

Mediación y Juzgados de lo Social: un encuentro entre alternativas

opina

Rosario García Álvarez. Magistrada, Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

MEDIACIÓN Y JUZGADOS DE LO SOCIAL: UN ENCUENTRO ENTRE ALTERNATIVAS. 1. LA MEDIACIÓN Y EL CONFLICTO INDIVIDUAL DE TRABAJO. 2. RASGOS DISTINTIVOS DE LA MEDIACIÓN: EL POR QUÉ DE SU ÉXITO. 3. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL: A) UNA NECESIDAD, UNA INSATISFACCIÓN. B) OBJETIVOS Y BENEFICIOS. C) «PRE», «INTRA», «POST». D) RESTRICCIÓN DE MATERIAS. E) LOS RIESGOS Y LAS LIMITACIONES. 4. LOS EFECTOS POSITIVOS DEL CONTACTO.

1. La mediación y el conflicto individual de trabajo

La mediación no es un fenómeno nuevo en el mundo laboral, antes al contrario, ha sido usada en el mundo del trabajo con éxito desde hace décadas en muy diferentes países y entornos culturales mucho antes de su expansión a otros campos como el civil o el mercantil puro. Justa tributaria de su éxito en el ámbito laboral se entiende perfectamente su «importación» por otros sectores del ordenamiento y el interés que despierta para el sistema público estatal de resolución de conflictos: la Administración de Justicia.

En efecto, el convenio colectivo como norma negociada, fuente de compromisos, obligaciones y derechos para las partes es causa de numerosos e intensos conflictos a los que no siempre el sistema judicial puede dar una respuesta adecuada, sencillamente porque la visión estrictamente jurídica, sea cual sea, es esencial y necesariamente estrecha y está delimitada por contor-

nos precisos en sus planteamientos no pudiendo atender a otros valores o intereses económicos, de oportunidad, de mercado, sociales, empresariales, personales que en muchas ocasiones son los que realmente están en juego.

El sistema judicial clásico es un sistema de adversarios y de confrontación, estando tradicionalmente diseñado para dar una determinada forma a la disputa, al proceso de su resolución y a las soluciones posibles. El juicio funciona por medio de la polarización de los papeles de las partes (el demandante y el demandado, el acusador y el acusado) exacerbando el antagonismo como origen del conflicto. Por medio del proceso judicial las partes presentan ante el juez un conflicto que siendo más o menos amplio en sus implicaciones y ramificaciones, se convierte en una disputa de perfiles estrechos y delimitados, en un hecho o acontecimiento legalmente definido que pueda ser manejado por el juez¹.

Por ello, la sentencia perfectamente «ajustada a derecho» (que delimita 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 ambas partes, porque la verdadera «causa» del conflicto más amplio que se encuentra detrás de la concreta disputa jurídica va a ser ignorada por el juez, incluso deliberadamente, para poder manejar legalmente la con-

¹ Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *El juez como mediador ¿es conveniente, es posible?* «Diario La Ley», Nº 7721, Sección Doctrina, 24 Oct. 2011, Año XXXII, La Ley 17045/2011.

troversia tal y como ha sido definida por las partes y poder aplicar la ley.

Estas características del sistema judicial son sumamente beneficiosas para cierto tipo de tareas, conflictos y partes pero, al mismo tiempo, incompatibles para resolver satisfactoriamente muchos tipos de disputas y, sobre todo, para la percepción de «justicia» que tiene el ciudadano, ciertamente alterada cuando el resultado obtenido se ve además aderezado por retrasos, costes inesperados, incertidumbre, trámites prolongados y, también hay que decirlo, por ausencia de participación, voz y muchas veces tratamiento respetuoso hacia las partes.

Desde este planteamiento la solución negociada de los conflictos laborales es especialmente importante y necesaria. Por un lado, porque en la relación laboral y en el conflicto derivado de ella muchos son los factores no jurídicos que inciden y prevalecen, incluso aunque sea posible el planteamiento estrictamente técnico-jurídico de un conflicto altamente personalizado o con un componente personal muy fuerte. Por otro, porque la solución ágil de ciertos conflictos laborales es a veces imprescindible y en otros altamente eficaz, desarrollando una tarea preventiva de problemas, complicaciones y generación de costes mucho mayores². Finalmente, porque la relación laboral entre las partes puede quedar permanentemente alterada cuando entregan el control de la resolución del conflicto y la decisión al juez cuya primera y principal preocupación va a ser la aplicación de derechos y obligaciones en vez de los intereses de las partes.

La resolución judicial del conflicto laboral en muchas ocasiones no va a tratar el centro del problema que permanecerá latente y, al establecer claramente las figuras de un vencedor y un vencido, puede tener un efecto adverso, no querido y potencialmente letal: intensificar el conflicto entre las partes de la relación laboral que sigue viva, provocando en no pocas ocasiones su destrucción total.

Una demanda acerca de una reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas del desempeño

² Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *Los Procedimientos de Mediación y Arbitraje en la Reforma. Una Oportunidad Perdida*, «Diario La Ley», N.º 7488, Sección Tribuna, 14 Oct. 2010, Año XXXI, Ref. D-310, La Ley 13224/2010.

de una superior categoría quizá esté enmascarando otros temas mucho más importantes entre el empresario y el trabajador. Decidir si un despido ha sido por justa causa puede dejar sin resolver problemas más graves que están afectando al resto de trabajadores y, con ello, a la productividad y a la propia supervivencia de la empresa. Por otro lado, las últimas reformas laborales han flexibilizado determinadas decisiones empresariales dificultando la solución de los conflictos si no se atiende al mismo tiempo a esos otros elementos no jurídicos y/o personales que muchas veces además deben conjugarse con otras valoraciones sobre conceptos indeterminados como la buena fe, la oportunidad, el abuso, la similitud con otras situaciones... para poder aplicar un criterio jurídico que también es incierto por la propia ambigüedad de su formulación legal.

Es fácil imaginar una relación comercial en la que las partes no lleguen nunca a tener un posterior contacto entre ellas y que tal situación no genere mayor problema, pero una simple terminación de una relación laboral por medio de un despido puede afectar y tener consecuencias para el resto de la plantilla y para la misma empresa, incluso para su clientela y sus potenciales relaciones comerciales, no pudiendo aquéllas ser manejadas a través de una sentencia tan fácilmente como en una negociación entre los directamente implicados facilitada por un tercero. Esta comunicación, esta negociación y las discusiones que se producen en la misma pueden hacer mucho más que el proceso judicial para ayudar a las partes a cubrir sus intereses y necesidades y a la relación futura que puedan mantener.

Obvio es que las partes por sí mismas pueden resolver el conflicto por medio de negociaciones directas, y afortunadamente muchas veces así ocurre a la puerta misma de la sala de vistas, pero es innegable que la intervención de un tercero neutral facilitando la comunicación y la negociación entre las partes, o ayudándolas a resolver no solo el asunto que las ha llevado al juzgado sino los problemas subyacentes, atendiendo y apreciando sus intereses y el futuro de la relación, supone un «plus», un valor añadido que debe ser valorado y potenciado como algo necesario e imprescindible no solo por el legislador sino dentro del propio proceso judicial por medio de cuantos mecanismos sean posibles.

2. Rasgos distintivos de la mediación: el por qué de su éxito

Conciliación y mediación son términos muy diferentes con significados también distintos³. Qué es conciliación y cómo se desarrolla en la práctica es algo conocido para los laboristas y que, además, daría lugar a una extensa literatura (especialmente relacionada a la conciliación procesal: cuál es el rol judicial y sus límites, su larga tradición y su paralela permanente falta de regulación y de formación expresa al respecto...). La conciliación, además, puede venir referida al trámite previo obligatorio al proceso, constituido como requisito pre-procesal, o al trámite de gestión procesal para la resolución extrajudicial del asunto realizada por el órgano judicial (el secretario o el juez).

Sabido es que la conciliación administrativa es un trámite pasivo para las partes, 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 han logrado por sí mismas utilizando las previsiones legales para la constitución formal de un título ejecutivo.

La mediación por el contrario es un proceso diferente porque el mediador, a diferencia del juez o del árbitro, carece de toda autoridad para imponer la decisión a las partes y, además, no debe guardar relación alguna con el proceso judicial al que la disputa o conflicto se refiere: el mediador solo puede ayudar a las partes a negociar. No aprueba el acuerdo, ni lo homologa, ni decide su contenido, ni si el mismo es contrario a los intereses de tercero, o al orden público.

Como decimos, el mediador solo facilita el proceso de negociación y en esta tarea debe respetar dos elementos esenciales: 1) que la decisión, la última palabra, descansa exclusivamente en las partes; y 2) que como consecuencia, no tiene poder ni autoridad alguna para imponer soluciones.

Todos los proponentes de la mediación se encargan de destacar su promesa: cuando resulte apropiada, la mediación tiene la capacidad de producir una resolución mejor y más satisfactoria de la disputa a un menor coste que el resultado de un proceso judicial, tanto desde un punto de vista material como psicológico. La mediación puede ser más flexible y responder mejor a valores humanos, al prestar menor atención al dictado de las normas sustantivas y procesales que tienden a presidir las negociaciones, incluso informales, entre abogados.

Muchas son las razones que se dan para el éxito de la mediación y que justifican que pese a la larga tradición con que cuenta la conciliación poco a poco se haya ido poniendo la mirada en otro tipo de intervención del tercero imparcial con un mayor protagonismo de las partes quienes, en definitiva, son las dueñas y deben ser las gestoras de su conflicto:

1. **FLEXIBILIDAD:** es una de sus principales características y consiste, simplemente, en la posibilidad de diseñar el proceso en función del concreto usuario para satisfacer las necesidades de las partes y resolver la disputa. El procedimiento judicial se caracteriza por ser un procedimiento reglado de carácter inflexible.
2. **INFORMALIDAD:** aun cuando la mediación se desarrolla en un ambiente de cierta formalidad, ésta nunca es comparable a la de un juicio, siendo la atmósfera relajada. El procedimiento judicial y su acto cumbre, el juicio, es un acto ritual sumamente formal.
3. **CONTROL:** tanto sobre el proceso como sobre el resultado: las partes pueden elegir la persona que actúa como mediador, deciden cómo se desarrolla el proceso, cuánto dura, cómo es el resultado y, por supuesto, si les conviene o no. Como consecuencia el riesgo en cuanto al resultado es menor al existir una también menor exposición a resultados no previsibles o no deseados para una de las partes como es normal en una sentencia. En el procedimiento judicial las partes solo conservan un control muy limitado del proceso siendo el resultado relativamente previsible pero en todo caso incierto.
4. **CREATIVIDAD:** no solo en el diseño del proceso, sino también en el elenco de soluciones posibles, siendo factible y conveniente explorar múltiples opciones. Las soluciones judiciales son tasadas, no permiten la creatividad ni tomar en consideración aspectos no jurídicos.
5. **PARTICIPACIÓN:** de las partes, que tienen la oportunidad de hablar, ser oídas y escucharse mutuamente.

³ Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *Mediación y Libertad de las partes para mediar en el proceso laboral*, «Diario La Ley», N.º 7806, Sección Doctrina, 27 Feb. 2012, Año XXXIII, La Ley 887/2012

te si lo desean de una forma directa, y no a través de sus abogados. En el procedimiento judicial los abogados o los asesores legales como el graduado social en el proceso laboral son con frecuencia los protagonistas reduciéndose la intervención de las partes al mínimo, siempre de forma tasada.

6. **PRIVACIDAD:** en el desarrollo del proceso e incluso en el resultado si las partes lo desean. Podríamos decir que «los trapos sucios quedan en casa» porque hay una obligación de confidencialidad. El juicio es público, a puertas abiertas.
7. **ECONOMÍA:** de tiempo, dinero y stress. La mayoría de los asuntos en mediación se resuelven en un solo día y en una o dos horas. Se reducen de esta forma los recursos personales y materiales que se destinan a la resolución del conflicto. La litigación es cara en términos económicos y de empleo de recursos materiales y humanos para las partes y para el Estado, a veces de forma desproporcionada en relación con el valor del asunto en cuestión. La resolución es lenta y el retraso y la incertidumbre originan stress.
8. **COMPROMISO:** los resultados logrados en mediación suelen alcanzar un alto grado de cumplimiento voluntario sencillamente porque se ha participado en el diseño de su construcción. Con ello se evita también la antipatía entre las partes generada por el resultado judicial, que normalmente no es cumplido de forma voluntaria.
9. **EDUCACIÓN:** en cuanto tiene la capacidad de enseñar a las partes a dialogar, comprender la postura del otro y cómo resolver sus disputas en el futuro por sí mismas, potenciando la autodeterminación del sujeto y reconstruyendo relaciones rotas o dañadas por el conflicto.
10. **SATISFACCIÓN:** es el resultado y la suma de todos los otros elementos.

3. Mediación intrajudicial

A) Una necesidad y una insatisfacción

Los últimos años la Jurisdicción de lo Social ha venido experimentando un incesante incremento del volumen de trabajo que ha llevado a la reconsideración del uso de la conciliación y de otras técnicas de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, capaces de resolver las disputas de una forma más rápida, con

menor coste y más atractiva por sus resultados para las partes.

El tradicional punto de vista de que el juzgado es el sitio idóneo para resolver todos o al menos la gran mayoría de los asuntos relativos a los derechos de los trabajadores, la burocratización evidente que han experimentado las tradicionales vías administrativas previas obligatorias al proceso, el entorno de crisis económica en el que estamos inmersos junto a las constantes reformas legales han abierto el camino a un expreso reconocimiento de que los juzgados carecen de suficientes recursos, humanos y materiales, para gestionar de forma eficiente y satisfactoria la demanda social de litigación laboral y, lo que es más importante, al expreso reconocimiento de que la respuesta judicial no resulta adecuada para muchos tipos de conflictos, sean estos jurídicos o de intereses. El fenómeno, por otro lado, no es exclusivo del orden jurisdiccional social sino que, antes al contrario, la crisis es mucho más profunda en la justicia civil.

Con el deseo de tratar de solucionar esta especie de «crisis permanente» en la que se encuentran los juzgados muchas han sido las reformas procesales que en los últimos años se han destinado a modernizar y agilizar la Administración de Justicia y dentro de ellas muchos han sido también los intentos del legislador para potenciar el acuerdo y la resolución extrajudicial de las disputas dentro del propio proceso, poniendo incluso su mirada en la figura de una persona neutral, normalmente el juez, otras veces el secretario, incluso terceros externos, que faciliten las negociaciones entre las partes para tratar de resolver ciertos aspectos que, con seguridad, no podrían resolverse satisfactoriamente a través del proceso judicial. Esto es particularmente cierto en el ámbito laboral donde la relación entre las partes, sea colectiva o individual, está llamada a continuar en el futuro sobreviviendo al efecto del inmediato conflicto que entre ellos existe.

Desde este punto de vista el expreso interés del legislador plasmado en diferentes leyes (a nivel estatal la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles o la Ley 36/11 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), recomendando y posibilitando el uso de la mediación, vinculándola de forma expresa al proceso judicial, es la manifestación de una

necesidad de cambio en el sistema de justicia tratando de dar respuesta a una demanda social de lograr una resolución satisfactoria y rápida de los conflictos.

Por otro lado, ni la sociedad ni un sector de los juzgados han permanecido inmunes o pasivos ante una justicia que no resulta eficaz, no parece moderna, no es ágil y no satisface las necesidades. Antes al contrario, hay una presión permanente acerca de la reforma del sistema de justicia que es la señal de una preocupación constante acerca de sus costes para las partes y para el Estado y de sus permanentes retrasos y, lo que es más importante, de una insatisfacción profunda tanto de los usuarios como de aquellos llamados a prestar el servicio de justicia, especialmente los jueces que experimentamos una quiebra de nuestra identidad profesional al no cubrir eficazmente las necesidades que se nos demandan socialmente.

Como consecuencia de esta insatisfacción muchas han sido las iniciativas que se han venido desarrollando en los últimos años al amparo de los huecos interpretativos que las normas permitían tratando de desarrollar y ofrecer una resolución rápida, satisfactoria e informal de las disputas. Distintos sectores de profesionales en diferentes ámbitos y esferas, desde trabajadores sociales, abogados, psicólogos, jueces, pedagogos, profesores y un largo etcétera han experimentado con diferentes tipos de prácticas centradas en la búsqueda de soluciones efectivas, depositando su confianza en procesos de resolución poco complejos basados en intereses y que no requieran la inversión de grandes cantidades de tiempo y dinero, como es el caso de la mediación. Una de estas manifestaciones ha sido el desarrollo de diferentes programas de mediación vinculados a los juzgados, todo ello con el objetivo de potenciar la solución negociada en el marco del proceso judicial en la forma más satisfactoria para las partes⁴.

La posterior consagración legal del uso de la mediación ha sido la señal evidente de que la orientación negociada en la solución de los conflictos, de cualquier índole, está aquí para permanecer.

⁴ Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *La Derivación a Mediación desde el Juzgado de lo Social: una Nueva Vía de Acceso a la Justicia*. «Diario La Ley», N° 7413, Sección Tribuna, 31 May. 2010, Año XXXI, Ref. D-184, La Ley 3920/2010.

B) Objetivos y beneficios

Las razones expuestas en las páginas que preceden no son las únicas que podrían aducirse sobre la conveniencia y utilidad de adoptar la mediación como método de resolución de los conflictos laborales sino también para potenciar su utilización en el marco del propio proceso judicial sobre todo de los conflictos individuales de trabajo, que constituyen el núcleo primordial de nuestra actividad y que, además, reciben una menor atención o a veces ninguna por parte de los órganos administrativos o de aquéllos creados por la negociación colectiva.

Cualquier debate acerca del reciente desarrollo de la mediación intrajudicial o mediación vinculada a los juzgados así como de la incorporación de una u otra forma del proceso de mediación al proceso judicial sea este civil, familiar, laboral o de otra índole, y en general, del uso que la judicatura vaya a hacer del proceso de mediación, no puede dejar de afrontar una cuestión clave cuál es la de identificar qué valor o valores son los más importantes para nosotros, los jueces. Identificar estos valores nos ayudará a tomar las decisiones adecuadas que nos permitan avanzar en su desarrollo y protección cuando sean varias las opciones posibles.

Los juzgados (y el legislador) pueden tener muchos y muy variados motivos para recurrir a la mediación aunque generalmente pueden agruparse en una serie de categorías:

D) Objetivos de justicia procesal: aumentar el grado de satisfacción de las partes

Uno de los objetivos más importantes y principales para muchos juzgados que deciden utilizar, potenciar o recurrir a la mediación es mejorar la experiencia que las partes tienen cuando están resolviendo su disputa. Algunos jueces enmarcan la cuestión en términos de percepción de la justicia por el ciudadano, otros en términos de satisfacción con el servicio recibido. En cualquiera de sus formas, servir y atender a las partes debidamente proporcionando métodos de resolución satisfactorios y adecuados a su disputa es la motivación central.

Mejorar la experiencia de las partes es un factor que puede jugar de diferentes maneras en función del tipo

de juzgado, de proceso e incluso del momento procesal correspondiente. Por ejemplo, en un juzgado de familia y en un proceso de divorcio, el programa de mediación puede incrementar la satisfacción de justicia procesal simplemente porque los cónyuges han tenido un papel en el proceso de toma de decisiones que les afectan y la posibilidad de ser oídos. En un juzgado de menores, un programa de justicia restaurativa puede incrementar el grado de satisfacción de las víctimas al entender por qué tuvo lugar el delito, o al recibir una disculpa. En un juzgado de lo Social, una mediación puede dar a las partes enfrentadas la satisfacción de poder hablar en un entorno neutro y protegido, comprender la postura y las necesidades e intereses del otro, que es lo que realmente está en juego y restablecer el diálogo, preservar la paz laboral y la futura pervivencia de la relación laboral. A menudo, el principal obstáculo para el acuerdo lo representa el componente emocional que subyace al conflicto. Una vez que las emociones se han expresado y manifestado, el camino hacia el acuerdo suele quedar abierto⁵.

Estos objetivos se enmarcan en la línea de justicia procedimental o procesal, que es diferente a la justicia distributiva ésta última relacionada con la satisfacción con el resultado, centrándose en el mismo y en el éxito obtenido en relación con la respectiva pretensión. La justicia procedimental, por el contrario, se relaciona con la percepción de justicia en los procedimientos que se utilizan para llegar a un concreto resultado.

Numerosas investigaciones han puesto de manifiesto que la justicia procedimental importa al ciudadano de manera profunda afectando al enjuiciamiento y a la valoración de la justicia distributiva que otorga el resultado, al grado de cumplimiento del mismo así como a la fe y confianza en la legitimidad de la institución que ofrece y aplica el procedimiento, demostrando que el ciudadano presta mucha atención y da una gran importancia a la forma en cómo se hacen las cosas, es decir, a cómo se desarrolla el proceso de resolución de su disputa y a los matices del tratamiento que recibe. Los investigadores han confirmado de forma repetida que las partes que experimentan un proceso satisfactorio de resolución considerarán con más probabilidad que el resultado es justo, con independencia de si

⁵ Vid. JOHN BATES, JR., *Using Mediation to Win for Your Client*, 38 PRAC. LAW. 23, 25 (1992).

les favorece o no o incluso de que sea «jurídicamente pobre»^{6,7}. En este sentido es importante saber que las partes valoran la justicia procedimental aplicando tres criterios: 1) oportunidad de contar su historia, aunque sea a través de sus abogados; 2) oportunidad de ser oídos (sentir que su historia es escuchada, tomada en cuenta y considerada); y 3) ser tratados con dignidad y respeto por la persona llamada a ayudar en el proceso de resolución o a decidir⁸.

2) Objetivos de eficiencia: ahorro de tiempo y dinero

Otra de las motivaciones que se suelen esgrimir para justificar el recurso a la mediación es el ahorro de tiempo y dinero. Se trata obviamente de un concepto realmente amplio que abarca la totalidad de los recursos utilizados por el juzgado y por las partes y no solo el tiempo y el dinero en sentido estricto. Por el lado de los juzgados, aquellos que experimentan una alta carga de trabajo o de retraso a menudo miran a la mediación como una forma de reducir la lista de asuntos pendientes.

Hay juzgados que deciden acudir a los programas de mediación para reducir y gestionar más eficazmente el tiempo empleado en un caso. El ahorro de tiempo puede ser medido de muchas maneras: puede referirse al tiempo necesario para proceder al archivo del asunto, o al tiempo empleado en la presentación y tramitación de escritos o de comparencias y en general cualesquiera tareas procesales incluidas las de las partes.

Otros juzgados miran a la mediación como un ahorro económico para las partes y para la administración de justicia. Si se reduce el número de asuntos, de escritos, de pruebas, de comparencias, se reducen los costes para el particular y para el Estado. Desde el punto de vista del juzgado el ahorro proviene además por la dedicación del personal judicial a otro tipo de asuntos.

⁶ Vid. NANCY A. WELSH, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with it?* 79 Wash. U.L.Q. 787, 817-820 (2001).

⁷ Vid. ROSELLE L. WISSLER, *Representation in Mediation: What We know from Empirical Research*, 37 Fordham Urban L.J. 419 (2010).

⁸ Vid. E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice* 242 (1988).

Este tipo de objetivos se denominan como objetivos de eficiencia y, a veces sobrevenidos, son mucho más difíciles de conseguir, habiéndose demostrado que no siempre se logra el objetivo pretendido y que, en cualquier caso, se necesitan períodos largos de tiempo para comprobar el resultado.

3) Factores políticos, legales y burocráticos

Hay incontables motivos tanto humanos como organizacionales por los que un juzgado puede recurrir a la mediación: puede imponerle una ley, con lo que no hay opción, puede existir un deseo político de «modernizar la justicia» adaptándose a los entornos y tendencias internacionales, etc.

En cualquiera de los casos, la posibilidad de recurrir a mediación antes del proceso judicial y en cualquier momento durante su transcurso constituye una herramienta valiosa que puede ayudar a las partes a evitar los riesgos de la judicialización y de su resultado (en todas sus facetas) proporcionándoles un proceso más inmediato, privado, rápido, práctico, eficiente y satisfactorio en términos personales y económicos para superar sus respectivas diferencias y hostilidades.

C) «pre», «intra», «post».

¿Cuándo es conveniente mediar? Lo deseable es potenciar el uso de la mediación o de la negociación en la primera fase del conflicto, cuando este surge, mucho antes de recurrir al juzgado^{9,10}. O incluso como un primer

⁹ Vid. Supra nota 2, sobre la conveniencia de utilizar la mediación en el mismo centro de trabajo.

¹⁰ Vid. Supra nota 3, sobre la libertad de las partes para mediar en el proceso laboral.

En cualquiera de los casos, la posibilidad de recurrir a mediación antes del proceso judicial y en cualquier momento durante su transcurso constituye una herramienta valiosa que puede ayudar a las partes a evitar los riesgos de la judicialización y de su resultado

paso previo a la demanda, bien sea voluntario o necesario. Sin embargo, la no resolución del asunto en la fase pre-judicial no significa en modo alguno que todas las oportunidades de acuerdo se hayan perdido. Por un lado, puede argüirse que las circunstancias personales de las partes pueden haber cambiado o que la preparación del juicio y su cercanía presionan en cierta medida a las partes para reconsiderar sus posiciones. Por otro, en numerosas fases del procedimiento se puede desde el Juzgado afectar activa pero cuidadosamente a esta reconsideración sugiriendo que, quizá, sería mejor que las partes negociaran por sí mismas o con la ayuda de un tercero. Esta implicación judicial, plasmada por otro lado legalmente, debe ser interpretada y realizada de forma flexible y activa (más allá del simple recordatorio escrito en los decretos) de tal forma que la promoción del acuerdo y de la negociación constituya una verdadera función judicial representativa del expreso reconocimiento de que la disputa, en su conjunto, debe ser resuelta por las propias partes sin necesidad de un enjuiciamiento o, al menos, de que éste sea parcial y limitado solo a aquellos aspectos en los que las partes no lograron el acuerdo, lo que evidentemente disminuye y facilita la tarea dejada a la jurisdicción.

D) Restricción de materias

Es normal en nuestro sistema establecer ciertas restricciones a la posibilidad de acuerdo en aquellos derechos que se consideran irrenunciables (indisponibles). Particularmente, no aprecio gran dificultad en la compatibilidad de ambas instituciones. Si las partes pueden resolver por sí mismas sus controversias, de cualquier índole, sin acudir al juzgado ¿por qué deberían estar sujetas a res-

tricciones si reciben la ayuda de un mediador? Por otro lado, debería distinguirse entre un acto de disposición sobre un derecho cierto y no controvertido de un acto de transacción sobre un derecho incierto, como lo es todo aquel sometido a controversia judicial. Además siempre existe la posibilidad de impugnar la renuncia prohibida.

Finalmente, la LJS reconoce no solo la posibilidad de transacción en fase de recurso sino el acuerdo transaccional en la ejecución de las sentencias lo que indudablemente abre la puerta a la mediación en esta fase para lograr, por ejemplo, los aplazamientos o la reducción de la deuda, novaciones objetivas y/o subjetivas, especificaciones etc, permaneciendo la jurisdicción como una instancia que homologa y ante la que se puede finalmente impugnar.

E) Los riesgos y las limitaciones

A pesar de mi apoyo y confianza en el proceso de mediación, es importante reconocer y poner de manifiesto sus límites. Más allá del tradicional temor que cualquier sistema «alternativo» pueda despertar, es justo admitir que algunas preocupaciones pueden ser legítimas sobre todo aquellas referidas a la necesidad de adecuados precedentes judiciales que pauten los comportamientos sociales, lo cual es particularmente cierto en aquellas sociedades que confían en el sistema judicial como guía de comportamiento. Un rápido acceso a sistemas de mediación puede, en verdad, privar a los juzgados y por tanto a la sociedad de la oportunidad de establecer futuras reglas de conducta y de exigencia de responsabilidad para aquellos que incumplen las normas. Ciertamente, puede ser preferible que las partes lleguen a una solución amistosa pero este acuerdo nos puede privar, al mismo tiempo, de establecer un importante precedente que guíe a empresarios y trabajadores en la resolución de sus conflictos futuros.

El impacto social de una resolución judicial no es comparable a la resolución privada de una concreta disputa. En verdad las partes pueden resolver sus conflictos por sí mismas sin necesidad de acudir al juzgado pero también es cierto que si el juzgado asume una posición intensamente activa en pro de evitar la litigación puede

que al mismo tiempo esté delegando parte de sus funciones y privando a la sociedad de uno de sus más importantes papeles cual es el de exigir responsabilidad a aquellos que incumplan las leyes y de establecer pautas de comportamientos aceptables y esperados.

También puede discutirse acerca de si la implicación del órgano judicial en labores procesales conciliadoras/mediadoras para la resolución extraprocésal del litigio puede en cierta medida «teñir» su imparcialidad u objetividad si posteriormente debe adoptar algún tipo de decisión (sea el secretario o el juez) en un caso en el que ha conocido las verdaderas posiciones de las partes en una negociación. Además, cuando la mediación no tiene éxito se corre el riesgo de que las partes puedan utilizar el proceso para conocer cuál es la «debilidad» del otro.

El tradicional desequilibrio de poder entre empresario y trabajador tampoco juega como aliciente en el proceso de negociación, debiendo ser tenido de forma permanente en consideración por el mediador. La presencia del abogado o del graduado social y la de un tercero imparcial experimentado y debidamente formado pueden compensar los desequilibrios por diferentes vías pero también verse agudizados si el mediador no es extremadamente exquisito a la hora de ayudar a las partes o es sumamente directivo o evaluativo y ejerce sus poderes de persuasión proponiendo soluciones que solo sirvan para «presionar» a una parte, lo que resulta especialmente peligroso cuando esta parte es la más débil e insegura económicamente, que puede verse obligada a aceptar un acuerdo «rápido» y poco «limpio» de la disputa, solo para evitar el coste del proceso judicial en todos sus aspectos. La mediación como herramienta social de solución de conflictos presenta un innegable valor siempre que el acceso al sistema judicial permanezca abierto como un dispositivo de seguridad.

4. Los efectos positivos del contacto

Además de los objetivos de justicia procedimental, satisfacción, eficiencia o cualesquiera otros que pueda tener un juzgado, otras razones pueden añadirse a las anteriores quizá más sutiles, pero no por ello menos

importantes. Los estudios han puesto de manifiesto que la exposición a mediación y a otros procesos consensuales basados en la negociación, incluso cuando hay una fuerte resistencia inicial, bien sea por cuestiones ideológicas, profesionales o incluso simplemente económicas de dificultades de puesta en marcha, genera un reconocimiento y apreciación de su utilidad así como un compromiso de seguir utilizando esas vías, demostrando que la actitud hacia la mediación de los profesionales jurídicos intervinientes y de las partes se hace cada vez más positiva a medida que repiten la experiencia^{11, 12}.

El éxito de la mediación depende de la satisfacción de los usuarios, no de los juzgados ni de que estos «insten» con mayor o menor entusiasmo su utilización. Mucho se ha escrito y probablemente se escribirá en relación con el carácter obligatorio o voluntario del inicio del proceso de mediación. Si la mediación es verdaderamente un proceso valioso de resolución de conflictos capaz de responder y satisfacer las necesidades de los ciudadanos, debe permanecer y sostenerse por sí mismo, como opción libremente elegida por las partes en disputa. Pero al mismo tiempo, si se quiere promover su utilización debe generarse familiaridad.

El éxito de la mediación depende de la satisfacción de los usuarios, no de los juzgados ni de que estos «insten» con mayor o menor entusiasmo su utilización

En efecto, una de las principales razones por las que las partes no utilizan la mediación es, sencillamente, su falta de familiaridad con el proceso. En conse-

¹¹ Vid. ROSELLE L. WISSLER, *When Does Familiarity Breed Content? A Study of the Role of Different Forms of ADR Education and Experience in Attorneys' ADR Recommendations* (2002), 2(2) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 199.

¹² Vid. J. LANDE, *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation* (2000) 5 *Harvard Negotiation Law Review* 137 at 199.

cuencia, o se muestran reacios o no demandan esa vía. Sin embargo, ello no significa en modo alguno ni puede interpretarse como una falta de voluntad en negociar y lograr un acuerdo¹³. Antes al contrario, una gran mayoría de ellos prefieren una solución amistosa y valoran muy positivamente la capacidad de su abogado para lograr este fin, lo que evidencia la importancia del papel del «profesional jurídico»: en el ámbito laboral el abogado y el graduado social y, desde otro plano, el juzgado.

Dado el papel central del abogado y del graduado social en el proceso judicial laboral, éstos deberían ser las personas más apropiadas para suministrar la información que las partes necesitan, ayudándoles a valorar las distintas opciones de resolución posibles. Sin embargo, si el profesional no está a su vez familiarizado con el proceso, resultará difícil que pueda aconsejar sobre el mismo. El conocimiento y la familiaridad del profesional jurídico con el proceso son capaces de eliminar o al menos reducir otros factores adversos (como un mal entendimiento de ciertos factores profesionales, infravalorar la capacidad del acuerdo o sobrestimar el posible resultado de un juicio).

Desde otra perspectiva, aquellos jueces que no conocen suficientemente el proceso pueden sentirse reacios a recomendar una vía cuyas ventajas ignoran, perdiéndose con ello la oportunidad de estimular a las partes y promover su participación en el proceso.

Familiarizar por tanto a las partes y a los profesionales acerca de la mediación, para potenciar su utilización e implantación futura en diferentes servicios, promoviendo su expansión con una mirada a largo plazo, es algo que un juzgado puede e incluso debe hacer ofreciendo no solo información sino también haciendo que la mediación esté disponible permitiendo así que la experiencia, de primera mano, sea más efectiva.

¹³ Seis de cada diez españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo aunque supusiese alguna pérdida para ellos y solo dos de cada diez llevarían el asunto a los Tribunales (CIS Barómetro febrero 2011, pregunta 11). Un 62% valora especialmente en los letrados su capacidad para buscar un acuerdo razonable que ponga fin a la disputa, frente al 35% que se decanta, a la hora de elegirlo, por su experiencia en juicios para tratar de conseguir el máximo posible (IV Barómetro de la Abogacía, septiembre 2011).