva, la preservación del derecho de tutela judicial efectiva no requiere, sin embargo, que el procedimiento de mediación deba ser necesariamente voluntario; de hecho, nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros ordenamientos comparados, establecen en algunos supuestos la obligatoriedad de acudir a ella o a otros medios de solución extrajudicial. El condicionante reside en la voluntariedad de la solución al conflicto: ésta se adopta por la voluntad conjunta de las partes, tanto en los procedimientos de mediación como de conciliación, sin que sea obligatorio el logro del acuerdo, de modo que si éste no se consigue queda disponible la vía judicial.

La argumentación precedente resulta incuestionable en los supuestos de conflictos individuales, en los que las partes —sujetos individuales— en ejercicio de su autonomía transigen en hacer dejación de su derecho a la tutela judicial, asumiendo voluntariamente el acuerdo alcanzado a través de la mediación. Sin embargo, se ha cuestionado si ese esquema preserva la indemnidad del derecho de tutela judicial efectiva cuando la mediación se aplica a conflictos colectivos. En tales supuestos, los sujetos colectivos (sindicatos, comités de empresa, delegados de personal), que actúan legalmente en representación del interés colectivo subyacente al conflicto, pueden desistir del ejercicio del derecho a la tutela judicial del que son titulares y optar por la mediación como mecanismo autónomo de solución extrajudicial, pero es más dudoso que esa renuncia se haga extensiva al derecho fundamental de tutela judicial que también asiste a los trabajadores singulares representados por dichos sujetos colectivos, ya que ello cercenaría la posibilidad de los primeros de acudir a la vía judicial de lograrse un acuerdo colectivo en la mediación (Granados Romera, I., 2012).

2.2. La regla de irrenunciabilidad de derechos indisponibles del trabajador

El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo justifica la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes de la relación laboral con el propósito de compensar la desigualdad material existente entre ellas y proteger al trabajador como contratante débil. Ése es el fundamento de la regla que prohíbe a los trabajadores «disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan

reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario», así como de los «reconocidos como indisponibles por convenio colectivo», so pena de la nulidad de tal renuncia (art. 3.5 ET). La interpretación literal de esta regla prohibitiva podría poner en cuestión la viabilidad jurídica de los acuerdos de conciliación y mediación, puesto que éstos presuponen la transacción previa entre los contendientes; esto es, renuncias y aceptaciones mutuas, intercambio y neutralización de intereses y derechos, y la asunción de obligaciones recíprocas, con objeto de superar el conflicto de trabajo que les enfrenta. Por tal motivo, la jurisprudencia ha hecho una lectura flexible del principio de irrenunciabilidad que la haga compatible con los medios autocompositivos de solución de conflictos, llegando a admitir la validez de aquellos «actos de disposición condicionada» en los que «se cede un derecho o parte de él a cambio de algo», al amparo precisamente del juicio de razonabilidad realizado sobre las concesiones recíprocas; dicho en otras palabras, la prohibición de disponer es relativa y, según el TS, no puede afectar igual «a los actos unilaterales de mera renuncia de derechos, que a los bilaterales de disposición conmutativa» (SSTS de 27 de abril de 1999; 28 octubre de 1999, y 6 febrero de 2000). Sin perjuicio de lo anterior, existen unos mínimos de orden público laboral que ni siquiera los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos deben rebasar, y de sobrepasarse ese límite, estarán condenados a la ineficacia jurídica (nulidad de pleno derecho), aunque existan contrapartidas y se evite el litigio (Santor Salcedo, H., 2006). Esta infranqueable frontera se refiere a los derechos reconocidos al trabajador en normas de derecho necesario absoluto o imperativas (normas estatales como el Estatuto de los Trabajadores, LO Libertad Sindical, Ley de Prevención de Riesgos Laborales...), así como a los derechos reconocidos como indisponibles en convenios colectivos *erga omnes*. Aunque del tenor literal del precepto pudiera deducirse que la indisponibilidad se vincula a los supuestos en los que el convenio les atribuya expresamente tal naturaleza, la interpretación doctrinal mayoritaria conviene en subrayar que la prohibición de disponer debe afectar a cualquier derecho incluido en el texto normativo del convenio, por lo que sólo serían disponibles los derechos respecto de los que el propio convenio admite expresamente su disposición en sede individual, ya que lo contrario subvertiría los fundamentos del sistema de negociación colectiva.

Con todo, y por lo que aquí interesa respecto a la mediación, es preciso distinguir entre un acto de disposición sobre un derecho cierto y no controvertido y un acto de transacción sobre un derecho incierto, como lo es todo aquél sometido a controversia judicial. Por otra parte, siempre existe la posibilidad de impugnar la renuncia prohibida. Buena prueba de que el principio de indisponibilidad requiere de una interpretación flexible que lo haga compatible con la mediación (y demás medios autocompositivos de conflictos laborales), es que la LRJS reconoce la posibilidad de transacción y avenencia entre las partes ya iniciado el proceso judicial, y no sólo en instancia y en fase de recurso, sino en fase de ejecución de las sentencias, lo que indudablemente abre la puerta a la mediación para lograr, por ejemplo, aplazamientos o reducción de la deuda, novaciones objetivas y/o subjetivas, especificaciones etc…

Logrado el acuerdo transaccional, el juez o Tribunal laboral queda como una instancia que homologa el acuerdo y ante la que se puede finalmente impugnar si se entendiere que se ha producido una renuncia prohibida.

3. MEDIACIÓN Y PROCESO LABORAL

Ya se ha visto que la mediación, en su relación con el proceso laboral, tiene diferentes manifestaciones en función del momento del procedimiento judicial en que se ponga en marcha: previamente al comienzo del proceso judicial (conciliación o mediación previas), o bien durante el desarrollo del mismo (conciliación y, en su caso, mediación intrajudiciales). Veamos su régimen jurídico en el ordenamiento español.

3.1. La mediación previa como medio de evitación del proceso

La precedente legislación procesal laboral, representada por la derogada Ley de Procedimiento Laboral de 1990, ya preveía medios de evitación del proceso estableciendo la obligatoriedad del intento de conciliación previa como presupuesto para la iniciación de un proceso judicial con independencia de la naturaleza del conflicto subyacente; es decir, tanto cuando se tratase de conflictos individuales cuanto de conflictos colectivos. Ahora, la vigente Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) dedica todo el Título V a la regulación de estos medios (art. 63.1), y mantiene este esquema de conciliación previa como requisito obligatorio para el inicio del proceso, pero, y ésta es la novedad, lo refuerza ampliando dicha previsión con la referencia a la mediación laboral como mecanismo alternativo o sucesivo a la conciliación, confirmando así la voluntad del legislador de primar las soluciones autónomas, aunque asistidas, de los conflictos laborales.

Por tanto, la regla general, con las excepciones tasadas previstas en el artículo 64 LRJS, es que la iniciación de un proceso laboral exige el requisito de intento previo de conciliación administrativa —ante el órgano estatal o autónomico al que se haya transferido la competencia (CMAC o SMAC)— u, opcionalmente, un intento de conciliación y/o mediación conforme al procedimiento previsto a tal afecto en los Acuerdos Interconfederales de Solución Extrajudicial de Conflictos (estatal o autonómicos) que, como resultado de la negociación colectiva entre organizaciones sindicales y empresariales más representativas, resulten aplicables en función del ámbito del conflicto. Con ello, la conciliación o la mediación previas se configuran como un presupuesto preprocesal de carácter obligatorio, que permitiría a las partes una solución de autocomposición asistida del conflicto, esto es, un acuerdo que aquéllas adoptan voluntariamente con la asistencia de un tercero: el conciliador o mediador. En tales circunstancias, si este trámite preprocesal obligatorio termina con éxito y se logra acuerdo, ello significará la estipulación de un contrato de transacción (art. 1.809 CC), pero si, por el contrario, resulta fallido y no se alcanza el acuerdo,

queda expedita la vía judicial y el correspondiente inicio de la modalidad procesal que corresponda por razón de la naturaleza del conflicto.

No escapan al esquema descrito los procesos de conflicto colectivo, que incluyen además del conflicto colectivo en sentido estricto los que tienen por objeto la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, así como la impugnación de la decisión de la empresa de atribuir a una materia carácter reservado o de no comunicar la información al respecto a los representantes de los trabajadores y, por último, los litigios relativos al cumplimiento de dichos representantes del deber legal de sigilo (art. 153 LRJS). Para ellos, la LRJS también establece, como presupuesto procesal obligatorio, el intento de conciliación previa, añadiendo ahora expresamente la mediación como medio sustitutivo o sucesivo del anterior (art. 156.1 LRJS). El acuerdo que eventualmente se alcance tendrá la misma eficacia jurídica de un convenio colectivo: bien de eficacia general, si el acuerdo lo han logrado sujetos colectivos con legitimación negociadora conforme a los artículos 87 y 88 ET, o bien de eficacia limitada (alcanzando únicamente a los trabajadores y empresarios directamente representados por razón de afiliación a los firmantes del acuerdo), si los actores del acuerdo fruto de la conciliación o mediación carecen de esa representatividad mayoritaria.

Sin embargo, el balance de estos mecanismos de autocomposición asistida previos al proceso arroja resultados insuficientes cuando no negativos.

Por lo que respecta a conciliación administrativa, se trata de un trámite pasivo para las partes y extremadamente burocratizado, limitado a un simple registro de acuerdos, desacuerdos, comparecencias e incomparecencias, hasta el punto de que los únicos acuerdos que se producen son aquellos que las partes ya habían logrado por sí mismas aprovechando la cita para la constitución formal del título ejecutivo, o para perfilar lo acordado o formalizar aquello que ya habían pensado o decidido aceptar (García Álvarez, R., 2012). Por otra parte, la conciliación administrativa opera residualmente para aquellos conflictos no asumidos por los procedimientos extrajudiciales de origen convencional (los acordados por sindicatos y asociaciones empresariales más representativas en el marco de la negociación colectiva), que son los conflictos individuales, ya que en buena parte éstos están excluidos de los sistemas autonómicos o, de lo contrario, se incluyen de forma muy restrictiva.

En cuanto a los procedimientos convencionales acordados en el marco de la negociación colectiva interconfederal, se aplican mayoritariamente, en efecto, a los conflictos colectivos, y, además, su índice de éxito, aunque considerablemente mayor que el de la conciliación administrativa, tampoco es concluyente. Como consecuencia, la importante bolsa de conflictos no resueltos en fase preprocesal se reconducen a la vía jurisdiccional social, lo que, unido a la ampliación de competencias atribuidas a la misma por la nueva LRJS, determina un notable incremento del volumen de asuntos a resolver por los Tribunales laborales y el colapso de los mismos, acuciados además por la insuficiencia de medios humanos y materiales.

3.2. La conciliación intrajudicial en la LRJS. Las funciones «mediadoras» del secretario judicial y del juez social

Fallido el intento obligatorio de conciliación y/o mediación previas, por no haberse logrado acuerdo entre las partes del conflicto (ya que éste no es preceptivo), las partes pueden acudir libremente a la vía judicial iniciando el correspondiente proceso. Y es aquí, ya en contexto intrajudicial, cuando la LRJS —como anteriormente hiciera su predecesora, la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)—, vuelve a abrir espacios para la solución negociada del conflicto mediante una tentativa de conciliación actuada por el secretario judicial y el propio juez, evitando así que sea la resolución (sentencia) judicial la que unilateral y heterónomamente lo haga. Este nuevo empeño obedece, sin duda, a la convicción del legislador de que, también aquí, iniciado el proceso, el acuerdo entre las partes es posible y permite atender a aspectos que, con seguridad, no podrían resolverse satisfactoriamente a través de la resolución judicial, sobre todo cuando la relación entre las partes —ya sean sujetos colectivos o individuales— esté llamada a pervivir tras el conflicto, como sucede frecuentemente en el conflicto laboral, en los de índole laboral (García Álvarez, R., 2012). En efecto, la sentencia perfectamente «ajustada a derecho», delimitando con precisión y rigor técnico las obligaciones y derechos de cada parte conforme a ley, no es siempre la sentencia más «justa» para las partes en conflicto ni es percibida como tal, si por justicia entendemos la resolución satisfactoria, eficaz y eficiente de la disputa para ambos contendientes. Y ello, porque la «causa» remota del conflicto, que subyace a concreta y particular disputa jurídica, puede ser o es ignorada deliberadamente por el juez con el objeto de poder manejar la controversia en términos estrictamente legales, tal y como ha sido definida por las partes, limitándose a «aplicar la ley» (García Álvarez, R., 2012).

Éste es el objetivo de las potenciadas, pero mal llamadas, competencias «mediadoras» que la LRJS atribuye primeramente al secretario judicial (art. 82.1 LRJS) y, sucesivamente en el tiempo, al propio juez o Tribunal que conozca del litigio (arts. 84-85 LRJS). Sin embargo, aunque la Ley utiliza literal y expresamente al respecto la expresión «funciones mediadoras», lo hace atécnicamente, incurriendo así en una rechazable confusión conceptual. En efecto, estas actuaciones del secretario o del juez no constituyen en rigor mediación, aunque se apliquen técnicas de no confrontación, y ello es así por dos motivos: 1) los sujetos que la realizan no están desvinculados del conflicto y del procedimiento (de hecho, el juez deberá resolverlo mediante sentencia, de frustrarse el intento de solución negociada), como se le exige al mediador; y 2) la gestión procesal es formal y pública, en contraposición al procedimiento de mediación, que es esencialmente flexible, pese a contar con fases estructuradas de toma de contacto, apertura, reuniones, negociación y cierre, que, no obstante, se desarrollan en un ambiente informal y absolutamente privado y confidencial. En realidad, las pretendidas funciones mediadoras no son más que trámites procesales, actos de gestión procesal en los que ambas figuras, secretario y juez, procuran promover la negociación y el acuerdo interpartes para la resolución

extraprocesal del litigio, sin perjuicio de recurrir para ello a algunas de las técnicas usadas por los mediadores (García Álvarez, R., 2011); pero si lo hiciesen, habrán de regirse por su propio código ético de actuación, puesto que no dejan de actuar en el desempeño de funciones jurisdiccionales discrecionales atribuidas legalmente.

En todo caso, conviene aclarar que esta tentativa de conciliación y, por tanto, de solución acordada por las partes del conflicto que se desarrolla en el transcurso del proceso, se reserva para los conflictos individuales, quedando al margen los procesos de conflictos colectivos. La urgencia y sumariedad del procedimiento en estos casos —téngase en cuenta que tras la presentación de la demanda el juicio deberá celebrarse en un plazo máximo de cinco días contados desde la fecha de su admisión a trámite, y que la sentencia tendrá que dictarse en el plazo de tres días desde el juicio (art. 160 LRJS)— no la hacen viable. No obstante, iniciado el proceso, nada impide que las partes puedan seguir negociando y lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto y al proceso, tal y como se deduce del artículo 162 LRJS, que prevé el archivo de las actuaciones en tal caso. El precepto, sin embargo, no exige que se explicite en que ha consistido la transacción ni los términos del acuerdo alcanzado, lo cual impide el control judicial de una hipotética renuncia de derechos indisponibles del trabajador, prohibida, como se dijo, por nuestro ordenamiento (Alarcón Caracuel, M. R., 2011).

3.2.1. La función «mediadora» del secretario judicial

Cuando se trate de procesos deducidos por conflictos individuales, el artículo 82.1 LRJS establece que, una vez formulada y admitida a trámite la demanda, el secretario judicial efectuará el señalamiento de día y hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de «conciliación» —éste, ante el secretario judicial— y juicio —en este caso, ante el juez o magistrado—. La reforma de la legislación procesal laboral operada por la Ley 13/2009, ya atribuía al secretario judicial la plena competencia para celebrar el acto de conciliación, que llevará a cabo desempeñando «la labor *mediadora* que le es propia», como ahora dispone el artículo 84.1 LRJS. Cabe subrayar, a la vista del tenor literal del precepto, que el uso indistinto de los términos conciliación y mediación, en referencia a esta función atribuida al secretario judicial, es una prueba de la confusión conceptual del legislador en relación con ambos medios de solución convencional del conflicto, ya que aquí, como se ha dicho, el mecanismo para promover el acercamiento de posturas de las partes y un eventual acuerdo no es propiamente una mediación, sino más bien un intento de conciliación.

Sin perjuicio de lo anterior, la nueva Ley procesal laboral (art. 82.3 LRJS) incorpora la novedad de que el secretario judicial advertirá a las partes en las cédulas de citación (a conciliación y juicio) de que podrán formalizar conciliación y llegar a un acuerdo sin esperar a la fecha del señalamiento compareciendo en cualquier momento en la oficina judicial, así como de la posibilidad de someter la controversia a los procedimientos de mediación constituidos en virtud de los Acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial pactados colectivamente por sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, al igual que pueden hacerlo en fase preprocesal (art. 63 LRJS). La sumisión a mediación, en los términos anteriores, no

tendrá, en principio, efectos suspensivos de los actos de conciliación y juicio, salvo que lo soliciten las partes de común acuerdo, en cuyo caso se producirá la suspensión por el tiempo previsto para el procedimiento de mediación en el correspondiente Acuerdo interprofesional, si bien en ningún caso la suspensión podrá exceder de quince días.

Volviendo al intento de conciliación ante el secretario judicial, el artículo 84 LRJS fija un procedimiento concreto para el desarrollo de su función «mediadora» en el marco del proceso: en primer término, advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de una eventual sentencia posterior, procurando la avenencia entre las mismas. Esta actividad informativa no es, en absoluto, incompatible con la posición de imparcialidad exigible al secretario actuante como conciliador y resulta, por el contrario, muy útil en el proceso laboral, regido por los principios de interés público y oficialidad, y en el que, no siendo precisa la intervención en primera instancia de asistencia profesional o letrada de las partes (abogados, graduados sociales), debe asegurarse la comparecencia suficientemente informada de las mismas, conforme a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Folguera Crespo, J., 2011).

De lograrse avenencia, el acuerdo alcanzado deberá ser aprobado por el secretario mediante decreto, en el que acordará asimismo el archivo de todas las actuaciones. Dicho acuerdo, debidamente aprobado, constituirá título ejecutivo y se atendrá al mismo procedimiento previsto en la Ley para la ejecución de sentencias. No obstante, si entendiera que dicho acuerdo incurre en fraude de ley, abuso de derecho, contrario al interés público o gravemente lesivo para alguna de las partes o para terceros, rechazará el acuerdo advirtiendo a las partes de su obligación de comparecer ante el juez para la celebración del juicio (art. 84.2 LRJS). El acuerdo podrá ser también impugnado por las propias partes (con fundamento en las causas que invalidan los contratos —error, dolo, violencia e intimidación—) y por terceros (por eventual ilegalidad o lesividad), ante el propio órgano jurisdiccional ante el que se presentó la inicial demanda.

En caso de que la tentativa de avenencia se frustre, bien por incomparecencia de la parte demandada o bien por falta de acuerdo, el secretario procederá del mismo modo que en caso de rechazo del acuerdo por entender que adolece de patología jurídica; esto, es, advirtiendo a las partes de su deber de comparecencia ante el juez para la celebración del juicio.

3.2.2. La función «mediadora» del juez social o Tribunal laboral

En estos casos de frustración del intento de conciliación-mediación a cargo del secretario judicial es cuando tiene cabida la conciliación operada por el propio órgano judicial de instancia (juez o Tribunal que conoce por primera vez del litigio). De lograrse aquí el pacto, éste será aprobado por resolución judicial documentada en el propio acuerdo (art. 84.3 LRJS). Al no establecerse en este último precepto el modo de ejercitarse esta competencia conciliadora del órgano jurisdiccional, pudiera

parecer que su inicio y desarrollo queda a su arbitrio o, en otro caso, supeditada a la petición de alguna de las partes. Sin embargo, el artículo 85.8 LRJS contradice esa deducción, estableciendo una base procesal concreta y bien definida al respecto: el órgano jurisdiccional, una vez practicadas las pruebas y antes de formular sus conclusiones, «podrá suscitar (a las partes) la posibilidad de llegar a un acuerdo, y de no alcanzarse el mismo en ese momento, proseguirá la celebración del juicio». Esta previsión de conciliación propiamente jurisdiccional —puesto que es actuada por el propio juez o Tribunal— había desaparecido inexplicable y lamentablemente de la LPL con la reforma de 2009, dado que la práctica judicial seguida en aplicación del artículo 84.2 de la derogada LPL, que la recogía, resultaba muy oportuna y conveniente para facilitar la autocomposición del conflicto, evitar una litigiosidad innecesaria y asegurar, en mejor grado que la sentencia judicial, el cumplimiento de la ejecución final del litigio, ya que la experiencia confirma que los acuerdos obtenidos en conciliación intrajudicial se cumplen voluntariamente en mayor grado que las resoluciones judiciales contenciosas (Folguera Crespo, J., 2011). Lo que sí queda claro es que se trata de un acto potestativo o voluntario del órgano judicial, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos comparados, como el italiano, en los que el intento de conciliación es de obligatoria propuesta por el juez, así como obligada la formulación de una propuesta de solución conciliativa a las partes, que, no obstante, puede ser aceptada o rechazada por las mismas (Voza, R., 2011).

Ya se ha dicho que a los acuerdos alcanzados en conciliación intrajudicial, bien ante el secretario judicial, o posteriormente, en su caso, ante el propio juez o tribunal, se les dota de la misma ejecutividad que a las sentencias judiciales. Esta homologación ejecutiva a la sentencia determina que el contenido del pacto se llevará a efecto por los mismos trámites de ejecución de sentencias previstos en la LRJS (arts. 237-246 LRJS).

El legislador procesal laboral contempla la posibilidad de transacción entre las partes del litigio también en fase de recurso —recursos de suplicación y de casación —, así como la consiguiente consecución de un acuerdo que, de no estar viciado por fraude de ley, abuso de derecho o lesividad para alguna de las partes o terceros, será homologado por el Tribunal que esté conociendo del recurso, dando con ello por terminado el proceso. El convenio transaccional alcanzado sustituye a la sentencia o sentencias dictadas con anterioridad en el desarrollo del proceso, y la resolución que homologue dicho convenio constituirá título ejecutivo en orden a la ejecución de lo acordado (art. 235.4 LRJS).

Por último, la LRJS admite igualmente la transacción de las partes y la consecución de acuerdo que ponga fin al litigio, incluso recaída ya sentencia firme y durante el trámite de ejecución de la misma (art. 246.2.4 LRJS). Aun partiendo de la regla de «irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador» (art. 246.1 LRJS), el legislador, con apoyo en las previsiones de la LEC, permite a los litigantes transigir sobre la materia objeto del proceso dentro de los límites que legalmente se establezcan. En ese contexto, si se alcanza un acuerdo, éste deberá ser homologado, como en los supuestos aludidos con anterioridad, por el

órgano judicial ante el que se esté tramitando la ejecución, que deberá velar en todo caso por el necesario equilibrio de las obligaciones recíprocas y la igualdad de las partes, a excepción de que apreciase la existencia de patología jurídica en el mismo (fraude de ley, abuso de derecho, ilegalidad o lesividad a las partes o terceros) o bien la renuncia de derechos indisponibles del trabajador.

Como puede apreciarse, el legislador contempla el propio proceso laboral como un campo propicio para soluciones negociadas del conflicto que, en buena medida, pueden ser fruto de procedimientos de mediación a los que voluntariamente se sometan las partes. Ahora bien, cuando se trate de las funciones (mal llamadas) «mediadoras», previstas en la vigente legislación procesal laboral, ejercidas por jueces, magistrados y secretarios judiciales, cabe cuestionar su competencia profesional y especialización para su desempeño. Por tal motivo, la mayoría de la doctrina se decanta por que dicha labor sea realizada por o con la asistencia de profesionales especializados con conocimientos y herramientas específicos (psicólogos, trabajadores sociales, graduados en ciencias sociales o ciencias del trabajo, abogados, graduados sociales), pero, en todo caso, expertos en mediación. A partir de ahí, caben diversas variables: la existencia de un sistema privado de mediación, concertado con la Administración de Justicia, o bien su integración dentro del ámbito de la Administración de Justicia, como en el caso de Portugal, con la creación de diferentes sistemas nacionales públicos de mediación, no sólo en familia sino también en el orden jurisdiccional laboral, que en todo caso serán gratuitos para las partes (Renedo Juárez, 2013, p. 12).

No obstante, conviene hacer dos matizaciones a este respecto. Por un lado, la referida implicación judicial en la solución negociada (total o parcial) del conflicto que plasma la Ley, debe ser interpretada y realizada de forma flexible y proactiva (más allá del simple recordatorio en las citaciones y decretos previstos legalmente). Es decir, que el intento de aproximación de los litigantes, la promoción de la negociación entre ellas y del logro de un acuerdo, constituyan una verdadera función judicial representativa del expreso reconocimiento de que la disputa, en su conjunto, puede ser resuelta por las propias partes sin necesidad de un enjuiciamiento o, al menos, de que éste sea parcial y limitado entonces a aquellos aspectos en los que las partes no lograron el acuerdo, lo que evidentemente disminuye y facilita la tarea jurisdiccional. Por otro lado y en segundo lugar, recordar que estas funciones judiciales no son, como se dijo con anterioridad, propiamente mediadoras. El secretario y el juzgador no actúan como mediadores ni podrían hacerlo, ya que el mediador tiene que ser, por principio, un sujeto ajeno y desvinculado completamente al conflicto, circunstancia que no se cumple en ninguno de estos actores, máxime en el caso del juez, que finalmente, de no lograrse el acuerdo, deberá dirimir la controversia unilateralmente (García Álvarez, R., 2011).

4. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN SENTIDO ESTRICTO: LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN DESDE LOS JUZGADOS DE LO

4.1. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

El marco jurídico internacional, europeo y nacional vigente proporciona apoyo a la derivación a la mediación a instancia del juez o Tribunal en litigios que se ventilen en el orden jurisdiccional social.

En lo que atañe a la normativa internacional, ha de hacerse referencia a la Recomendación OIT 1951 (n.º 52), sobre conciliación y arbitraje voluntario y la Recomendación sobre el examen de reclamaciones (n.º 130), 1967, que incide en la idea del uso de los mecanismos voluntarios como forma de resolución de conflictos.

Por lo que respecta al Derecho comunitario, la referencia la marca la Directiva 2008/52/CE, relativa a ciertos aspectos relativos a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que, pese a no referirse al ámbito de los conflictos laborales, puede extrapolarse al proceso laboral.

En cuanto al Derecho interno, son varias las disposiciones que dan amparo normativo al modelo. Por un lado, el artículo 19 LEC, de aplicación supletoria al proceso social, establece el derecho de las partes para disponer del objeto del juicio, alcanzando una transacción judicial por diversos medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que se haya la mediación (Autos Tribunal Supremo de 11 de enero de 2001, RJ 2001/834, y 30 de octubre de 2002, RJ 2003/3314). Por su parte, ya se han analizado con anterioridad las diversas posibilidades que ofrece a la mediación la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS): la conciliación o mediación previas como requisito o presupuesto preprocesal (art. 63); la conciliación actuada preceptivamente por el secretario judicial (art. 82.1) y, potestativa y sucesivamente, por el propio órgano jurisdiccional (arts. 84.3 y 85.8), todas ellas en cualquier modalidad procesal a salvo de los conflictos colectivos; y por último, la posibilidad de transacción interpartes, abierta por el artículo 235.4 LRJS, para lograr un acuerdo que evite la continuación del proceso, incluso en fase de recurso.

Finalmente, aunque la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye la mediación en conflictos laborales de su ámbito de aplicación (art. 2.2), el legislador no sólo no prohíbe o descarta su utilización en las controversias laborales y, por tanto, en el marco del proceso social. Bien al contrario, en su Exposición de Motivos aclara que la exclusión no se debe a su inaplicación por razón de la materia, sino al hecho de que entiende que la mediación laboral debe ser regulada por otra norma específica.

Sin embargo, pese a la existencia de este marco normativo propicio y de tratarse de un método de resolución de conflictos más rápido y económico que el jurisdiccional, garantista de la autonomía de las partes y portador de una mayor flexibilidad procedimental sin detrimento de la seguridad jurídica, la mediación intrajudicial encuentra resistencia para su introducción en el proceso social. Dos órdenes de motivos explican esta situación: por un lado, la existencia de una

jurisdicción social especializada orgánica y funcionalmente, como la de nuestro país, en vez de potenciar las ADR supone un freno a los medios no jurisdiccionales, ya que éstos no se ordenan conforme a un principio de equivalencia funcional; es decir, no se estructuran como remedios intercambiables o recíprocamente autónomos de restauración del diálogo y de solución del conflicto, sino que, contrariamente, se mantiene un marcada preferencia por la solución judicial de modo que la solución pactada del conflicto de trabajo se configura como una técnica auxiliar o integradora de la actividad jurisdiccional, que se destina, en muchos casos, a aligerar la carga de trabajo de los jueces y Tribunales encargados de resolver, en lugar de contemplarse como mecanismo complementario de la función judicial (García Álvarez, R., 2010). Por otro lado, no puede ignorarse la aporía interna que representa la mediación intrajudicial en un sistema procesal como el nuestro, en el que las partes del conflicto han tenido varias oportunidades previas de resolverlo por otros medios, no sólo a través de los diversos mecanismos que puedan establecerse a través de la negociación colectiva (convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial), sino también de los legales que la LRJS les impone obligatoriamente para acceder al Juzgado: por un lado, la conciliación o mediación previas al inicio del proceso, y por otro lado, las previstas en el transcurso del proceso, tales como la conciliación intrajudicial ante el secretario judicial y el propio juez o Tribunal competente, anteriormente analizadas.

4.2. El Consejo del Poder Judicial y mediación. Guía para la práctica de la mediación intrajudicial

El Consejo General del Poder Judicial ha asumido el papel de impulsor de esta modalidad de mediación intrajudicial desde 2005, ofreciendo apoyo activo a determinados proyectos piloto desarrollados en los ámbitos de la Jurisdicción Civil, Penal y Laboral, pero, a su vez, se ha mostrado consciente de que para que los jueces puedan animar o sugerir eficazmente desde un proceso judicial el recurso a la mediación es absolutamente preciso que conozcan las bases de esta metodología, que cuenten con los instrumentos y recursos necesarios para impulsarla, así como con la colaboración de las instituciones públicas y privadas en su implantación y desarrollo. Por tales motivos, encomendó a un grupo de expertos de las distintas ramas de la jurisdicción la elaboración de una «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», un documento este destinado a los diversos órdenes jurisdiccionales, con el objeto de dotarles de herramientas y criterios para desarrollar y fomentar la mediación dentro de los órganos judiciales. Con la citada guía se ha pretendido procurar una estructura sistemática similar del procedimiento de mediación, aunque respetuosa de las singularidades de cada orden jurisdiccional, y contribuir a fomentar una «cultura de la mediación» que proporcione a los jueces, y en general a todos los servidores de la Administración de Justicia, nuevas herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional. En dicha guía se incluyen diversos protocolos para la implantación de servicios de mediación intrajudicial en cada una

de las distintas Jurisdicciones: Civil, Penal, Contencioso-administrativa y Social.

En lo que respecta al orden social, el protocolo de mediación social, integrante de la guía, pone de manifiesto las ventajas que representa la mediación intrajudicial, entendida como «derivación a la mediación» a instancia del juez social:

1. Permite una mejor gestión del componente emocional presente en algunas controversias laborales, dado el componente vital que conlleva el mantenimiento del puesto de trabajo, de condiciones de trabajo dignas (modificación regresiva de condiciones) y de una pacífica convivencia laboral (supuestos de violencia o acoso en el trabajo) y la honda repercusión que tienen en la vida personal y la salud física y psíquica del trabajador ciertos conflictos laborales (acoso, conciliación familiar). En esos escenarios, la intervención de un mediador vinculado al Juzgado puede ayudar a las partes no sólo a ventilar el aspecto emocional y su frustración en un contexto neutro, dándoles la oportunidad de hablar y ser oídos de una forma diferente a la del juicio, sino también a encontrar por sí mismas soluciones creativas.

2. La *privacidad y confidencialidad* de la mediación para empleador y trabajador, tanto en lo que se refiere al desarrollo del procedimiento, cuando en lo relativo al resultado del mismo, atendiendo a la preferencia de las partes.

3. La *creatividad en el diseño del proceso y de las soluciones propuestas* resulta particularmente adecuada en función del impacto que las facetas no legales y no monetarias de la controversia tienen en algunos tipos de conflictos que a veces son las verdaderas barreras para el acuerdo.

4. *Reducción de costes*, tanto económicos cuanto en términos de tiempo, amén del coste emocional de todas las partes implicadas. «El efecto disruptivo de un juicio se propaga en la empresa y en el centro de trabajo a través de los canales informales de comunicación, generando a su vez mayores costes, directos, indirectos y de oportunidad».

5. La *celeridad* de la mediación, de especial importancia en el ámbito laboral.

6. Contribuye a la *seguridad jurídica.* En los litigios laborales la resolución judicial se establece en función de los hechos que se prueben, con la consiguiente inseguridad que esto genera a las partes, por cuanto el fallo no sólo dependerá de las pruebas que las partes aporten, sino de la valoración que de ellas haga el juez, que con frecuencia también se basará en criterios técnicos complejos, a lo que se añade la limitada posibilidad legal de revisión de los hechos en fase de recurso y la existencia de asuntos en los que no cabe recurso. Por lo demás, la flexibilización de las decisiones empresariales, incrementada por las últimas reformas laborales, obliga a atender en su análisis, en gran medida, a elementos no jurídicos y a manejar y valorar conceptos jurídicos ambiguos o indeterminados, como la buena fe en la negociación, la oportunidad, la conveniencia... En tal escenario, el acuerdo de las partes logrado bajo los auspicios del mediador aporta seguridad por encima de las incertidumbres propias del proceso.

7. La *participación activa de las partes* en la negociación y el logro del acuerdo, sin perjuicio de la asistencia de sus respectivas representaciones letradas, que son, en

contraste, las que ostentan el protagonismo en el proceso y en la solución jurisdiccional.

8. Contribuye a *mejorar la percepción de la Administración de Justicia* por parte de los justiciables. En este sentido, supone una apuesta por «justicia distributiva», que se vincula a la satisfacción de las partes del conflicto con el resultado de la controversia, centrándose en el mismo y en el éxito obtenido en relación con la respectiva pretensión, en contraste con la denominada «justicia procedimental», que pone el acento en el procedimiento utilizado para llegar al resultado.

Por otra parte, el «Protocolo para la implantación de un servicio de mediación en los Juzgados de lo Social» (Protocolo de Mediación Social), parte de la base de la viabilidad de que el juez o el Tribunal laboral recomiende u oferte a las partes de un proceso social el acudir voluntariamente a un procedimiento de mediación, proporcionado por un servicio distinto de los previstos en la LRJS, con el objeto de que puedan resolver, mediante negociación asistida, un conflicto que ya está *sub iudice*, esto es, bajo conocimiento judicial. No se trata, pues, de un mecanismo de solución de conflictos alternativo al sistema judicial, sino complementario del sistema público de la Administración de Justicia, que se desarrolla dentro del proceso pero paralelamente al mismo. Conforme a ello, el protocolo plantea propuestas para dotar de una uniformización básica a las experiencias de mediación que se implanten en los Juzgados de lo Social, sin perjuicio de «las diferencias de medios materiales y humanos existentes entre los distintos territorios, el diferente volumen de asuntos (de los Juzgados), las distintas necesidades y costumbres de los diversos foros y, en fin, una multitud de variedades posible, entre ellas el diferente enfoque que se adopte en relación con la mediación».

En este sentido, propone que se considere como «programa de mediación vinculado al Juzgado» cualquier programa o servicio de mediación, público o privado, al que el juez social remita o aconseje remitir asuntos que están bajo conocimiento judicial (*sub iudice*), sobre una base voluntaria o en cumplimiento de una previsión legal». El carácter meramente orientativo de la guía determina que se limite a marcar pautas a aquellos jueces que promuevan la implantación de un servicio de mediación intrajudicial, descartando normas generadoras de obligaciones; es decir, no pretende implantar un «procedimiento reglado» de mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social que «inhiba la creatividad y la innovación y que, por consiguiente, impida el nacimiento, desarrollo y expansión de nuevas experiencias» en los mismos, sino, bien al contrario, propicia la implantación de la mediación de forma flexible y adecuada a las particulares necesidades, posibilidades, recursos y circunstancias locales.

Sin perjuicio de ello, la guía prevé unos *principios orientadores* en la implantación del servicio de mediación intrajudicial, entre los que cabe destacar los siguientes:

1) Información a los litigantes sobre su existencia y la posibilidad de acudir al mismo, que debería facilitar el secretario judicial y el propio juez, incluso a través de los autos de admisión y cédulas de citación y señalamiento para los actos de

conciliación y juicio.

2) Flexibilidad del programa de mediación, de modo que quepan diversas fórmulas, siempre que resulten gratuitas para los litigantes [R (92) de la OIT], ya sea un servicio profesional de mediación público o concertado, o, incluso, mediante mediadores voluntarios trabajando «pro bono», aunque esta última modalidad va en detrimento de la profesionalización del mediador, puede ser adecuada en la primera fase de implementación o en situaciones de falta de recursos o financiación.

3) Cobertura orgánica del sistema de mediación intrajudicial; bien mediante la firma de «convenios o acuerdos de colaboración» entre el CGPJ e instituciones para el desarrollo de experiencias piloto, o bien, cuando éste no sea posible, mediante la adopción de un acuerdo gubernativo, sea del juez decano, de la Junta de Jueces o del presidente del Tribunal Superior de Justicia, si el servicio va a vincularse a más de un órgano jurisdiccional o sección (en caso de órganos colegiados), bien del juez o presidente de sección correspondientes, si el servicio sólo se va a utilizar por un Juzgado o Sección de Sala.

4) Los acuerdos o convenios que proporcionen soporte jurídico al servicio de mediación deberían expresar: su finalidad y objetivos, el organismo que vaya a colaborar con el Juzgado, así como las cuestiones relativas a su forma de funcionamiento, tales como el momento procesal elegido para su intervención, la forma de recomendar la mediación a los litigantes, materias mediables y excluidas de mediación, obligaciones que asume el servicio, etc.

5) El servicio de mediación intrajudicial puede responder a diversas tipologías: dependiente de la Administración de Justicia, órgano creado por acuerdos de solución extrajudicial derivados de la negociación colectiva, asociaciones sin ánimo de lucro, instituciones de mediación...

6) Determinación de materias mediables. Aunque teórica e idealmente cualquier controversia podría ser mediable, en la práctica aspectos tales como la insuficiencia de recursos y/o circunstancias de las partes pueden hacer necesaria una determinación de las materias suceptibles de derivación al servicio de mediación y de las materias excluidas. En este sentido, la guía sugiere la idoneidad de la mediación en los siguientes supuestos: materias con alta probabilidad del éxito de la mediación; los perjuicios que pueda conllevar para las partes y/o terceros la continuación del procedimiento judicial; la necesidad de mantenimiento de un buen clima laboral entre las partes tras la resolución del conflicto. Por el contrario, son argumentos contrarios a la adecuación de la mediación: necesidad de enjuiciamiento público de una determinada conducta; necesidad de constituir un precedente legal; o incumplimientos recurrentes de las normas que aconsejen un tratamiento conjunto y uniforme, o cuando una parte o ambas son incapaces de negociar por sí mismas o con la asistencia de su abogado/graduado social.

7) Responsabilidad del Servicio de Mediación. Constituido el servicio y teniendo en cuenta que los conflictos «derivados» por el Juzgado están *sub iudice*, aquél debe garantizar la adecuada cualificación y profesionalidad de los mediadores y la calidad del servicio prestado. Con tal objeto, se recomienda el establecimiento de

mecanismos de interlocución y control que permitan la evaluación periódica por parte de los Juzgados de la efectividad del funcionamiento y servicios prestados (porcentaje de casos sometidos a mediación; índices de casos en los que se logra acuerdo; media de tiempo entre la remisión a mediación y el acuerdo; la naturaleza de los acuerdos e información relativa al grado de satisfacción de las partes…).

8) Los mediadores habrán de someterse a un código ético, informado por el propio equipo o por principios equiparables a los del código ético para mediadores establecido en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como al código europeo de conducta para mediadores (*European Code of Conduct for Mediators*).

9) La asistencia profesional de las partes (abogados, graduados sociales) podrá tener una participación activa en el procedimiento, lo que dependerá en exclusiva de la voluntad de las partes del conflicto. En caso afirmativo, podrán asistir y participar en las sesiones de mediación; aconsejando a los clientes antes, durante y después de la mediación; aportar y revisar documentación, ayudar a redactar los acuerdos o redactarlos por sí mismos. Después de la mediación, los abogados y graduados sociales pueden completar todos los aspectos procesales en relación con el acuerdo o, caso de no haberse logrado, continuar con el procedimiento.

10) En caso de lograrse acuerdo, quedará a criterio de las partes la decisión sobre su proyección en el proceso judicial pendiente: desistir, incorporar el acuerdo al procedimiento judicial, bien por constituir título ejecutivo al haberse conseguido ante los órganos que contempla la LRJS (servicios administrativos de conciliación u órganos previstos en los acuerdos de solución extrajudicial creados por la negociación colectiva), o bien solicitar su homologación por el juez a través de las vías procesales adecuadas.

11) La derivación a la mediación no tendría que implicar, por sí misma, la interrupción y/o suspensión de plazos procesales, evitando así la ralentización del proceso. No obstante, la suspensión podría acordarse a instancia de las partes, con amparo en los artículos 83.1 LJS y 19.4 LEC.

En la línea de profundización en el impulso de la mediación, la uniformización del sistema en su implantación en los Juzgados de lo Social a través de proyectos piloto, el CGPJ ha iniciado un proceso de adopción de convenios marco con las Comunidades Autónomas. Por otra parte, con el objeto de superar las carencias de comunicación entre los distintos Juzgados españoles que tienen implementados proyectos piloto, se proyecta la creación de una Vocalía de Mediación (dos vocales) con la finalidad de visualizar qué hace el CGPJ en materia de mediación, controlar qué Juzgados apuestan por ella, y constatar con qué equipos cuentan y los resultados obtenidos.

4.3. Programas de mediación laboral intrajudicial implantados en la Jurisdicción Social. Experiencias piloto

Pese a que el legislador admite implícitamente la mediación intrajudicial en distintas fases del proceso —en la instancia, en fase de recurso y en la de ejecución de sentencia— como medio auxiliar de los mecanismos preprocesales de evitación del proceso, no la llega a desarrollar. Se trata de una mediación no reglada normativamente, por lo que su implantación práctica en algunos Juzgados de lo Social se está llevando a cabo mediante programas piloto, formulados bajo la cobertura de convenios suscritos entre éste y ciertas instituciones u asociaciones sin ánimo de lucro, en los que se parte de las previsiones de la Directiva 52/2008/CE, de 21 de mayo, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y conforme a las pautas establecidas en el protocolo de mediación social antes citado. El CGPJ ha firmado sendos acuerdos de colaboración en materia de mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social; por un lado, con el Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco, para llevar a cabo un programa de mediación en los Juzgados de lo Social de Bilbao, y por otro lado, con la Fundación de Derechos Civiles, para implantar el programa piloto de mediación en los Juzgados de Madrid. En Bilbao, el programa de derivación a mediación ha sido desarrollado por el Juzgado n.º 3, y en Madrid, por diez Juzgados sociales (n.os 1-3-6-7-9-13-38-39-40-41).

Con posterioridad, el impulso dado por el CGPJ a la mediación ha propiciado un nuevo Convenio Marco con la Generalitat de Cataluña (mayo 2014), en virtud del cual se desarrolla otro proyecto piloto de mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social n.os 3-12-20-26. Más recientemente (julio de 2014), la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, junto con tres Juzgados de Burgos de esta misma jurisdicción, han acordado impulsar un proyecto de mediación intrajudicial en dicha provincia. El proyecto ya ha sido presentado en el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), estando aún pendiente del visto bueno del órgano de gobierno de los jueces.

4.3.1. Proyecto piloto País Vasco

El proyecto de Bilbao fue la primera experiencia de constitución de un Servicio de Mediación. Se hizo en virtud del convenio suscrito entre el CGPJ, el Gobierno Vasco y el Consejo Vasco de Relaciones Laborales, órgano consultivo (del Gobierno y Parlamento vascos) y de participación social (sindicatos más representativos y asociaciones empresariales) —que viene asumiendo la gestión de procedimientos convencionales de solución extrajudicial de conflictos colectivos en esa Comunidad Autónoma desde el año 1981—, con el objeto de implantar el proyecto piloto de mediación intrajudicial en el Juzgado Social n.º 3 de Bilbao. Para la constitución del servicio de mediación, se recurrió a los mediadores del Consejo de Relaciones Laborales, con el objeto de que éstos se valieran de su experiencia en la solución de conflictos colectivos en el marco del Acuerdo autonómico de solución extrajudicial de conflicto para trasladarla al plano individual. Se desarrolló conforme a un protocolo de actuación propio, adoptado de acuerdo a las directrices de la Directiva 2008/52/CE, de la cual acoge tanto los conceptos de mediación y mediador como sus principios.

El programa de mediación intrajudicial de los Juzgados de lo Social de Bilbao se implementó con una duración estimada de un año de duración, pero por falta de recursos económicos no llegó a agotar el plazo previsto, manteniéndose en funcionamiento sólo durante nueve meses.

4.3.2. Proyecto piloto Comunidad de Madrid

Como consecuencia de los objetivos marcados por el CGPJ, en diciembre de 2011 se firmó el acuerdo de colaboración del CGPJ con la Fundación de Derechos Civiles para desarrollar una experiencia piloto de creación de un servicio de mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social de Madrid.

En virtud del acuerdo, la Fundación asumía el compromiso de realizar el proyecto y el protocolo de actuación de la mediación laboral, así como la responsabilidad de poner en funcionamiento un Servicio de Mediación Intrajudicial, aportando para su puesta en práctica profesionales con una formación específica, tanto teórica como práctica en mediación. En principio, el mediador realizará su trabajo de forma voluntaria. También, entre las funciones asumidas por la Fundación se encuentran elaborar y editar el material divulgativo del servicio, así como dotarlo de las instalaciones y medios adecuados para desarrollar su labor.

El protocolo de implantación del Servicio de Mediación Intrajudicial se rige por los siguientes *principios informadores*: 1. Voluntariedad: la asistencia a la sesión informativa es voluntaria, así como la realización de la mediación, que ha de ser por acuerdo de las partes; 2. Confidencialidad. De la información y documentación manejadas en la sesión no se dará traslado al proceso judicial. El juez únicamente será informado del resultado de la mediación, que no influirá en modo alguno en el proceso; 3. Igualdad de las partes; 4. Homologación de los acuerdos ante el Juzgado para su plena eficacia y constitución en título ejecutivo; 5. Profesionalidad e imparcialidad. El equipo de mediadores lo conforman profesionales con una preparación técnica adecuada. El mediador no se involucra en el proceso, su función es asistir a las partes en el proceso de búsqueda de un acuerdo; 6. Flexibilidad. El procedimiento se adapta al tipo de conflicto que se trate; 7. Buena fe y cooperación. Se debe acudir a la mediación con intención de alcanzar un acuerdo; 8. Gratuidad y ética.

El protocolo establece, asimismo, unas *fases del procedimiento* de Servicio de Mediación Intrajudicial:

1. Iniciativa. El Juzgado, a través del secretario judicial o del propio juez designado, a través de una providencia o resolución, remitirá a las partes la invitación a acudir a una sesión informativa sobre la mediación. A dicho escrito se adjunta una hoja informativa con los aspectos más relevantes de la mediación.

2. Entrevista inicial. El día de la cita podrán las partes acudir a esta entrevista con sus representantes. En la misma, el mediador ofrece información sobre la mediación como medida alternativa de resolución de conflictos y analiza las ventajas que reportaría para las partes su realización frente al propio acto de juicio. Tras esta

entrevista inicial, las partes decidirán si aceptan o no la derivación a mediación de su controversia, firmando un documento de aceptación, caso de ser favorable. Se fijará una fecha de realización que puede suspender la fecha de señalamiento para el juicio si fuera preciso, aunque la intención es que la mediación no suponga una dilación del proceso. Normalmente, las sesiones de mediación tendrán lugar entre esta primera entrevista y la fecha inicialmente señalada para el juicio. En caso de que ambas partes no aceptasen la mediación, el proceso seguirá su curso, quedando citadas para el día del juicio señalado en principio.

3. Sesiones de mediación. Caso de haberse aceptado la mediación por las partes, éstas serán citadas por el mediador para que acudan a las instalaciones del CRL. Allí tendrán lugar las sesiones a celebrar, enderezadas a la consecución de un acuerdo, aunque por lo general se realiza una única sesión de mediación.

4. Acuerdo. El acuerdo puede ser total o parcial. El mediador lo redactará junto con los representantes de las partes, en los términos que los interesados estipulen. Posteriormente, el acuerdo será presentado por las partes al Juzgado, que examinará su legalidad. Si el acuerdo es total, el juez dictará auto en el que se recogerá lo acordado, que constituirá el título con fuerza ejecutiva. En caso de haber discrepancias o dudas respecto a su interpretación, se puede convocar al mediador y a las partes para su esclarecimiento. Si el acuerdo alcanzado es parcial, las partes serán convocadas a juicio para resolver sobre las cuestiones en controversia y la sentencia resolverá sobre lo no acordado, y en la misma se recogerá el acuerdo parcial alcanzado.

5. Sin acuerdo. Cuando las sesiones de mediación finalicen sin acuerdo entre las partes, éstas serán convocadas a juicio, procediéndose a su celebración, correspondiendo al juez mediante sentencia dirimir y dar solución al conflicto.

En cuanto a las *materias objeto de la mediación*, no conforman una lista cerrada. En el inicio de este proyecto la mediación se está intentando llevar a cabo en los asuntos siguientes: modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, sanciones, vacaciones y conciliación de la vida laboral y familiar. Por su parte, se plantean como *materias excluidas*: los despidos, porque en el despido la relación está ya rota, por lo que confronta con el espíritu de la mediación, cuyo objetivo es restaurar la relación entre las partes. Por tanto, se persigue limar las asperezas de las relaciones personales para propiciar la continuidad de la relación laboral del modo menos viciado posible.

Los datos relativos al desarrollo del programa correspondientes a 2012 arrojan unos resultados muy desalentadores y reveladores de una baja cultura de la mediación: de un total de 483 invitaciones efectuadas directamente por el Juzgado para derivar al Servicio de Mediación, tan sólo se llegaron a realizar treinta, lo que supone un 6,21 por 100 de aceptación del sistema. Sin embargo, de las treinta mediaciones realizadas, doce culminaron con acuerdo, lo que representa el 40 por 100 de éxitos.

4.3.3. Proyecto piloto Cataluña

En mayo de 2014 se presentó en Cataluña el «Servicio de Mediación Intrajudicial», para su funcionamiento como proyecto piloto en los Juzgados de lo Social números 3, 12, 20 y 26 de Barcelona, en virtud de un convenio marco firmado entre el CGPJ y la Generalitat de Cataluña.

En virtud de dicho acuerdo, la Generalitat de Cataluña implanta un Servicio de Mediación común a todos los Juzgados sociales, que estará integrado por un secretario judicial, con formación especializada en mediación, y dos mediadores.

El protocolo para la implantación de la mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social de Barcelona establece, siguiendo la senda marcada por los protocolos aplicables, respectivamente, a los proyectos piloto de los Juzgados de Bilbao y, posteriormente, a los Juzgados de Madrid, las directrices orientativas para el funcionamiento del Servicio. Los aspectos más destacables del protocolo son:

— En cuanto a las materias mediables, serán aquéllas objeto de conflictos suscitados estando vigente aún la relación laboral: sanciones, conciliación de la vida laboral y familiar, vacaciones, modificación sustancial del contrato de trabajo… En caso contrario, esto es, en supuestos de despidos, no procederá la remisión a la mediación por parte del Juzgado, sin que ello impida que las partes puedan acudir a la misma por iniciativa propia.

— Junto con la admisión de la demanda, se entregará una hoja informativa a las partes sobre la existencia del Servicio de Mediación Intrajudicial. En otro momento procesal, en la resolución correspondiente se hará una invitación a las partes para que inicien la vía paralela de la mediación.

— En caso de aceptación por las partes del inicio de la mediación, dispondrán de un plazo de cinco días para acudir a la sesión informativa y, de acudir y aceptar la tentativa de mediación, ya sería el ODM quien fijaría el calendario de sesiones. Teniendo en cuenta que una mediación suele durar un máximo de dos meses y que los señalamientos son mucho más tardíos, no existe la suspensión del proceso y no se alargaría innecesariamente el mismo por causa de la mediación.

— Se pretende que las partes acudan a las sesiones de mediación convocadas por el mediador actuante acompañadas por sus respectivas representaciones letradas (abogados, graduados sociales), pues al tratarse de una mediación intrajudicial, éstos han de estar no sólo informados de lo que sucede en la mediación, sino que al final serán los que asesorarán a su cliente sobre los acuerdos a los que éstos puedan llegar.

— El Juzgado únicamente sabrá que una mediación se ha iniciado y que ha finalizado con o sin acuerdo, sin que proceda facilitarle información sobre los motivos de su no iniciación, ni, en su caso, sobre la causa de que finalice sin acuerdo.

5. BALANCE DE LOS PROYECTOS PILOTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

El entusiasmo mostrado por el CGPJ y numerosos jueces y Tribunales del orden

social en favor de este procedimiento intraprocesal de solución de conflictos laborales (básicamente de naturaleza individual) no se ha visto correspondido por la práctica y los resultados arrojados por los proyectos piloto que se vienen desarrollando. Bien es cierto que los datos estadísticos disponibles corresponden a 2012 y 2013, años en los que sólo desarrollaban programas de mediación los Juzgados de Madrid. Con todo, el balance es significativamente menos positivo que el de los programas de mediación implementados en la Jurisdicción Civil, particularmente la mediación familiar, y en la penal.

Así, según las estadísticas del CGPJ correspondientes a 2013, la mediación intrajudicial familiar se ha incrementado alrededor de un 65 por 100 respecto al 2012. Son más de 250 Juzgados de Familia los que están derivando a mediación en toda España, con un número de derivaciones de 5.116, de las cuales 1.162 efectuadas y de éstas 568 con acuerdo, lo que supone un porcentaje del 48,88 por 100 sobre el total de derivaciones efectuadas. Pero en la mediación penal los resultados son aún mejores. De un total de 3.984 derivaciones a mediación propuestas y 1.836 efectuadas, las culminadas en acuerdo ascienden al 76,41 por 100. Llama la atención que una mediación no comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 vaya consolidándose en la vía intrajudicial con un 40 por 100 de crecimiento respecto a 2012.

En contraste, la prevalencia de la mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social es mucho más modesta: el total de expedientes judiciales que han recibido la invitación a participar en el proceso de mediación, con el decreto judicial de citación a conciliación y juicio ha sido de 616. Sin embargo, los procesos de mediación efectivamente tramitados y cerrados se redujeron a veinte, de los cuales culminaron con acuerdo catorce y sin acuerdo seis. Estos resultados denotan que las partes de los litigios laborales son reacias a someterse a procedimientos de mediación, si bien cuando deciden acogerse a ellos el índice de éxito, esto es, de logro de acuerdo, es muy alto (70 por 100). Es sintomático, por otra parte, que cuando los procesos de mediación son iniciados sin invitación por parte del Juzgado sino a iniciativa de la representación letrada de las partes, por haber adquirido los abogados conocimiento del Servicio de Mediación Intrajudicial, el índice de éxito aumenta hasta casi un 88 por 100, si bien es cierto que estos supuestos son cuantitativamente muy residuales: en 2012, sólo ocho procesos de mediación, de los cuales finalizados con acuerdo siete. De estas cifras se deduce que está resultando mucho más dificultosa la penetración de la cultura de la mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social, pese a su particular idoneidad para la solución de controversias laborales —en proceso de importante incremento a consecuencia de la crisis—, en las que subyacen contratos de tracto sucesivo (el contrato de trabajo) con vocación de permanencia temporal, por lo que la consecución de soluciones negociadas o mediadas contribuye a evitar el deterioro de la convivencia laboral futura y el «efecto contagio» en la empresa.

En este escenario, todo apunta a que habrá de persistir en la promoción de la mediación como procedimiento de negociación asistida para la solución de conflictos laborales, partiendo de la idea de que dicho mecanismo, como el resto de los sistemas

extrajudiciales, se incardinan en el nuevo concepto de acceso a la justicia que informa la Directiva 2008/52/CE, según el cual éste no implica necesariamente el derecho de acceder al proceso judicial, sino más bien el acceso a la resolución más satisfactoria del conflicto.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Comentario al artículo 162 LRJS», en VVAA, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011.

ARASTEY SAHÚN, L.: «Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales», *Diario La Ley*, n.º 8.208, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2013, año XXXIV, Ref. D-421, La Ley.

AVILÉS NAVARRO, M.: «La mediación en los diferentes órdenes jurisdiccionales», *Diario La Ley*, n.º 7.704, Sección Tribuna, 28 de septiembre de 2011, año XXXII, Ref. D-358, La Ley.

DOCUMENTOS

«Guía para la práctica de la mediación intrajudicial; Protocolo de mediación social», *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, octubre 2012.

«Incidencia de la Ley 36/2011 en los procedimientos de mediación y arbitraje», Fundación SIMA, Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, octubre 2011.

«Mediación intrajudicial en España», Datos estadísticos 2012 y 2013. Consejo General del Poder Judicial, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Datos-estadísticos.

FOLGUERA CRESPO, J.: «Comentario al artículo 84 LRJS», en VVAA, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Madrid, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «La derivación a mediación desde el Juzgado de lo Social: una nueva vía de acceso a la justicia», *Diario La Ley*, n.º 7.413, Sección Tribuna, 31 de mayo de 2010, año XXXI, La Ley.

— «Los procedimientos de mediación y arbitraje en la reforma. Una oportunidad perdida», *Diario La Ley*, n.º 8208, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2013, año XXXIV, Ref. D-421, La Ley.

— «El juez como mediador. ¿Es conveniente? ¿Es posible?», *Diario La Ley*, n.º 7.721, Sección Doctrina, 24 de octubre de 2011, año XXXII, La Ley. La Ley 17045/2011.

— «Mediación en los Juzgados de lo Social: un encuentro entre alternativas», *Revista del Poder Judicial* (*RPJ*), n.º 94, 2012.

— «Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», *Diario La Ley*, n.º 7.806, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2012, año XXXIII, La Ley.

GRANADOS ROMERA, I.: «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?», *Relaciones Laborales*, n.º 21, Sección Doctrina, noviembre de 2012, año 28, tomo II.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.os 377-378, agosto-septiembre 2014.

MOLINA NAVARRETE, C.: «La fase preprocesal de evitación del proceso: ¿"Más vale un 'mal acuerdo' que un buen pleito"?», en Molina Navarrete, C., *Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, edición n.º 1, La Ley, Madrid, 2012.

RENEDO JUÁREZ, M. J.: «Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero 2013.

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

VALDÉS DAL-RE, F.: «Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, n.º 18, 2002.

VOZA, R.: «La proposta transattiva del giudice del lavoro», *Rev. Il lavoro nella giurisprudenza*, n.º 10, 2011.

CAPÍTULO XXXIII

LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS LABORALES PSICOSOCIALES

JESÚS AMBEL BURGOS
Psicólogo del Ayuntamiento de Granada

SUMARIO: 1. EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN EN UNA ADMINISTRACIÓN LOCAL. 2. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES O EL SUFRIMIENTO COMO DAÑO COLATERAL. 3. LA UTILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE ACOSO. 4. EN CONCLUSIÓN.

1. EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN EN UNA ADMINISTRACIÓN LOCAL

El actual convenio que regula las relaciones entre la Corporación y el personal del Ayuntamiento de Granada, en su artículo 40, dice lo siguiente: «En el Ayuntamiento de Granada existirá un Gabinete de Atención al Personal, dotado con los medios profesionales adecuados, que asesorará en todas aquellas situaciones personales, familiares y laborales que por su complejidad necesiten una intervención técnica».

Fueron los compañeros de las agrupaciones sindicales los primeros que comprendieron que en las necesidades y demandas que les dirigían sus afiliados había un componente que ellos llamaban «subjetivo». Se trataba de un aspecto que era difícilmente sindicalizable. La acción sindical se detenía en efecto ante la aparición de una parte, de un resto, que no se dejaba tratar por las fórmulas tradicionales de solidaridad entre compañeros. Un resto insoportable para los trabajadores municipales y para la propia organización que provocaba una cronificación de las dolencias y un penoso periplo por las consultas en materia de salud, de salud mental, de inspectores médicos y que elevaba las temidas cifras de absentismo y de baja motivación en el trabajo cotidiano.

Al aprobar la creación del gabinete, la Corporación municipal y el equipo de gobierno entonces al mando asumía, por su parte, que había «determinados factores» en la organización de los servicios y en la relación con el exigente público granadino que dañaban la salud del trabajador y minaban así los cimientos del servicio que como Administración se prestaba a los ciudadanos.

Por su parte, los sindicatos se aseguraban «un lugar» de abordaje de algunos problemas de los funcionarios para los que ellos no tenían respuesta clara y precisa, y, por su parte, la Corporación cumplía una obligación legal al hacerse cargo de los daños posibles a la salud de los trabajadores a los que estaba obligado por la legislación en el sentido del «cuidado» del personal a su servicio.

En todo caso, se trató de un invento, de una apuesta. Una apuesta que ubicaba al gabinete en el marco de un conflicto entre dos partes, entre dos intereses enfrentados por estructura y definición y que ha hecho de la herramienta de la mediación una fuente de inspiración y de abordaje de problemas cotidianos. Pero no se inventa un dispositivo así sin que se conmuevan las viejas estructuras y aparezcan las resistencias más feroces. Viejas estructuras y resistencias feroces que le han acompañado hasta ahora y que nos han permitido mantenernos alerta, tener en cuenta las aportaciones más novedosas de la literatura preventiva, mediadora y de clínica de la vida laboral. Aportaciones que provienen de las experiencias de origen español, francés y americano al respecto y que nos han permitido no perder nunca ese punto de frescura que todo invento tiene al comienzo de su periplo.

Por fin, en marzo de 2006, comenzó a funcionar el gabinete. Dotado con un psicólogo y una trabajadora social y ubicado en un local alejado de los núcleos de la trama administrativa municipal, su número de teléfono no tardó en recibir las primeras demandas.

Comenzamos pues a recibir en el gabinete, uno por uno, a compañeros que sentían nostalgia de otros momentos en los que su trabajo era, para ellos, uno por uno, una fuente de satisfacción. A compañeros que se quejaban de la pérdida del valor del compañerismo en el trabajo. A compañeros que sufrían y que les habían dicho que se habían «encontrado» con un riesgo psicosocial. Y allí donde los servicios de prevención pasaban sucesivos cuestionarios de evaluación de riesgos, en el gabinete nos ocupábamos de introducir a cada sujeto en una experiencia de palabra. Y allí donde el abordaje prevencionista del estrés eludía sistemáticamente la dimensión simbólica, en el gabinete sometíamos a la angustia a la prueba de su articulación en el lenguaje. Y allí donde el modelo deficitario hacía de las habilidades relacionales la panacea cognitivista de los problemas de los sujetos, el gabinete abordaba la economía psíquica de cada sujeto y sus medios de producción. Y allí donde el «trabajo por competencias» era exigido bajo la marca de «una nueva filosofía humanista», en el gabinete el sujeto era invitado a trabajar la simplicidad del «no estar siempre disponible». Y así, desde el comienzo, hemos aprendido que la extracción de satisfacción que un empleado público puede esperar de la renuncia al placer que supone trabajar, no se hace sin síntomas.

Y llegamos así a cerciorarnos de que en la vida laboral los síntomas guardan la forma del complejo mundo en el que se constituyen. No teníamos, pues, nada más sencillo de hacer que seguirle la pista al síntoma, hacerle confianza. Y descubrimos así que el discurso social de los «derechos de los usuarios» manda sobre los medios de los que el funcionario dispone, y entonces el capital emocional del que presta servicios se agota y aparecen los signos clínicos de lo que no va: angustia, depresiones, pequeñas enfermedades orgánicas, bajas laborales prolongadas… Poco a poco la esfera familiar se ve también afectada, las relaciones sociales se deterioran…

A veces ha bastado con una entrevista, a veces han sido varias. Otras veces el abordaje del caso se ha prolongado durante meses. En todo caso, se quedaban fuera de las actuaciones del gabinete la transmisión de la obligación de ser feliz, el uso de

la palabra en tono imperativo y la perniciosa tendencia a la objetivación del sufrimiento. El funcionario que sufre es responsable, en parte, de cómo se relaciona con la organización en la que trabaja. Se trata de poner a trabajar esa responsabilidad. Paralelamente, la organización también es responsable de cómo trata a sus empleados, se trata de intervenir también sobre los sistemas organizativos, los estilos de mando y las maneras de resolver conflictos. También se trataba de poner a trabajar esta otra responsabilidad a veces tan olvidada a propósito.

Hemos encontrado sujetos para los que su trabajo cotidiano había tomado un giro detestable. Era como si una bomba de desinserción social hubiera explotado en medio de los empleados municipales y la metralla de vidas profesionales heridas y desprovistas de recursos personales se hubiera extendido por doquier. Hemos encontrado que no había correspondencia entre los derechos de los ciudadanos reconvertidos en usuarios y los medios humanos y materiales que la propia administración aportaba para prestar el servicio, y entonces la distancia entre derechos de los usuarios y los deberes de la Administración se cargaba con demasiada frecuencia sobre las espaldas de los funcionarios. Y aquí, a este nivel, es donde hemos encontrado también que no todos los compañeros atendidos han respondido de la misma manera a nuestra oferta de tomar a su cargo la responsabilidad de encontrar un arreglo a su sufrimiento. Nos hemos encontrado con el victimismo paralizante de unos, con la queja estéril de otros y con la vieja fórmula de pensar que cada trabajador es un revolucionario en potencia. Y aquí, a este nivel, nos hemos encontrado con la inflación psicologizante de los mandos que achacaba el sufrimiento, por sistema, «a problemas personales» mal resueltos por el funcionario de turno.

Lo cierto es que no en todos los casos que nos han llegado ha sido posible un abordaje medianamente serio. Sin embargo, con los sujetos que nos han dado confianza hemos podido hacer un trabajo, discreto y eficaz, en torno a la idea, simple y concisa, de que la organización municipal no era un conjunto cerrado ni una totalidad completa, y que justamente en sus brechas, en sus vericuetos, podíamos acompañar al sujeto a reencontrar una manera de trabajar menos ruinosa para el funcionario y también para la propia organización.

Y aquí, cuando hablamos de dos partes, cuando hablamos de conflictos en el medio laboral, es cuando se va perfilando el cómo la mediación nos ha servido de guía en el laberinto. No ha sido la única guía, pero sí que se ha mostrado bien eficaz.

En todo caso, podemos decir que a la hora de realizar nuestro trabajo la metodología ha seguido el siguiente esquema clásico que hemos adaptado a cada caso:

a) Intervención sobre la organización. Revisar los sistemas de organización del trabajo, los sistemas de información y comunicación en su interior, los sistemas de regulación de los inevitables conflictos cotidianos y también los estilos de mando en cada unidad administrativa en la que encontrábamos un caso de un funcionario que lo estuviese pasando mal en su puesto de trabajo ha sido bien ilustrativo de cómo

estábamos.

b) Intervención sobre el individuo. Mediante formación sobre el funcionamiento interno, ejecución del trabajo, resolución de conflictos, etc. Y, por supuesto, intervención de carácter terapéutico cuando el caso lo exigía.

2. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES O EL SUFRIMIENTO COMO DAÑO COLATERAL

Digamos algo sobre los llamados «riesgos psicosociales». Un mediador en formación que quiera trabajar en el medio laboral debe saber algo sobre estos «riesgos». Debe saber «lo oficial» y debe saber algo más que lo oficial. Debe saber lo oficial para atenerse a lo legislado y no perderse en el laberinto de lo que podemos llamar «los riesgos invisibles», y debe saber algo más para intervenir sobre realidades humanas y no sobre cálculos estadísticos. Cuando digo «realidades» no me refiero a otra cosa que a «modos de sufrimiento» en el trabajo. Cuando digo «realidades» lo que quiero decir es que las maneras de sufrir en el trabajo no son «daños colaterales», so pena de que hagamos psicología barata de las relaciones laborales.

De esta forma, voy a dedicar unas líneas a lo básico que un mediador tiene que saber sobre los riesgos psicosociales.

El concepto de factores de riesgo psicosociales hace referencia a aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización del trabajo, el contenido del mismo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad de causar daños físicos, sociales o psicológicos al colectivo de trabajadores.

Conforme a los artículos 4 y 15.1.*d*) y *g*) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por «riesgo psicosocial» habría que entender: «Cualquier posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño en su salud física o psíquica derivado bien de la inadaptación de los puestos, métodos y procesos de trabajo a las competencias del trabajador —artículo 15.1.*d*) LPRL—, bien como consecuencia de la influencia negativa de la organización y condiciones de trabajo, así como de las relaciones sociales en la empresa y de cualquier otro "factor ambiental" del trabajo —letra *g*)—».

A la hora de clasificar los llamados «riesgos psicosociales» encontramos dos grandes grupos: los relacionados con las tareas y el contenido del trabajo y los relacionados con la estructura de la organización del trabajo.

Veamos de manera resumida en qué consisten. Comenzamos por los vinculados a las tareas y el contenido del trabajo.

a) Ritmo de trabajo. Los factores más importantes que pueden estar determinando el ritmo laboral en un puesto son: trabajar con plazos ajustados, exigencia de rapidez en las tareas, recuperación de retrasos, velocidad automática de una máquina, competitividad entre compañeros, normas de producción, cantidad de trabajo a

realizar, control jerárquico de tiempo con controles de tiempo…

b) La variedad del contenido de trabajo. Se consideran en este apartado cuestiones como la falta de variedad de las tareas y el trabajo repetitivo, falta de oportunidades de aprendizaje, carencia de sentido del trabajo o escasa valoración del mismo.

c) El diseño de las tareas. La autonomía, el control y el margen de decisión de la persona respecto al contenido y las condiciones de trabajo (orden, métodos a utilizar, tareas a realizar, resolución de incidencias…), así como las posibilidades de desarrollo en el trabajo: oportunidad de desarrollo de las habilidades y conocimientos de cada persona.

d) La carga de trabajo. Es el esfuerzo que hay que realizar para desarrollar una actividad laboral. Toda tarea requiere un esfuerzo tanto físico como psíquico en diferente proporción según el puesto de trabajo. Cuando estos esfuerzos sobrepasan la capacidad del trabajador, se puede producir sobrecarga, desgaste y fatiga con consecuencias negativas para la salud y para la seguridad en el trabajo. En una Administración Pública tiene incidencia sobre todo lo que se llama «carga mental». La carga mental se produce cuando las exigencias cognitivas (necesidad de toma de decisiones, memorización, controlar muchas cosas a la vez, manejar muchos conocimientos, realizar tareas simultáneas, altos niveles de concentración, etc.) no se adaptan a la capacidad de respuesta del trabajador/a y se realiza un uso excesivo en tiempo y necesidad de funciones cognoscitivas. Dos situaciones pueden darse en este factor: la «sobrecarga de trabajo», que se genera cuando el volumen de trabajo, la complejidad de la tarea y el tiempo disponible para realizarla, están por encima de la capacidad y de los conocimientos de la persona para responder a la tarea, y la «subcarga de trabajo», que se genera cuando el volumen de trabajo está muy por debajo del necesario para mantener el mínimo nivel de activación en el trabajador.

e) Demandas psicológicas, que son las exigencias emocionales a las que se ha de hacer frente en el trabajo. Se producen en aquellas situaciones en las que el desempeño de la tarea conlleva un esfuerzo que afecta a las emociones que el trabajador puede sentir. Con carácter general, tal esfuerzo va dirigido a reprimir los sentimientos o emociones y a mantener la compostura para dar respuesta a las demandas del trabajo, como es el caso de atención a pacientes, usuarios de servicios sociales, etc.

f) Desempeño de rol. Es el conjunto de expectativas sobre conductas asociadas con el puesto laboral. Dos situaciones son las más habituales: la ambigüedad del rol, es decir qué debe hacerse, cómo, cantidad de trabajo esperada, calidad del trabajo, tiempo asignado y responsabilidad del puesto; y el conflicto de rol que se produce cuando hay demandas y exigencias en el trabajo que son entre sí incongruentes o incompatibles para realizar el trabajo:

Veamos, a continuación, los factores relacionados con la estructura organizativa del trabajo.

1. El estilo de mando. Hay «modos de dirección» que favorecen la presencia de factores de riesgo psicosocial mientras que otros, en cambio, los neutralizan o

amortiguan. Entre los primeros está el «estilo autoritario» que es una fuente de conflictos en sí mismo por la baja posibilidad de comunicación, participación y transparencia de la organización. También el «estilo paternalista» que se lleva a cabo por la intervención directa e inmediata de la «jefatura», que aparece como «buena», preocupada por el «bien común» pero que produce trabajadores indecisos e inseguros que deben recurrir a dicha jefatura para solucionar sus problemas. Está también la «dirección pasiva» que mantiene un control muy laxo o descuidado de eventuales conflictos y situaciones de tensión y en la que la persona que ostenta la dirección se inhibe en situaciones conflictivas y deja que el propio grupo se autocontrole.

En cambio, hay otro estilo que es el modelo de dirección basado en la transparencia de situaciones y en la comunicación entre los trabajadores y la dirección de la organización. En este tipo de liderazgo se valora tanto la tarea como al individuo. La dirección cuenta con los/as trabajadores/as para conseguir los objetivos, favoreciendo la participación tanto individual como grupal, así como la colaboración y el compañerismo, y contribuye a la aparición de una verdadera conciencia de grupo.

2. La participación en la toma de decisiones. La falta de participación en la toma de decisiones es un factor causante de ansiedad y estrés, en la medida en que su ausencia conlleva una falta de control de la persona sobre sus condiciones de trabajo. Muestra una fuerte relación con la insatisfacción en el trabajo y, por el contrario, en las organizaciones donde hay mayores oportunidades de participación en la toma de decisiones, la satisfacción es mayor y los niveles de autoestima del personal más elevados.

3. La circulación de la comunicación y la información en el trabajo. Dado que los problemas que se pueden dar por una deficiente información y comunicación son muy importantes, es necesario para paliar estas deficiencias el desarrollo de unos sistemas de información y comunicación (tanto descendente como ascendente u horizontal) verdaderamente efectivos y no solamente restringidos a la eficacia productiva, sino que respondan a las necesidades de las personas y que faciliten su ajuste con la organización del trabajo. El hecho de que no esté claramente definido qué se espera de un/a trabajador/a, que su papel sea confuso o que no exista una fluida comunicación es uno de los más importantes estresores, debido a que el no saber exactamente qué se tiene que hacer, de qué manera, qué áreas son de su responsabilidad, se traduce en una sensación de incertidumbre y amenaza. Ya no es el responder a una demanda, sino que la persona no conoce esa demanda, la forma en la que le es presentada esa demanda, ¿puede pedir aclaraciones?, ¿le serán facilitadas?, ¿se le mandan cosas contrapuestas o contradictorias?, ¿se le mandan distintas cosas al mismo tiempo?, ¿se le asesora?, ¿puede manifestar desacuerdo con lo que hay que hacer?, ¿es fácil hacerlo?, etc. Los problemas que se pueden dar por una deficiente información y comunicación, la ambigüedad y el conflicto de rol que de ello se derivan, son unos de los más potentes estresores. Además, constituyen unos de los factores que más afectan a la eficiencia en la empresa.

4. Organización del tiempo de trabajo. Una adecuada o inadecuada organización, planificación y distribución del tiempo pueden incidir positiva o negativamente en el

desempeño de la actividad del trabajador/a, repercutiendo directa o indirectamente en él, en la institución y en su entorno. Las cuestiones principales relacionadas con los efectos del horario de trabajo sobre la salud son el excesivo tiempo de trabajo (prolongación de la jornada) y el trabajo por turnos y nocturno.

5. La regulación de los conflictos. En una empresa generalmente existen personas y grupos de personas cuyos objetivos e intereses son distintos y en algunos casos enfrentados. Hay que considerar que la aparición de conflictos es algo que puede considerarse normal y previsible, por lo que es necesario arbitrar medios para la resolución de esos conflictos. Una de las principales fuentes de conflictos en una empresa tiene que ver con los problemas ocasionados por la indefinición de roles de los empleados. Para evitar la ambigüedad de rol y para evitar choques entre personas e intrusiones que puedan ser fuente de conflictos, ha de buscarse una clara e inequívoca definición de los cometidos de cada persona y del papel que ha de desempeñar en la organización, de la forma y los contenidos con que se han de llevar a cabo las interacciones con otras personas. En este punto cobra especial importancia el establecimiento de canales de información adecuados.

Existen diversas formas de sufrir en el trabajo derivadas de una falta de control de los factores de riesgo psicosociales. Cuando las condiciones de trabajo no son las adecuadas y se ignoran los riesgos psicosociales, aparecen alteraciones que podemos encuadrar en el estrés laboral, el síndrome de quemarse por el trabajo o síndrome de *burnout*, el acoso laboral o *mobbing* y otras patologías médicas y psicológicas asociadas.

a) El estrés laboral surge, para la literatura preventiva clásica, cuando las demandas del trabajo son altas y, al mismo tiempo, la capacidad de control de las mismas es baja. Es decir, cuando existe un desequilibrio entre el alto esfuerzo y la baja recompensa al esfuerzo desplegado. También lo podemos nombrar como el desajuste entre las exigencias del entorno laboral y la capacidad de la persona para hacerlas frente o mantenerlas bajo control. Se suelen dar varias fases, desde la fase de alarma, pasando por la fase de adaptación y terminando en la fase de agotamiento. Lo fundamental es detectar las primeras señales y no dejar que la situación concreta que produce la ansiedad se haga crónica.

b) El síndrome de quemarse en el trabajo o síndrome de Burnout, que puede conceptualizarse como «una respuesta al estrés laboral crónico integrada por actitudes y sentimientos negativos hacia las personas con las que se trabaja y hacia el propio rol profesional, así como por la vivencia de encontrarse emocionalmente agotado». Es importante tener en cuenta a este respecto los tres argumentos que nos permiten entender esta grave patología laboral: el agotamiento emocional o fatiga extrema ocasionada por la situación a la que se ve sometido; el bajo rendimiento, la baja realización personal y la autoevaluación negativa de su trabajo; y la despersonalización, entendida como endurecimiento de conductas y actitudes hacia las personas con las que se trabaja.

El síndrome de Burnout es muy habitual en colectivos como la sanidad, la

educación, los servicios sociales y, en general, en aquellas actividades que trabajan con personas, en las que la implicación emocional es elevada. Por ello el porcentaje de trabajadores/as en el ámbito de la Administración Pública es elevado, ya que se incluyen a profesionales que trabajan directamente con las necesidades y demandas de la población, como es el caso de Servicios Sociales, la Policía Local, los Bomberos, el personal de Registro y de Participación Ciudadana.

c) El acoso moral en el trabajo o *mobbing*. El fenómeno del *mobbing*, que puede traducirse como acoso u hostigamiento, se utiliza para describir situaciones en las que un/a trabajador/a se convierte en blanco o diana del grupo al que pertenece, siendo sometido/a por éste o por alguno de sus miembros (generalmente con la permisividad del resto) a conductas de hostigamiento que le puede ocasionar importantes trastornos en su salud, tanto física como psíquica, siendo necesaria en muchos casos la asistencia médica y psicológica.

Concretemos algunas conductas de acoso: ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el/la superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones; los ataques a la vida privada; las agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona; la difusión de rumores sobre esa persona.

Es fundamental comprender lo que diferencia al acoso moral en el trabajo de otros fenómenos patológicos en el trabajo, como es el caso del estrés laboral. Lo fundamental es la intencionalidad de causar daño de manera sistemática y reincidente y la continuidad en el tiempo. A este respecto, distinguimos tres tipos de acoso:

a) El ascendente, que se produce cuando una persona que ocupa un puesto de jefatura es atacada por otra/s que ocupan puestos en niveles inferiores dentro del organigrama, y que es el tipo de acoso menos frecuente.

b) El descendente, que se da cuando un trabajador/a de nivel jerárquico inferior es atacado/a por una o más personas que ocupan posiciones superiores en la jerarquía de la organización, y que es el tipo de acoso laboral más frecuente.

c) El horizontal, que se da cuando un trabajador/a es acosado/a por una o varias personas que ocupan su mismo nivel jerárquico.

Abordemos ahora los riesgos psicosociales desde otra perspectiva.

La problemática del sufrimiento en el trabajo supone que el sufrimiento sea provocado. Esa hipótesis opone a los sujetos del sufrimiento y a sus autores y apunta así a las responsabilidades. La noción de «riesgo psicosocial» disuelve la cuestión de la responsabilidad.

El sufrimiento, por su parte, tiene sus causas materiales e identificables que se ven diluidas en las páginas abundantes de una literatura que Lacan llamaba de «fariseísmo prevencionista». El debate actual no versa ya sobre el sufrimiento, sobre las razones del malestar y sobre la violencia del mundo del trabajo, sino sobre los riesgos psicosociales. Se trata de una fórmula nueva que hace posible un sutil desplazamiento del problema.

¿Qué designa la noción de riesgo psicosocial? Su principal característica es la de acabar con una disolución de la responsabilidad. Llegamos hasta ahí en tres etapas, que son otros tantos momentos de su definición. Veamos cómo se logra ese desplazamiento.

El punto de anudamiento del conjunto de las dimensiones de la vida en el trabajo es la subjetividad. Pues bien, la subjetividad es justamente lo que se trata de eludir, de eliminar, de reducir al mínimo. Por eso, persiguiendo ser «objetivos», el primer paso para que desde el sufrimiento en el trabajo lleguemos hasta los riesgos psicosociales es trocear los riesgos y, de paso, al trabajador que los padece. Riesgos físicos, riesgos de salud, riesgos psicosociales… Se supone que alguien debe hacer el anudamiento en algún momento del proceso de evaluación de los riesgos y de la adopción de medidas, pero lo cierto es que al eliminar la subjetividad, nadie se ocupa de ella.

En un segundo momento, el siguiente paso es separar los efectos y las causas. Por eso la atención se desplaza desde la explicación de las causas a la evaluación de los factores psicosociales sin control y, de ahí, un salto más y con la inestimable ayuda de la psicología del conformismo, a la gestión de los individuos que sufren. De las causas nunca más se supo. Se han sustituido por interminables evaluaciones de riesgos.

Interminables e indeterminadas evaluaciones de riesgos que sistemáticamente terminan diagnosticando que, si un trabajador padece estrés, es porque viene «de afuera», de su vida personal y familiar. En consecuencia, lo que hay que hacer es actuar sobre el sujeto que lo padece.

Llegamos así a la cuadratura del círculo: el lugar de intervención del técnico en la materia (nombrado «experto») es el enfermo y no las causas de su enfermedad. Con la ayuda, repito, de la psicología del conformismo, el estrés es definido como algo «no objetivo», puesto que es ante todo el producto de una percepción del individuo. El riesgo psicosocial encontraría pues su fuente (y no su causa) en una cierta percepción que el individuo tiene de sus recursos. Y si se trata de una percepción, es tratable con técnicas cognitivo-conductuales que lo vuelvan al redil de la «buena percepción» ajustada a la realidad del «así son las cosas».

Por fin, en un tercer momento, como es puramente psíquico y no causado, el riesgo psicosocial no tiene necesidad de autor para existir. En vez de poner el acento sobre las causas, nos lanzamos a la búsqueda infinita de los factores de riesgo y entonces nos perdemos en estadísticas cada vez más alocadas. De una concepción de la empresa como lugar de oposición entre asalariados y la dirección pasamos a una imagen de la empresa como entorno que comporta riesgos contra los que todos los colaboradores tienen interés en luchar. No hay ya más oposición entre «ellos» (la dirección) y «nosotros» (los asalariados), sino que se habla más bien de «todos nosotros» (todos los miembros de la empresa) y de un entorno con riesgos. En el interior de ese cuadro teórico, las medidas de lucha contra el sufrimiento no pueden ser más que de dos tipos: enseñar al asalariado a gestionar el riesgo psicosocial y/o intentar actuar sobre el «entorno con riesgos» y eso sólo en la medida en la que esa acción no contradiga los resultados de la empresa.

El término de riesgo psicosocial consigue hacer coexistir el reconocimiento de un trastorno y la imposibilidad de determinar su causa. Puesto que el «riesgo psicosocial» no tiene ni causa ni autor, nadie corre el riesgo de reconocer su existencia. Es una noción más ideológica que científica, pero tiene una virtud: crea por definición las condiciones de una negociación. Y si hay negociación, entonces el mediador es un bien público para estos menesteres.

3. LA UTILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE ACOSO

En el mes de diciembre del año 2012, las agrupaciones sindicales del Ayuntamiento de Granada presentaron, de común acuerdo, el resultado de un trabajo conjunto en forma de propuesta de «Protocolo de actuación en casos de acoso moral en los centros de trabajo dependientes del Ayuntamiento de Granada».

El Comité de Seguridad y Salud aprobó, en su día, el inicio de una serie de reuniones de carácter técnico que, agrupando a los técnicos de prevención y a los delegados de prevención de las distintas agrupaciones sindicales, permitieran elaborar un protocolo que tuviera en cuenta la propuesta ya presentada y tomara en consideración las experiencias que, a este respecto, se venían desarrollando en otras Administraciones Públicas. De esta forma, a lo largo del año en curso, el grupo de trabajo se ha venido reuniendo con seriedad y rigor y hemos podido avanzar hasta llegar a un «primer borrador» de protocolo que en el momento de redactar estas líneas está siendo revisitado a fin de ir puliendo las aristas y los detalles del mismo para terminarlo en un plazo corto.

Variada y múltiple ha sido la documentación que hemos manejado en estos meses. En los últimos años las Administraciones Públicas han trabajado el tema y algunas de ellas se han dotado de este instrumento preventivo y de actuación. Pero no todas se han detenido en «la utilidad de la mediación». No todas han llegado, como hemos llegado aquí, al punto crítico necesario para que la mediación entrase a formar parte necesaria de la «política» del protocolo. No todas las experiencias han dado a la mediación la importancia y el despliegue que realmente puede tener en este asunto de los riesgos invisibles que otros llaman «psicosociales».

Como voy a tratar de argumentar, la mediación es una herramienta de primer orden a la hora de intervenir en las primeras fases del abordaje de los posibles casos de acoso. Primeras fases del acoso que la literatura nombra, precisamente como de «conflicto».

Con el protocolo al que me estoy refiriendo, el Ayuntamiento como Administración que vela por la salud de sus trabajadores, da así un paso más en su política de prevención de riesgos laborales y se dota de un instrumento preventivo y de intervención que a tenor de las experiencias ya evaluadas se está mostrando como un «cortafuegos», como un «antivirus», frente a las serias consecuencias que para la salud laboral tiene el acoso en sus diferentes manifestaciones.

En la metodología de su elaboración y en la aplicación de sus medidas está siendo fundamental la participación de los empleados municipales. Pero también lo está siendo el concurso de diferentes disciplinas a la hora de «pensar los principios rectores». Salimos así del estrecho marco conceptual de la prevención de riesgos laborales en España y nos acercamos, por fortuna, a «lo multidisciplinar» que aprendemos de experiencias europeas que están siendo, en los últimos años, puestas en valor por los expertos de la propia Administración europea en la materia. Se trata, en suma, de abordar y resolver los conflictos y las distintas situaciones que pudieran dar lugar a una situación de acoso, sin la rigidez encorsetada de algunos profesionales que hacen de su supuesto saber el ejercicio de un poder que ya no se sostiene. Se trata también de salir del habitual fariseísmo preventivo que predica lo que hay que hacer pero que luego muestra su impotencia a la hora de dar el trigo que calmaría el hambre de seguridad y salud de los empleados a su cargo.

Lejos de cometer los errores que en buena parte de la literatura preventiva se cometen a este respecto, en el protocolo del Ayuntamiento de Granada se reconoce la importancia que algunos sistemas de organización de los servicios, de ciertos modos de circulación de la información y la comunicación, de algunas maneras de resolver los inevitables conflictos y también de algunos inadecuados estilos de mando, pueden tener sobre la aparición y el mantenimiento de las tensiones relacionales en el trabajo cotidiano. Se evita así, como digo, un abordaje individual y exclusivamente psicológico de los conflictos que están en la base de los comportamientos que, de no mediar una intervención decidida, darían lugar más tarde a los indeseables comportamientos de acoso.

El Ayuntamiento, de este modo, hace una apuesta, clara y decidida, de aplicación de la mediación como modo alternativo de resolución de conflictos. Y como no podía ser de otra manera, reconoce la riqueza que los acontecimientos imprevistos puedan tener en la aplicación del protocolo. Será precisamente «lo no previsto» lo que nos enseñe y oriente en la mejora periódica del funcionamiento del protocolo. En consecuencia, el Ayuntamiento considera que la mejor manera de intervenir sobre los comportamientos indeseables de acoso laboral, de acoso sexual y de acoso por razón de sexo es llevar a cabo de manera permanente una política de prevención y de mediación pegada al terreno, realista y ambiciosa que hemos denominado *política de análisis y mediación*, cuyos principios operativos comento a continuación.

El Ayuntamiento reconoce que, además de la importancia destacada del papel de la prevención primaria de los riesgos psicosociales, también es fundamental implantar políticas de mediación que, según las experiencias de los últimos años, se muestran útiles para abordar los posibles casos de acoso laboral, sexual o por razón de sexo, cuando los riesgos y situaciones que las pueden producir se detectan y se intentan corregir a tiempo.

Este posicionamiento proviene del interés común que pudiera darse en resolver las dificultades que aparezcan con el mínimo de tensión relacional y estrés para los funcionarios involucrados. Como norma general, cualquier intento para tramitar las quejas de posible acoso a partir de un procedimiento de acuerdo formal tendrá el

apoyo decidido del Ayuntamiento.

En consecuencia, cualquier empleado municipal que considere que está siendo acosado o que disponga de información de una posible situación de acoso laboral, sexual o por razón de sexo, o cualquier otra situación de discriminación, podrá exponer a la Comisión de Análisis y Mediación la conducta o conductas de acoso en cuestión y recibir, en contrapartida, la ayuda y el asesoramiento de manera inmediata, salvaguardando siempre la confidencialidad. Para ello podrá dirigirse a la Comisión de Análisis y Mediación, a los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales y al Comité de Salud.

El protocolo crea, pues, una «Comisión de Análisis y Mediación» que estará formado por diez miembros elegidos por el Comité de Seguridad y Salud. Cuatro de ellos serán técnicos de los servicios municipales de Prevención y de Igualdad. Los otros seis miembros serán empleados municipales con formación en materia de prevención, de mediación y con competencias en habilidades emocionales y sociales. A destacar que estos seis miembros de la comisión surgen de entre las candidaturas autopropuestas por los propios empleados municipales. Por fortuna, en el Ayuntamiento de Granada tenemos empleados con formación específica en materia de mediación. Serán los primeros a los que pidamos ayuda una vez pongamos en marcha los procedimientos previstos. Por otra parte, para no contribuir a la ceremonia de la confusión tan propia de la época, la Comisión de Análisis y Mediación no podrá estar en esas funciones más de dos mandatos consecutivos. Nos curamos así en salud a propósito de la deificación de los «expertos».

En cada caso concreto que llegue a la consideración de la comisión actuarán obligatoriamente cuatro miembros de la misma. Además de dos técnicos de los Servicios municipales de Prevención e Igualdad, los otros dos miembros serán elegidos por el funcionario que presenta la queja o reclamación.

Llegados a este punto, conviene destacar algunos de sus *procedimientos*, a modo de resumen del documento que en estos días se debate:

a) La Comisión de Análisis y Mediación se encargará específicamente de fomentar el principio de solución de las reclamaciones y para ello llevará a cabo el estudio y el análisis de la situación para emitir un informe de conclusiones y abrir, si hiciera falta, la posibilidad de mediación, salvo en los casos de posibles situaciones de acoso sexual.

b) Si así lo deciden, las personas afectadas y la Comisión de Análisis y Mediación podrán aproximarse de una manera no confrontada, con la intención de procurar resolver el problema de manera alternativa, y enfatizando la ganancia de todas las partes.

c) Cuando la Comisión de Análisis y Mediación emprenda y lleve a cabo las investigaciones pertinentes, notificará a las partes las actuaciones correspondientes y/o las propuestas que formule. Asimismo, informará al Comité de Seguridad y Salud del inicio del expediente y el cierre del mismo.

d) La Comisión de Análisis y Mediación tiene que actuar de manera independiente

e imparcial. En todo momento tendrá que respetar la confidencialidad del procedimiento. Cada uno de sus miembros firmará el documento de compromiso, respeto y confidencialidad. Su incumplimiento generará las medidas disciplinarías correspondientes.

e) Se dispondrá de una hoja de registro documentando las sesiones y las diferentes actuaciones en la que queden reflejadas la fecha y los datos relevantes de cada sesión firmada por las partes.

f) El análisis y estudio de la situación no se demorará más de treinta días. La Comisión de Análisis y Mediación redactará un informe con las conclusiones de su trabajo, que dirigirá al Comité de Seguridad y Salud en el mismo plazo mencionado.

g) En el caso de proponer llevar a cabo un proceso de mediación, el informe de conclusiones recogerá las medidas mediadoras consideradas. Estas medidas formarán parte del amplio abanico de alternativas posibles ante conflictos de esta naturaleza, y pasarán así a formar parte del banco de recursos preventivos municipales.

h) Los miembros de la Comisión de Análisis y Mediación disfrutarán de las mismas garantías que las establecidas en la legislación vigente para los representantes de los empleados públicos. Tendrán disponibilidad para poder llevar a cabo las funciones que en el protocolo se le encomiendan.

i) La Comisión de Análisis y Mediación tendrá la responsabilidad de tratar de resolver los desacuerdos mediante la investigación de los hechos, el diálogo y la participación activa de todos los interesados.

j) La Comisión de Análisis y Mediación presentará un informe a final de año al Comité de Seguridad y Salud sobre las actuaciones realizadas, las recomendaciones hechas y las medidas que haya tomado en el curso del año correspondiente, sin vulnerar la confidencialidad.

4. EN CONCLUSIÓN

Hace falta mucha paciencia para llevar a la consideración de los que deciden la utilidad de la mediación. A pesar de su utilidad directa en los tiempos actuales, hay que esperar la oportunidad de implantarla y no dejarla pasar.

Mi experiencia en mediación hasta el año 2006, cuando se creó el Gabinete de Atención al Personal en el Ayuntamiento de Granada, provenía de la «fuerza de los hechos». Una realidad tozuda me llevaba, una y otra vez, a tener que «mediar» en conflictos, dentro del amplio abanico de casos de «un psicólogo de barrio». Conforme iba teniendo que intervenir, tuve que ponerme, a toda prisa, a formarme con la voraz lectura de textos españoles y franceses en la materia.

Los primeros tiempos del Gabinete, los primeros casos que tuve que atender, me hicieron ver la necesaria aplicación de la formación adquirida en mediación, como una herramienta más, en el abordaje de los conflictos de carácter psicosocial. Podía haberme dedicado a hacer sólo «psicoterapia de la vida laboral» con los compañeros que venían a ser atendidos. Podía, en efecto, trabajar con ellos modelos adaptativos a

condiciones de trabajo, a modos de relación y a climas laborales insalubres. Pero entonces los fundamentos de mi formación hubieran crujido.

En esta materia, cuando las figuras de lo insoportable toman forma en la vida laboral, eludir, ignorar, omitir la dimensión simbólica del trabajo para reducirla (como hace buena parte de la psicología de las TCC) a su dimensión imaginaria, es un crimen. Y lo es, porque entonces la otra dimensión del trabajo, la real, la que tiene que ver con la satisfacción del trabajador y del empresario o, en este caso, de la Corporación, hace que aparezca un Otro (así con mayúsculas, como lo escribe Lacan) glotón y voraz que lo que transmite es la aniquilación de la dignidad y de la integridad moral del sujeto en cuestión.

Lo cierto es que tuve que hacer uso de la mediación desde un primer momento. Además del mínimo de la escucha respetuosa del sufrimiento del compañero, la mediación me permitía abrir un horizonte, una perspectiva, en la que el conflicto pudiera ser negociado. Negociación entre el jefe inflexible y el subordinado incómodo, entre compañeros celosos, entre compañeros de distinto signo sindical. Negociación en el oscuro entramado de intereses contrapuestos que se dan en una Administración local y que todos piensan como irresolubles.

En el fondo y en las formas ha sido como introducir un almohadón compasivo, una cucharadita de jarabe de humanidad en la dieta cotidiana de un colectivo de empleados públicos. Y hacerlo justamente en una época en la que comenzaban a dejarse sentir los efectos de las bombas de racimo de la disolución de los tradicionales vínculos entre funcionarios. El individualismo democrático de masas también había llegado al interior de la vida laboral de mis compañeros.

La mediación es, de hecho, una política de reducción del daño.

Edición en formato digital: 2015

© JESÚS AMBEL BURGOS, ESTANISLAO ARANA, DANIELA PATRICIA ALMIRÓN, DIEGO BECERRIL RUIZ, M. JORGE BOLAÑOS CARMONA, FELIPE BURGOS FERNÁNDEZ, JOSÉ CANO ARIZA, MIGUEL ÁNGEL DE LA CRUZ MÁRQUEZ, JUAN ANTONIO CRUZ PARRA, M.ª TERESA DÍAZ AZNARTE, FRANCISCA EXPÓSITO JIMÉNEZ, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, EDUARDO GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE, ROSA M. GONZÁLEZ DE PATTO, M.ª ISABEL GRANADOS ROMERA, FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA, M.ª JESÚS JIMÉNEZ LINARES, ANTONIO M. LOZANO MARTÍN, RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE, M.ª NIEVES MORENO VIDA, MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, ASENSIO NAVARRO ORTEGA, JAVIER NISTAL BURÓN, GUILLERMO OROZCO PARDO, MÓNICA ORTIZ COBO, F. JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JULIA RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, JOSÉ SUÁREZ TASCÓN, SEGISMUNDO TORRECILLAS LÓPEZ, JAVIER VALENZUELA GARACH y JOSÉ LUIS ZACCAGNINI, 2015

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

© Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2015

Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
infotecnos@tecnos.es

ISBN ebook: 978-84-309-6545-8

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

Conversión a formato digital: calmagráfica

www.tecnos.es

Índice

Presentación 10
Prólogo a esta edición 12
Prólogo a esta edición 14
Parte primera. Teoría del conflicto y mediación 17
Capítulo I. El conflicto en la mediación 18
A) La perspectiva psicológica 18
1. Introducción: conflicto psicológico y mediación 18
2. Psicología básica para analizar los conflictos interpersonales emocionales 22
3. Estructura y dinámica psicológica de los conflictos interpersonales 27
4. Epílogo: mediación y cultura de la paz 37
5. Bibliografía 39
B) Sociología y conflicto social 40
1. El conflicto social 40
2. G. Simmel 41
3. K. Marx 43
4. T. Parsons 44
5. L. A. Coser 45
6. R. Dahrendorf 46
7. La escuela de Frankfurt: J. Habermas 47
8. Conclusiones 48
9. Bibliografía 49
Capítulo II. Los dilemas en mediación o cómo crear relaciones beneficiosas 50
1. La estructura del conflicto. Las preguntas 50
2. Los esquemas del análisis racional de las preferencias 56
3. Los dilemas: peligro, sensatez y bloqueo. Las respuestas 61
4. Bibliografía 66
Capítulo III. Régimen jurídico de la mediación 67
1. La mediación como figura a regular por ley 67
2. La mediación como contrato 68
3. La mediación sirve a la seguridad jurídica 70
4. Bibliografía 78
Capítulo IV. La negociación 79
1. Introducción 79
2. El desarrollo teórico y empírico de la teoría de la negociación 81

3. El proceso de negociación 87
4. Conclusiones 90
5. Bibliografía 91
Capítulo V. La mediación como proceso de gestión y resolución de conflictos 92
1. Introducción 92
2. Conceptos y definiciones 93
3. Principios y objetivos de la mediación 96
4. Fases de la mediación 99
5. Modelos teóricos de mediación 104
6. Bibliografía 106
Capítulo VI. El estatuto del mediador 108
1. Premisa 108
2. El estatuto del mediador 109
3. El mediador concursal. Su estatuto (remisión) 117
4. Otros mediadores. El mediador familiar como referente 118
5. Bibliografía 119
Capítulo VII. Técnicas de mediación y habilidades sociales y comunicativas 122
1. Introducción 122
2. La importancia del mediador en el proceso de mediación 123
3. Características del mediador 124
4. Habilidades sociales y comunicativas 125
5. Habilidades del mediador y la comunicación verbal 126
6. Habilidades sociales y la comunicación no verbal 130
7. Habilidades sociales y su importancia en el proceso de mediación 131
8. Evaluación de la eficacia del proceso de mediación 136
9. Bibliografía 137
Parte segunda. La mediación civil 138
Capítulo VIII. La familia del siglo XXI 139
1. ¿Hay nuevas familias? 140
2. Legislación y cambios familiares 141
3. Estructura e individuo en los comportamientos familiares 143
4. Las nuevas relaciones 146
5. Familias con futuro 149
6. Bibliografía 149
Capítulo IX. La mediación familiar 151
A) Régimen legal de la mediación familiar. Especial referencia a la legislación andaluza 151
1. La incorporación de la mediación en el marco de los conflictos 151

familiares 151

2. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles 154

3. La Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles 156

4. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía 160

5. Bibliografía 170

B) Derecho de familia y mediación familiar 171

1. Introducción 171

2. Derecho de familia y mediación 175

3. Ventajas de la mediación familiar 180

4. Bibliografía 182

Capítulo X. La relevancia de la mediación en el marco de la patria potestad y la tutela 183

1. La mediación en la patria potestad 183

2. La mediación en la tutela 193

3. Bibliografía 195

Capítulo XI. La mediación en consumo 196

1. Introducción 196

2. Aspectos generales sobre la mediación en los conflictos de consumo 197

3. La regulación de la mediación en consumo: estado de la cuestión 201

4. La mediación en el marco del sistema institucional arbitral de consumo 204

5. La mediación electrónica. Especial referencia al ámbito de consumo 208

6. Bibliografía 211

Parte tercera. Mediación mercantil y comercial 212

Capítulo XII. Mediación en asuntos mercantiles 213

1. Del contrato de mediación mercantil a la mediación mercantil (introducción) 213

2. La Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM) 214

3. Los conflictos en Derecho privado. Asuntos civiles y mercantiles 216

4. Instituciones de mediación en el ámbito de los asuntos mercantiles 218

5. Principios informadores de la mediación (y su interés en los asuntos mercantiles) 219

6. Las partes y la mediación mercantil 223

7. Algunos sectores de la contratación mercantil y el recurso a la mediación 226

8. Consideración final 230

9. Bibliografía 231
Capítulo XIII. La mediación societaria 234
1. Mediación societaria 234
2. Bibliografía 240
Capítulo XIV. La mediación bancaria 241
1. Las controversias en el ámbito bancario: instrumentos de solución extrajudicial 241
2. Los beneficios de la mediación bancaria: sus principios informadores 242
3. El supuesto especial de la mediación hipotecaria 243
4. Regulación legal de la mediación bancaria 244
5. Las fases de la mediación bancaria 245
6. Bibliografía 246
Capítulo XV. La mediación como solución a los conflictos deportivos 247
1. Derecho mercantil, deporte y mediación 247
2. Mediación en la legislación deportiva 249
3. Bibliografía 251
Capítulo XVI. Mediación y contratos de distribución comercial. La franquicia 252
1. Aproximación a los contratos de distribución comercial 252
2. Conflictividad en los contratos de distribución. La franquicia y la mediación 253
3. El mediador especializado 257
4. Consideración final 259
5. Bibliografía 260
Capítulo XVII. La mediación concursal 262
1. Aproximación al concepto de concurso y al de acuerdos preconcursales 262
2. Acuerdos extrajudiciales en la experiencia del Derecho comparado 264
3. Acuerdos extrajudiciales de pago y mediación concursal 265
4. El mediador concursal y su función 268
5. Consideración crítica sobre la mediación concursal 272
6. Bibliografía 274
Parte tercera. La mediación social 276
Capítulo XVIII. La mediación aplicada al ámbito educativo 277
1. Introducción 277
2. La mediación como proceso para la mejora de la convivencia en los centros educativos 278
3. Funciones del mediador: formación, asesoramiento e intervención 283
4. Las aulas de convivencia con espacio para la gestión de conflictos y 287

4. Las aulas de convivencia con espacio para la gestión de conflictos y mejora de la convivencia 287
5. Conclusiones 290
6. Bibliografía 291
Capítulo XIX. Escuela e interculturalidad: construcción de la mediación intercultural escolar 292
1. Mediación intercultural 292
2. Mediación intercultural escolar 295
3. Conclusiones 298
4. Bibliografía 299
Capítulo XX. La mediación intercultural 301
1. Un punto de partida: la mediación 301
2. Características a considerar en una mediación intercultural 302
3. La importancia del mestizaje intercultural 303
4. Terapias para una mediación en los conflictos culturales 309
5. Algunas conclusiones 311
6. Bibliografía 312
Capítulo XXI. Mediación en ámbitos vecinales y comunitarios 313
1. Consideraciones iniciales 313
2. Vecino y comunidad 318
3. Mediación en ámbitos vecinales y comunitarios 319
4. Relato de casos 323
5. Reflexión final 326
6. Bibliografía 327
Capítulo XXII. Mediación policial 328
A) La mediación policial 328
1. Introducción 328
2. ¿Qué es la mediación policial? 330
3. Las infracciones «estrella» de la mediación policial 331
4. El proyecto conjunto Universidad de Granada-Cuerpo Nacional de Policía 333
5. Conclusiones 335
6. Bibliografía 336
B) Mediación social o comunitaria en sede policial 338
1. Principios de la mediación en el ambito policial 338
2. ¿Cómo nace la idea de mediación en sede policial? 339
3. ¿Qué lugar ocupa o puede ocupar el CNP? 339
4. ¿Casa la mediación con los objetivos específicos del CNP? 340
5. ¿Qué objetivos se han marcado en el convenio? 341

6. Diferencia entre justicia retributiva y restitutiva 341
7. Otro modo de entender el conflicto 342
8. ¿Cómo puede ser la respuesta del CNP? 343
9. Casos prácticos 344
Capítulo XXIII. La mediación penal 350
1. Mediación penal con adultos 350
2. Mediación penal con menores 364
3. Bibliografía 371
Capítulo XXIV.La mediación en el ámbito penitenciario 373
A) Penas privativas de libertad y mediación penitenciaria 373
1. Penas privativas de libertad y mediación penitenciaria 373
B) El conflicto en prisión y la necesidad de su resolución pacífica 379
1. Introducción 379
2. El conflicto en prisión 380
3. El conflicto como fracaso de la institución penitenciaria 381
4. La mediación penitenciaria como mecanismo de solución pacífica del conflicto en prisión 383
5. Bibliografía 383
C) Cómo se realiza el programa de mediación en los centros penitenciarios españoles 385
1. Consideraciones generales 385
2. Protocolo previo al procedimiento de mediación penitenciaria 386
3. Consideraciones finales 389
D) La mediación en el Derecho penitenciario. Su necesaria implantación en el ámbito de la ejecución penal 392
1. Introducción 392
2. La necesaria implantación de la mediación en el Derecho penitenciario 394
3. Conclusiones 396
4. Bibliografía 396
Capítulo XXV.La solución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: especial referencia al arbitraje 398
1. Panorama general de la «justicia administrativa» en España: la resolución judicial de conflictos como medio natural de control de las Administraciones Públicas y su necesaria flexibilización 398
2. Conciliación, mediación y transacción: su reducido papel en el Derecho administrativo 400
3. El arbitraje en el Derecho administrativo español 403
4. La Administración en su papel de árbitro: especial referencia al sector del transporte terrestre y al de consumidores y usuarios 409

del transporte terrestre y al de consumidores y usuarios
5. A modo de recapitulación: el arbitraje como verdadero, aunque limitado, instrumento para la resolución de conflictos de carácter extrajudicial en el ámbito del Derecho administrativo 410
6. Bibliografía 412
Parte quinta. Mediación laboral 414
Capítulo XXVI. Teoría general del conflicto laboral 415
1. El conflicto laboral 415
2. Ordenación jurídica general de los conflictos de trabajo: principios y mecanismos de solución heterónomos y autónomos 434
3. Bibliografía 442
Capítulo XXVII. La mediación en los mecanismos de expresión del conflicto laboral. Mediación y huelga 450
1. Transformaciones del conflicto colectivo laboral y huelga 450
2. El Derecho y la huelga 451
3. Titularidad del derecho de huelga 454
4. Modalidades de huelga 455
5. Procedimiento de realización de la huelga 460
6. Límites constitucionales en el ejercicio del derecho de huelga: los «servicios esenciales para la comunidad» 465
7. Modos de terminación de la huelga (el «arbitraje obligatorio») 467
8. Efectos de la huelga 469
9. Bibliografía 470
Capítulo XXVII. Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español. ¿Un espacio para la mediación? 472
1. Nociones previas 472
2. La mediación laboral en el contexto de la flexibilidad interna y externa 476
3. Flexibilidad interna y externa en el v acuerdo sobre solución autónoma de conflictos 488
4. Bibliografía 490
Capítulo XXIX. La negociación directa para la solución de conflictos. La negociación colectiva y mediación 491
1. El convenio colectivo como manifestación formal de la autonomía colectiva 491
2. Régimen jurídico del convenio colectivo 493
Capítulo XXX. La mediación en los mecanismos de solución autónoma de conflictos de origen estatal 515
1. Introducción 515
2. La mediación como vía para solventar el conflicto laboral 517

3. El procedimiento administrativo de conflicto colectivo 518
4. Conciliación o mediación previas a la vía judicial 523
5. Actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en la resolución del conflicto 526
6. Los servicios públicos estatal y autonómicos de mediación y conciliación 527
7. Confirmación del carácter residual del procedimiento administrativo de conflicto colectivo 528
8. Reflexión final 529
9. Bibliografía 531
Capítulo XXXI. Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional 533
1. Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales creados por la negociación colectiva: la solución autónoma de conflictos 533
2. Régimen jurídico de los sistemas autónomos de solución de conflictos 537
3. Los procedimientos de solución de conflictos previstos en los acuerdos estatal y autonómicos: rasgos comunes 547
4. El procedimiento de mediación en los sistemas autónomos de solución de conflictos: régimen jurídico 548
5. Bibliografía 558
6. Anexo 559
Capítulo XXXII. La mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social 562
1. La potenciación de la mediación como medio de solución de conflictos laborales. El marco normativo europeo y español 562
2. La mediación y sus límites externos 564
3. Mediación y proceso laboral 567
4. La mediación intrajudicial en sentido estricto: la derivación a mediación desde los Juzgados de lo social 573
5. Balance de los proyectos piloto de mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social 583
6. Bibliografía 585
Capítulo XXXIII. La mediación en conflictos laborales psicosociales 586
1. Experiencia de mediación en una Administración Local 586
2. Los riesgos psicosociales o el sufrimiento como daño colateral 589
3. La utilidad de la mediación en la elaboración de un protocolo de actuación en materia de acoso 595
4. En conclusión 598
Créditos 600