

# LA INFLUENCIA DEL DERECHO LABORAL EN LA MEDIACIÓN APLICADA A CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO: ESTUDIO CUALITATIVO EN EL ÁMBITO DEL SERCLA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO\*

*Profesor Contratado Doctor (Titular Acreditado)*

Universidad de Cádiz

“[...] durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra [...] En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia.”  
T. HOBBS. “Leviatán”

## EXTRACTO

**Palabras clave: Mediación; conflictos individuales; movilización de derechos laborales**

Este trabajo parte de la convicción de que la Ciencia del Derecho necesita aproximarse al estudio de la práctica jurídica, utilizando, cuando ello es oportuno, técnicas de investigación social, combinadas con el análisis jurídico tradicional para comprender el efecto que despliegan las normas y principios jurídicos sobre la vida real de las personas. Con esta premisa se ha llevado a cabo un trabajo empírico cualitativo –a través de la observación participante-, en el escenario concreto de la mediación de conflictos individuales de trabajo que se practica en el SERCLA, que constituye un terreno fronterizo entre la negociación cotidiana del conflicto laboral y la movilización judicial del Derecho del Trabajo.

El análisis revela la necesidad de la institución de transformar temporalmente los conflictos jurídicos en conflictos de intereses, así como la influencia “subterránea” del Derecho en los procesos de negociación desarrollados en su seno y examina el papel de los profesionales que asesoran a las partes. Por otra parte, se aprecia con claridad cómo el Derecho del Trabajo puede equilibrar –o desequilibrar- las relaciones de poder entre las partes, favoreciendo o desfavoreciendo una negociación adecuada en base a la composición de intereses.

## ABSTRACT

**Key words: Mediation; individual disputes; mobilization of labour rights**

This work is based on the conviction that the science of law needs to approach to the study of the legal practice, using, when this is appropriate, social research techniques, combined with the traditional legal analysis to understand the effect that display rules and legal principles about the real life of the people. With this premise participant-, is carried out a qualitative empirical work - through observation in the concrete stage of the mediation of individual labour disputes that is practiced in the SERCLA, which is a border land between everyday negotiation of the dispute and the legal mobilization of the labour law.

The analysis reveals the need for the institution to temporarily transform legal conflicts in conflicts of interest, as well as the “underground” influence of the right in the negotiation processes developed in her womb and examines the role of professionals who provide advice to the parties. On the other hand, you can see clearly how the labour law can balance - or imbalance - the relations of power between the parties, favoring or disadvantaging a negotiating appropriate based on the composition of interests.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA
2. EL CONTEXTO: MEDIACIONES INDIVIDUALES EN EL SERCLA
3. ESPECIFICIDADES DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS
4. EL DISCURSO Y LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN
  - 4.1. La mutación de la naturaleza del conflicto
  - 4.2. La presencia subterránea del Derecho
    - 4.2.1. Perspectiva jurídica y objetivos de la mediación
    - 4.2.2. El Derecho como marco que delimita las soluciones posibles
    - 4.2.3. La coacción judicial como la alternativa más directa al desacuerdo
5. EL PAPEL DE LOS “EXPERTOS”
6. LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES
7. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Este artículo parte de una serie de premisas epistemológicas que han sido expuestas y justificadas con más detalle en un trabajo anterior<sup>1</sup>. De acuerdo con ellas, el conocimiento del Derecho -para propósitos científicos, profesionales o docentes- debe abarcar necesariamente el análisis de la práctica jurídica, es decir, de la actividad humana que asume como referencia las normas y principios considerados “jurídicos” y que se percibe como significativa o relevante desde una perspectiva interna al Derecho. Por otra parte, el Derecho no solo despliega eficacia cuando las instituciones estatales lo aplican formalmente, sino que también cumple un importante papel de influencia indirecta en la negociación cotidiana del conflicto, que se realiza de un modo u otro “a la sombra” del Derecho<sup>2</sup>.

\* La formación en la técnica de la observación participante -facilitada por la doble condición del autor de jurista y antropólogo- ha sido esencial para realizar este trabajo. Por otra parte, la búsqueda de nuevas metodologías para la evaluación del Derecho se vincula a las tareas del proyecto de investigación DER 2012-33178 “Evaluación sustantiva de las reformas laborales. Una metodología interdisciplinar”. Es preciso agradecer los comentarios al borrador de la profesora Eva Garrido Pérez y la colaboración del SERCLA como institución y, en especial, la ayuda continua que el autor ha recibido por parte de Emilio Sambucety Martín y José María Reguera Benítez, sin la cual este trabajo no hubiera sido posible.

<sup>1</sup> A. Álvarez del Cuvillo, “Una aproximación metodológica al problema de la eficacia de las normas laborales”, RDS, n° 59, 2012, *per totum*. Sobre el realismo jurídico, *Vid.* W.E. Rumble *American legal realism*, Cornell University Press, Ithaca, 1968.

<sup>2</sup> K. Albiston, “Bargaining in the shadow of social institutions: competing discourses and social change in workplace mobilisation of Civil Rights”, *Law and Society Review*, Vol. 39, n° 1, 2005, *per totum*.

El examen en profundidad de la práctica jurídica exige la aplicación de técnicas de investigación social que no son habituales entre los juristas, pero que pueden aprenderse como herramientas útiles para obtener conocimiento. Los juristas pueden aplicar estas técnicas con objetivos de investigación muy diferentes a los que rigen la actuación de los demás científicos sociales. Por otra parte, el examen de la realidad social con propósitos puramente jurídicos exige un cierto conocimiento del Derecho desde la perspectiva interna o doctrinal.

A partir de estos planteamientos metodológicos, este trabajo pretende explorar algunas formas de influencia indirecta del Derecho en las relaciones de trabajo asalariado a través de la observación de un escenario determinado por medio de técnicas de investigación cualitativas. El escenario escogido en este caso ha sido el de la mediación de conflictos individuales en el Sistema Extra-judicial de Resolución de Conflictos de Andalucía (SERCLA).

La mediación formalizada que se realiza en el SERCLA es un campo apropiado para este propósito debido a su carácter fronterizo entre la gestión cotidiana del conflicto social en las empresas y la manifestación formal de este conflicto en el seno de los órganos estatales encargados de la aplicación del Derecho. En este marco, el conflicto se plantea de manera formal y explícita y resulta posible asistir a la negociación desarrollada por las partes para contemplar la interrelación del discurso jurídico con la lógica de los intereses de cada una de las partes.

En otro orden de cosas, este estudio se centra únicamente en las mediaciones “individuales”. Por otra parte, no se dedica de manera específica a una sola institución del contrato de trabajo, sino que adopta una perspectiva general. Otros trabajos posteriores podrían centrarse en las relaciones colectivas, o bien combinar el estudio doctrinal de instituciones concretas con el análisis de la práctica en escenarios diversos.

Este trabajo tiene un carácter muy novedoso por su objeto y metodología, de modo que asume un cierto carácter limitado y exploratorio. Incluso en el ámbito de las Ciencias Sociales son muy escasos los trabajos empíricos sobre mediación laboral y aún menos comunes los que utilizan las técnicas cualitativas<sup>3</sup>. Así pues, las conclusiones preliminares de esta investigación pueden ser

<sup>3</sup> “*However, only thirteen empirical papers have been published on workplace mediation in the last twenty years and often they are very general and policy-oriented [...] most research on workplace mediation has been based on postmediation survey data provided by disputants [...] In*

enriquecidas, confirmadas o refutadas por estudios posteriores que se pudieran plantear en esta línea.

La técnica principal que se ha utilizado ha sido la “observación participante”, herramienta básica de los trabajos de campo en Etnografía, pero que en la actualidad se ha extendido a otras ciencias sociales. Esta técnica se basa en la observación directa del espacio social objeto de estudio a partir de una perspectiva científica, orientada por premisas teóricas y produciendo los datos a través de procedimientos sistemáticos (por ejemplo, el uso del “diario de campo”). La observación participante exige una determinada actitud en el campo que implica al mismo tiempo una presencia activa que permita comprender la realidad desde su lógica interna y una cierta distancia que posibilite el análisis científico y la fidelidad a la realidad observada<sup>4</sup>. La ventaja que tiene sobre otras técnicas de investigación cualitativas, como las entrevistas en profundidad o los grupos de discusión, es que no solo muestra el discurso de los actores sociales (“lo que la gente dice”) sino también el modo en el que este discurso se encarna en la práctica (“lo que la gente realmente hace”)<sup>5</sup>.

La mayor parte de la observación se ha referido directamente a una serie de actos de mediación<sup>6</sup>. De manera complementaria, la observación se ha ampliado a otras interacciones sociales producidas fuera de los actos de mediación pero conectadas de algún modo con estos (como conversaciones informales con los mediadores o las partes). Por otra parte, esta información se ha complementado

*practice observation is rarely used because the disputants often perceive it to be intrusive and threatening*” K. Bollen y M. Euwema, “Workplace Mediation: An Underdeveloped Research Area”, *Negotiation Journal*, nº 29, 2, 2013, p. 348.

<sup>4</sup> “La observación participante exige la presencia en escena del observador, pero de tal modo que éste no perturbe su desarrollo; es decir, como si no sólo por el hábito de la presencia del investigador, sino por las relaciones sociales establecidas, la escena contara con un nuevo papel, accesorio a la propia acción, pero incrustado en ella ‘naturalmente’”, H. Velasco y A. Díaz de Rada, *La lógica de la investigación etnográfica: un modelo de trabajo para etnógrafos de escuela*, 4ª Edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 24.

<sup>5</sup> A.A. García y E. Casado, “La práctica de la observación participante. Sentidos situados y prácticas institucionales en el caso de la violencia de género”, en AAVV (Coord. Ángel J. Gordo López y Araceli Serrano Pascual), *Estrategias y prácticas cualitativas de investigación social*, Pearson, Madrid, 2008, pp. 49, 51 y 59.

<sup>6</sup> Por motivos de espacio ha sido necesario omitir la descripción detallada del modo en que se ha desarrollado la investigación: control del efecto de la presencia del investigador, registro de la información, elaboración del diario de campo, etc, que, aunque podrían ser relevantes para controlar el rigor de la investigación, no son de especial interés para los juristas destinatarios de este texto.

con el análisis de la documentación del SERCLA relacionada con estos conflictos (papeletas de conciliación y actas) y con la información institucional de este organismo.

En todos los estudios empíricos basados en técnicas cualitativas se plantea de algún modo el problema de la representatividad de los resultados, esto es, el grado en que estos pueden extrapolarse al conjunto de la sociedad, dado que necesariamente se refieren a muestras muy pequeñas que impiden hacer generalizaciones estadísticas<sup>7</sup>.

En realidad, las técnicas cuantitativas y cualitativas proporcionan distintos tipos de conocimiento que se complementan entre sí. Las técnicas cuantitativas proporcionan información respecto a la frecuencia de los acontecimientos observados. En cambio, las técnicas cualitativas permiten un análisis más profundo de los contextos en los que los acontecimientos se producen. Este trabajo no pretende formular proposiciones relativas a la frecuencia, sino más bien desarrollar premisas teóricas que amplifiquen la comprensión del fenómeno estudiado, como sucede también con las investigaciones basadas en experimentos o estudios de casos<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, los iuslaboralistas frecuentemente utilizan resoluciones judiciales o convenios colectivos para detectar y comprender determinados problemas jurídicos, sin analizar las muestras en términos estadísticos.

De cualquier modo, se ha procurado que las circunstancias anecdóticas de cada caso no desvirtúen la perspectiva general del desarrollo de las mediaciones en el SERCLA, a partir de tres estrategias:

En primer lugar, el número de mediaciones observadas (14 en un período de 6 meses) ha sido significativo respecto a la actividad normal del sistema en la provincia (75 durante el año 2014). Se han presenciado mediaciones en las tres sedes, aunque predomina la de Jerez, que por otra parte, es la que destaca en

<sup>7</sup> M. Hammersley, P. Atkinson, *Etnografía: métodos de investigación*, Segunda Edición, Paidós, Barcelona, 1994, p. 58.

<sup>8</sup> “The short answer is that case studies, like experiments, are generalizable to theoretical propositions and not to populations or universes. In this sense, the case study, like the experiment, does not represent a ‘sample’ and in doing a case study, your goal will be to expand and generalize theories (analytic generalization) and not to enumerate frequencies (statistical generalization), R.K., Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, Fourth Edition, SAGE Inc., 2009, p. 15. Sobre el valor intrínseco del trabajo cualitativo, con independencia del problema de la representatividad, Vid. M. Hammersley, P. Atkinson, *Op. Cit.* p. 58.

términos generales por el volumen de conflictos individuales. Estas mediaciones se han referido a temas diversos (modificaciones sustanciales, traslados, licencias y permisos o vacaciones), permitiendo analizar distintos tipos de conflicto. Aunque en las mediaciones observadas predomina claramente la materia de “modificaciones sustanciales”, esto se corresponde con el volumen de mediaciones referidas a esta materia de acuerdo con las estadísticas de la institución<sup>9</sup>.

En segundo lugar, lo observado en cada una de las mediaciones se ha contrastado con el análisis de los documentos de todo tipo emanados de la institución, con las estadísticas oficiales y con la bibliografía general y específica disponible. A este respecto, existen varios estudios sobre las mediaciones laborales en el sistema andaluz<sup>10</sup>. Algunos de los trabajos disponibles han llevado también a cabo tareas de observación de los equipos de mediadores, lo cual permite un mayor contraste<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Durante 2014 en la provincia de Cádiz se tramitaron 46 conflictos de modificaciones sustanciales y 5 de traslados de un total de 75.

<sup>10</sup> Sobre el régimen jurídico del SERCLA, *Vid.* S. Olarte Encabo y M.I. Granados Romera, “Capítulo Tercero: Andalucía”, en AAVV (dir. A.V. Sempere Navarro), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, *Op. Cit.*, pp. 109-135; respecto al modelo de mediación del SERCLA desde una perspectiva psicológica, *Vid.* F.J. Medina, V. Vilches, M. Otero, L. Munduate, “How negotiators are transformed into mediators. Labor conflict mediation in Andalusia”, *Journal of Work and Organizational Psychology*, n° 30, 2014; R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F. J. Medina, “La gestión de conflictos laborales por medios extrajudiciales”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 29 (1), 2008. (a pesar del título genérico examina la realidad del SERCLA); R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F. J. Medina y M.C Ewema, “Effectiveness of Mediation Strategies in Collective Bargaining”, *Industrial Relations*, Vol. 47, n° 3, también se refiere al sistema del SERCLA y expone los datos producidos por un estudio empírico respecto de las técnicas utilizadas por los mediadores del sistema.

<sup>11</sup> Los tres trabajos psicológicos mencionados anteriormente utilizan de manera detallada los datos de un informe de investigación realizado para el CARL en 2004 y no publicado, en el que se examinaron 25 casos de mediación. Por otra parte, se ha examinado también un Trabajo Fin de Máster no publicado que lleva a cabo la técnica de la observación participante en el SERCLA de Cádiz: M.A. Utrera Domínguez, *Los principios de la actuación mediadora en el sercla*, Trabajo Fin de Máster dirigido por la profesora Francisca Fuentes Rodríguez y defendido en septiembre de 2014 en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Cádiz. Este trabajo recoge las conclusiones de un proceso de inmersión en la institución llevado a cabo durante doce semanas, asistiendo a un total de 17 sesiones de mediación, que abarcaron un total de 14 asuntos distintos, la mayoría de ellos de carácter colectivo (pp. 28-29). El autor hace algunas observaciones de tipo etnográfico como las referidas al equipo humano (pp. 22-24) y el uso del espacio físico (pp. 25) que resultan de interés, aunque aquí no se tratan.

En tercer lugar, una vez finalizadas las tareas de observación se ha realizado una entrevista en profundidad a D. Emilio Sambucety Martín<sup>12</sup>. El entrevistado reúne diversas características que lo convierten en lo que en Antropología se llama un “informante bien informado”<sup>13</sup>. En primer lugar, es el Coordinador de la provincia, por lo que puede proporcionar una visión global muy autorizada de lo que sucede en las tres sedes y también en otras provincias de Andalucía. En segundo lugar, desempeña la mayor parte de sus tareas en la sede de Algeciras, que ha sido la menos visitada (2 casos de 14). En tercer lugar y en relación con lo anterior, aunque el entrevistado ejerce funciones de secretario, la mayoría de las mediaciones que se han podido observar (11 de 14) se llevaron a cabo ante el otro secretario de la provincia. En cuarto lugar, el entrevistado, al igual que el investigador, es titulado tanto en Derecho como en Antropología Social y Cultural, lo que facilita su sintonía con la perspectiva de análisis que se sigue en este trabajo. En quinto lugar, ha ejercido funciones de mediador en los inicios del sistema, antes de incorporarse como funcionario a la Junta de Andalucía, de manera que ha tenido también la perspectiva del mediador y no solo la del funcionario de apoyo del sistema.

<sup>12</sup> En K. Bollen y M. Ewema “Workplace Mediation...”, *Op. Cit.* p. 348, se plantea la conveniencia de “triangular” la información acerca de la mediación completando el trabajo de observación con encuestas y entrevistas. En este caso, la entrevista se llevó a cabo el día 27 de marzo de 2015 en la sede de Algeciras. Se planteó como una entrevista semi-estructurada de preguntas básicamente abiertas y tuvo una duración aproximada de una hora y veinte minutos. La conversación fue grabada y analizada posteriormente.

<sup>13</sup> *Vid.* H. Velasco y A. Díaz de Rada, *Op. Cit.* pp. 33-34.

TABLA: ESQUEMA DE LOS CASOS OBSERVADOS

CASO	FECHAS SESIONES	SEDE	MATERIA	CONFLICTO	ACUERDO
Caso 1	02/10/14	Cádiz	Modificación sustancial (categoría / salario)	Se pretende el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores a una modificación de categoría.	No (no asiste la empresa)
Caso 2	03/10/14 15/10/14	Jerez	Modificación sustancial (reducción salario)	Se busca el cumplimiento de un acuerdo anterior de salarios alcanzado en el SERCLA aunque la empresa esté en concurso	Si
Caso 3	03/10/14	Jerez	Vacaciones	Determinación de la fecha de vacaciones (y pago de las vacaciones del año anterior)	Si
Caso 4	11/9/14 (previa al trabajo de campo) 17/10/14	Jerez	Modificación sustancial (horario)	Cambio de horario implica trabajar en fines de semana.	No
Caso 5	15/10/14 (no asiste empresa) 28/10/14 11/11/14	Jerez	Modificación sustancial (reducción salario)	Reducción de salario a la mitad sin procedimiento.	Si
Caso 6	18/11/14	Cádiz	Modificación sustancial (horario)	La trabajadora tenía reducción de jornada y había pactado concreción horaria. Cambio de este horario.	No (no asiste la empresa)
Caso 7	25/11/14	Jerez	Modificación sustancial (cartera de clientes)	Comercial que después de una baja larga pierde cartera de clientes y otras condiciones.	No
Caso 8	26/11/14 02/12/14 23/01/15	Cádiz	Modificación sustancial (horario)	Cambio de horario al regresar de un ERTE y unas vacaciones	Si
Caso 9	16/02/15	Jerez	Vacaciones	La trabajadora desea seguir disfrutando de sus vacaciones en los meses de verano e incluso presenta preferencia por fechas exactas.	No
Caso 10	18/02/15	Jerez	Modificación sustancial/ Traslado	Conflicto plural. Cierra un centro de trabajo y varias trabajadoras son trasladadas a otros centros sin procedimiento. Se pide la nulidad y en cualquier caso la extinción unilateral indemnizada de los contratos.	No
Caso 11	23/02/15	Jerez	Traslado	La trabajadora trasladada pide paso a otra sociedad (posible subrogación) o bien la extinción de su contrato siendo indemnizada.	No
Caso 12	11/03/15	Cádiz	Permisos (lactancia)	Trabajador varón solicita permiso de lactancia y la empresa la deniega porque su esposa está desempleada	No
Caso 13	27/03/14	Algec.	Permisos / Vacaciones	Permiso de dos días por intervención quirúrgica del cónyuge con prescripción de reposo denegado porque la trabajadora estaba de vacaciones. Se acumulan papeletas paralelas que piden o dos días de permiso o dos días de vacaciones.	No
Caso 14	27/03/14	Algec.	Modificación sustancial (jornada y funciones)	Modificación del contrato que impide o dificulta una subrogación, al cambiar la actividad.	No (no asiste una de las dos empresas pero el acto se desarrolló)

## 2. EL CONTEXTO: MEDIACIONES INDIVIDUALES EN EL SERCLA

Como es sabido, a partir de mediados de los ochenta -y, sobre todo, en la década de los noventa- comienzan a configurarse en España una serie de sistemas de resolución pacífica de conflictos laborales a partir de acuerdos interprofesionales pactados entre los interlocutores sociales más representativos en su ámbito de aplicación. En la actualidad, este entramado de sistemas creados por acuerdos interprofesionales incluye un sistema estatal de resolución autónoma de conflictos (SIMA) y 17 sistemas autonómicos (uno por cada Comunidad Autónoma)<sup>14</sup>.

Con carácter general, estos sistemas fueron concebidos inicialmente para resolver conflictos colectivos. No obstante, progresivamente se ha ido añadiendo la posibilidad de establecer mecanismos para la resolución de controversias de carácter individual o plural. Respecto a esta cuestión, los acuerdos autonómicos son muy diversos<sup>15</sup>. El SERCLA es el sistema autónomo de resolución de conflictos actualmente vigente en Andalucía. En un primer momento, este sistema se refería exclusivamente a los conflictos colectivos. No obstante, a partir de 2005 se establece un sistema progresivo de incorporación de determinados conflictos individuales, primero en Sevilla, luego en Almería y Huelva y, por último, en toda Andalucía<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Vid., por todos, M. Porret Gelabert, “Los medios extrajudiciales autónomos de resolución de conflictos laborales”, RL, n° 7, 2007 (tomo I); J.L. Gil y Gil, “La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo”, RL, n° 23/2007 (tomo 2); M. Encarnación Gil Pérez, *La solución autónoma de los conflictos laborales*, La Ley, Madrid, 2012; García Álvarez, R., “El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo”, Trabajo y Derecho, n° 2/2015, p. 45. Para una descripción del régimen jurídico de cada uno de estos sistemas, puede consultarse, AAVV (dir. A.V. Sempere Navarro), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales: los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, Ed. Eolas, 2014.

<sup>15</sup> En algunos casos, los conflictos individuales están completamente excluidos -por ejemplo, en el SIMA estatal-; en otros casos la posibilidad de tramitar conflictos individuales está prevista, pero suspendida por razones económicas (por ejemplo, el Jurado Arbitral de Castilla-La Mancha); en algunos sistemas, más allá de los conflictos colectivos, se asumen únicamente los de carácter plural relativos a vicisitudes del contrato a iniciativa del empresario (como el SASEC de Asturias); en otros sistemas, la asunción de conflictos individuales es muy amplia (por ejemplo, en el SAMA de Aragón o el TAMIB de Baleares) o casi absoluta (TLN de Navarra); por último, en algunas comunidades autónomas, como en la andaluza, el sistema abarca a un grupo relativamente reducido de conflictos individuales.

<sup>16</sup> Puede seguirse esta tendencia a partir del texto de los distintos Acuerdos Interprofesionales (3 de abril de 1996, 4 de marzo de 2005, 16 de marzo de 2007 y 6 de febrero de 2009).

La regulación vigente del sistema se encuentra en el Acuerdo Interprofesional de 7 de enero de 2015, que establece, en su estipulación Tercera, punto 3.2, siguiendo las pautas del Acuerdo de 2005, que el SERCLA incluye los siguientes conflictos de carácter individual o plural: a) clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior e inferior categoría; b) conflictos en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada, incluyendo aquellos que se refieren a cuidado de hijos y familiares; c) conflictos en materia de determinación del disfrute de las vacaciones; d) movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo; e) reclamaciones económicas relacionadas con las materias anteriores.

Como se verá más adelante con mayor profundidad, todos estos conflictos son de carácter “jurídico”, es decir, se refieren a la interpretación y aplicación del Derecho y podrían ser resueltos por el poder judicial. Ciertamente, en algunos casos, como la determinación de la fecha de disfrute de vacaciones o la concreción horaria de las reducciones de jornada para el cuidado de hijos o familiares, la resolución judicial parece dictarse “en equidad”<sup>17</sup>, si el proceso se contempla desde una perspectiva “externa” al ordenamiento jurídico. Por supuesto, esto es inexacto desde el punto de vista jurídico-formal, dado que en el sistema judicial español, los jueces y Tribunales siempre han de resolver los problemas en base a argumentos jurídicos; no obstante, en la práctica los principios jurídicos a aplicar son muy genéricos, en contraste con la necesidad de ponderar los intereses de las partes en el caso concreto de manera casuística. Así, este tipo de problemas son muy apropiados para la mediación, dado que resulta oportuno que sean las partes mismas, en lugar de un tercero, las que hagan la correspondiente ponderación de intereses y que, por otra parte, el procedimiento judicial tiende a ser especialmente rígido y estructurado, dificultando que la composición de intereses se haga de manera apropiada<sup>18</sup>.

Por otra parte, la mayoría de estos supuestos requieren una especial celeridad en su resolución, porque el retraso en la solución judicial podría hacer

<sup>17</sup> M.L. Arastey Sahun, “Revisando la utilización de la mediación en el ámbito de las relaciones laborales”, *Diario La Ley*, nº 8208, 2014, pp. 3-4; M.J., López Álvarez, “Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación”, *RTSS, CEF*, nº 377-378, 2014, pp. 14, 25 y 29.

<sup>18</sup> Solo en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral se añade una especialidad procedimental que permite una cierta composición de intereses en la resolución jurídica; según esta, cada parte deberá llevar sus propuestas y alternativas de concreción [art. 139.1 a) parr. 3º]. En todo caso, más allá de la actividad que pueda llevarse a cabo en la conciliación judicial, se mantiene el esquema tradicional del proceso.

decaer, e incluso desaparecer, el interés que había suscitado el conflicto. Por este motivo, varios de estos conflictos se tramitan por modalidades procesales especiales, de carácter urgente y preferente: así sucede con la determinación de las vacaciones (art. 126 LJS), la modificación sustancial o movilidad geográfica (art. 138.5 LJS) y la conciliación de la vida familiar y laboral [139.1 b) LJS]. Esta necesidad de celeridad extrema hace muy conveniente -al menos para el trabajador- el recurso a mecanismos de solución autónomos, razón por la cual el SERCLA ofrece a las partes en estos casos la posibilidad de acudir voluntariamente al sistema, si bien la conciliación o mediación previa no es obligatoria, precisamente debido a la sumariedad de estos procedimientos (art. 64.1 LJS). Por otra parte, el sistema cubre la conciliación o mediación obligatoria en materia de clasificación profesional y en los conflictos de licencias y permisos que no estuvieran relacionados con la conciliación entre la vida familiar y la profesional.

El procedimiento de conciliación-mediación se regula en el reglamento aprobado por la Comisión de Seguimiento el 6 de febrero de 2009<sup>19</sup>. La iniciación se produce a través de un escrito de parte, similar a una “papeleta de conciliación” o demanda judicial. El acto de mediación es realizado por una Comisión de Conciliación-Mediación -en adelante, CCM- compuesta por dos mediadores, uno en representación de la patronal y otro en representación de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Interconfederal y un secretario, que debe ser un funcionario “de acreditada cualificación profesional en materia jurídico-laboral”.

De acuerdo con las estadísticas oficiales<sup>20</sup>, el número de conflictos individuales o plurales tramitados por el sistema es claramente inferior al de conflictos colectivos<sup>21</sup>. En lo que refiere a las materias tratadas, se aprecia en todas las provincias y en diversos períodos una desproporción en favor por las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. El promedio de sesiones para cada expediente en Andalucía fue de 1'18 y la duración media de cada sesión fue de 44'23 minutos.

<sup>19</sup> Modificado por acuerdo de 30-11-2009 para incluir la tramitación común de conflictos plurales.

<sup>20</sup> <<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/informes-y-estadisticas1>> Los datos que se citan a continuación se corresponden con los informes anuales para conflictos individuales y colectivos del año 2014 en su totalidad.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, durante el año 2014, se tramitaron en toda Andalucía 423 expedientes individuales o plurales y 880 colectivos (esta pauta se reproduce en todas las provincias y en distintos años)

Los porcentajes de avenencia en los conflictos individuales y plurales son en general más bajos que en los conflictos colectivos (37'06% frente a 44'60% en toda Andalucía). No obstante, durante el año 2014 fueron bastante superiores en la provincia de Cádiz (54'72% destacando la sede de Algeciras con un 66'6% de avenencia) y en este caso, de manera excepcional se ha superado el porcentaje de avenencia en los colectivos (48'51%)<sup>22</sup>. Por otra parte, en el marco de los conflictos colectivos, las tasas de acuerdo son superiores en los conflictos de intereses respecto a los conflictos jurídicos<sup>23</sup>.

### 3. ESPECIFICIDADES DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS JURÍDICOS

Como es sabido, la doctrina iuslaboralista ha distinguido tradicionalmente entre conflictos “jurídicos” y “económicos” o “de intereses”, si bien a mi juicio estos términos son algo imprecisos y resulta más apropiado denominarlos “conflictos de aplicación e interpretación del Derecho” y “conflictos de regulación de intereses”. Esta distinción se corresponde con una perspectiva “interna” al discurso jurídico, dado que se refiere al modo en el que “el Derecho” percibe los conflictos laborales; en efecto, el discurso jurídico pretende aportar soluciones a todos los conflictos de la sociedad, por lo que lógicamente divide los conflictos entre aquellos que se resuelven a través de la aplicación del Derecho existente y aquellos en los que se pretende precisamente modificar las normas y obligaciones vigentes.

<sup>22</sup> En opinión del Coordinador provincial, esta diferencia con las demás provincias se debe fundamentalmente a las habilidades de mediación que tienen los mediadores en la zona y a la “cultura específica” de los equipos de mediación en la provincia, que tiende -especialmente en la sede de Algeciras- a apurar al máximo las posibilidades del acto de mediación, de modo que se obtienen acuerdos en situaciones que *a priori* no parecían propicias para ello.

<sup>23</sup> A la misma conclusión llegan otros análisis anteriores: R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F.J. Medina y M.C. Ewema “Effectiveness... “ *Op. Cit.* F.J. Medina, V. Vilches, M. Otero, L. Munduate, “How negotiators.. *Op. Cit.* pp. 137-138 (incluye una tabla con datos de 1999 a 2013). La mayor facilidad de acuerdo en los conflictos de regulación de intereses se detecta también en otros sistemas autonómicos. Así, por ejemplo, en el SAMA de Aragón, según su página web, la tasa de acuerdo en los conflictos colectivos de intereses es del 65'91%, mientras que si se consideran todos los tipos de discrepancia es del 44'3%. Este último porcentaje es inferior a la tasa de acuerdo en conflictos individuales por todos los conceptos (55'54%), lo que podría deberse al elevado porcentaje de acuerdo en materia de despido (63'94%), atribuible a las características de la regulación de esta institución en el ordenamiento español (el carácter tasado de las indemnizaciones contribuye a facilitar la identificación de la alternativa a la falta de acuerdo).

Desde una perspectiva “externa” al discurso jurídico, todos los conflictos son “de intereses”; lo que ocurre es que, en función de diversos condicionamientos y estrategias, en ocasiones las partes “movilizan” de algún modo el ordenamiento jurídico en defensa de sus intereses y en otros casos no lo hacen. Así pues, en realidad la determinación del tipo de conflicto no depende de la “naturaleza de las cosas”, sino de la consideración de si las partes movilizan o no el Derecho como herramienta o arma para la obtención de sus pretensiones<sup>24</sup>.

En este contexto, como se ha indicado anteriormente, los conflictos individuales o plurales sometidos al SERCLA son siempre básicamente de aplicación o interpretación del Derecho, dado que operan como vía previa al ejercicio de la acción judicial e implican la movilización formal del ordenamiento jurídico a través de la presentación de un escrito de iniciación similar a una demanda<sup>25</sup> en el que los argumentos se presentan de modo que puedan configurarse como la “causa de pedir” de un proceso judicial.

Como se ha señalado anteriormente, los porcentajes de acuerdo son sustancialmente inferiores en los conflictos jurídicos en comparación con los conflictos de intereses. Esto se debe en gran medida a las tensiones que existen entre la lógica del Derecho y la lógica de la autocomposición de intereses. En efecto, el Derecho canaliza los conflictos de la sociedad predeterminando en el texto normativo las eventuales soluciones para los problemas que puedan producirse en el futuro. Por supuesto, en la práctica es imposible que la solución a todos los conflictos pueda estar predeterminada, pero incluso en los casos en los que el supuesto de hecho no puede subsumirse fácilmente en una norma, el discurso jurídico necesita construir la ficción de que esto sucede. El juez debe utilizar diversas técnicas de interpretación e integración para determinar una solución que tiene que presentarse en el discurso como si fuera la única solución que resulta apropiada.

<sup>24</sup> Así pues, la distinción entre uno y otro tipo de conflicto, tiene un carácter puramente pragmático, como señala E. Gil Pérez, *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>25</sup> Como es sabido, el art. 80.1 c) LJS establece que los hechos de la demanda deben coincidir sustancialmente con los alegados en la conciliación o mediación previas. Lo más razonable es suponer que este principio de congruencia se aplica exclusivamente a los supuestos en que la conciliación o mediación previa es obligatoria, que son la minoría, pero en cualquier caso la regla reproduce una práctica profesional generalizada según la cual la demanda está casi completamente preconfigurada en la papeleta de conciliación. Así, aunque el SERCLA tiene un formulario más sencillo para presentar la solicitud de mediación, es menos común que el documento asimilable a una “demanda”.

Existe una fuerte tendencia a que las negociaciones en los conflictos jurídicos se rijan por una lógica binaria (legal/ilegal, correcto/incorrecto) y se basen en posiciones más que en intereses. Esto reduce las posibilidades de una negociación “integrativa”, es decir, aquella en la que no hay ganadores ni perdedores porque se encuentran soluciones que satisfacen los intereses de ambas partes<sup>26</sup>. Desde una perspectiva jurídica, la resolución del conflicto consiste en determinar qué es “lo correcto”, lo que a menudo implica (aunque no siempre), dar la razón a una de las partes.

Por consiguiente, la parte envuelta en un conflicto planteado como “jurídico”, de un lado se siente inclinada a sostener que el Derecho ampara su pretensión o resistencia y que, por tanto, su posición es “correcta” y la posición contraria es “incorrecta”; así pues, en principio tienen la expectativa de que los órganos judiciales van a acoger sus pretensiones si no existe acuerdo. Por supuesto, los profesionales del Derecho que eventualmente asistan a las partes, si son competentes, estarán cognitivamente capacitados para comprender e incluso asumir posiciones jurídicas contrarias a los intereses que les corresponde defender. No obstante, en términos generales están demasiado vinculados a los intereses de parte como para que el debate puramente jurídico o doctrinal pueda ser fructífero de cara a la búsqueda de una solución negociada. Todo esto implica, como veremos más adelante, que en sede de mediación sea necesario convertir el conflicto jurídico en un conflicto de intereses.

#### 4. EL DISCURSO Y LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN

El “discurso de la institución” es el conjunto de representaciones que emana del SERCLA como estructura organizada -a través de diversos escritos- y de las personas que componen la CCM en cada caso (Secretario y mediadores). La experiencia de campo revela que, más allá de las diferencias individuales, atribuibles a elementos personales, este discurso es bastante homogéneo, de modo que el colectivo se presenta ante las partes como un equipo coordinado en

<sup>26</sup> Vid. R. Martínez-Pecino, L. Munduate, F.J. Medina, M.C. Ewema, “Effectiveness of Mediation Strategies in Collective Bargaining”, *Op. Cit.*, pp. 481-483, incluyendo referencia a la literatura científica en la materia. La escasa eficacia de una negociación basada en “posiciones” se pone de manifiesto ya en los textos clásicos de la escuela de Harvard; en este sentido, Vid., R. Fisher y W. Ury, *Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, pp. 7-12.

torno a un objetivo común, que consiste básicamente en que las partes, si es posible, alcancen un acuerdo satisfactorio que evite el litigio judicial<sup>27</sup>.

Este discurso debe gestionar una serie de paradojas que implican un continuo viaje “de ida y vuelta” entre la realidad extrajurídica y el mundo del Derecho. Como veremos a continuación, el conflicto jurídico debe transmutarse en un conflicto de intereses, pero al mismo tiempo, la influencia del Derecho sigue presente de manera subterránea.

#### 4.1. La mutación de la naturaleza del conflicto

Aunque los conflictos individuales presentados al SERCLA siempre están formalizados como conflictos jurídicos, de acuerdo con lo observado en las sesiones, cuando existe un verdadero diálogo o negociación entre las partes, la discusión se base en argumentos extrajurídicos más que en apreciaciones sobre la interpretación de las normas aplicables al caso.

Esta situación es claramente alentada y favorecida de manera consciente por la institución, que pretende con ello evitar las dificultades anteriormente señaladas para la mediación en conflictos jurídicos<sup>28</sup>. Este discurso se ha puesto de manifiesto expresamente tanto en las declaraciones de los mediadores dentro y fuera de los actos de mediación<sup>29</sup> como en la entrevista al Coordinador<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Este discurso relativamente homogéneo de la CCM se debe claramente a la preocupación expresa de la institución por presentar una imagen unitaria. En este sentido, el Documento de “Carta de Compromisos de la Actuación Mediadora” aprobada por la Comisión de Seguimiento, establece en su apartado 5 que en el acto de apertura el equipo de mediación se presente de manera colegiada, sin ninguna identificación con las organizaciones de pertenencia. Por otra parte, en conversación informal, un mediador de la patronal en Algeciras (Casos 13 y 14) me confirmó que la opción por usar una vestimenta informal para no ser adscrito a una organización era consciente y derivaba de un consenso en el seno de la institución.

<sup>28</sup> Este proceso de mutación de la naturaleza del conflicto se aprecia también en otras experiencias de mediación. Así, García Álvarez, R. “El papel de la mediación...”, *Op. Cit.* p. 54, relata que en la experiencia piloto de mediación intrajudicial en los Juzgados de Madrid se utilizó un modelo basado en el alejamiento de los aspectos jurídicos del caso y el enfoque prioritario en las necesidades e intereses subyacentes.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, durante el acto de mediación del Caso 3, un mediador señaló “*Cuando entramos en la legalidad nos complicamos todo*” [...] “*Aquí no estamos para cumplir al dedillo lo que diga la ley*”. Del mismo modo, un mediador del Caso 6, en conversación informal indicó que “*Aquí no se suele utilizar mucho el derecho, no es como un arbitraje*”. También en una conversación informal en torno al Caso 13, el mediador “*Cuando nos tratamos de ceñir al tema legal, es precisamente cuando ‘la cagamos’*”. En todos estos casos, estas expresiones se complementaban

Ciertamente, como se ha explicado anteriormente, si no se consigue que las partes abandonen la lógica de la argumentación jurídica, la negociación se sostendrá sobre “posiciones” basadas en nociones binarias de lo correcto y lo incorrecto, difícilmente modificables. En cambio, si se abandona esta lógica y se presta atención a los intereses que subyacen a estas posiciones, se abre la posibilidad para encontrar -cuando ello es posible- soluciones creativas que satisfagan estos intereses de manera equilibrada (dentro de los límites que permita la relación de poder entre las partes), de acuerdo con un modelo de negociación “integrativa”.

A este respecto puede resultar ilustrativo el Caso 8, relativo a la modificación de horario de una limpiadora tras reincorporarse al trabajo después de un expediente de regulación de empleo temporal. La empresa no había considerado esta modificación como “sustancial” y, por tanto, no había seguido el procedimiento previsto en el ET. Al margen de otros factores personales y emocionales concurrentes en el conflicto, para la trabajadora el problema básico era que el nuevo horario le impedía asistir a su madre enferma a la hora del almuerzo. La empresa aducía que el cambio de horario era necesario por motivos organizativos y la trabajadora, en cambio, alegaba que era perfectamente posible una reestructuración de las tareas.

En este contexto, la estrategia de la CCM consistió básicamente en ayudar a las partes a buscar una solución a través de la cual pudieran satisfacerse en alguna medida tanto el interés personal de la trabajadora como el interés organizativo de la empresa. Así pues, para facilitar el proceso, la comisión se reunió de manera separada con el representante de la empresa, planteándole si era posible asumir la reorganización que solicitaba la trabajadora. La empresa señaló que no podía contratar nuevos trabajadores, dado que precisamente estaba aplicando suspensiones de contrato por causas empresariales y que tampoco era razonable modificar los horarios de otras siete trabajadoras, que tenían contratos a tiempo parcial, dado que esto implicaría un conflicto de mayor entidad. Los mediadores plantearon entonces a la empresa si estos eran los límites a un eventual acuerdo, con objeto de permitir la exploración de otras vías alternativas de reorganización

con matizaciones que se correspondían con lo que posteriormente denominaremos “presencia subterránea” del Derecho.

<sup>30</sup> *“Eso es intencionado y buscado porque es la única vía para llegar a un acuerdo... aquí hay dos claves: una es ser capaz de reconvertir el conflicto jurídico en un conflicto de intereses y la otra es ser capaz de gestionar emociones [...] “Una frase muy repetida por los mediadores que yo la repito mucho: nosotros no somos un órgano judicial, no entramos a valorar pruebas, no entramos a daros la razón”.*

que no tuvieran este efecto perjudicial sobre la empresa. Así pues, los argumentos extrajurídicos aducidos por la empresa se convirtieron en condicionamientos para un acuerdo futuro que permitían buscar nuevas posibilidades. Finalmente se alcanzó un acuerdo definitivo según el cual la trabajadora se alternaría por turnos mensuales en este horario problemático con la otra limpiadora que estaba a tiempo completo<sup>31</sup>.

El tratamiento del problema y la solución finalmente adoptada hubieran sido radicalmente distintos si se hubiera acudido a la vía judicial y a la lógica jurídica. En primer lugar, el juez hubiera tenido que determinar si la modificación era o no “sustancial”, cuestión que está sometida a cierta incertidumbre<sup>32</sup>. En segundo lugar, de considerarla sustancial, debería pronunciarse sobre si la ausencia de procedimiento implica que la modificación debe ser calificada como “injustificada” o como “nula”, problema respecto al que la Ley de la Jurisdicción Social no se pronuncia con total claridad<sup>33</sup>. En tercer lugar, en caso de que el juez estimara las pretensiones de la trabajadora, lo más probable es que el conflicto se terminara resolviendo con una extinción indemnizada, por una u otra vía (arts. 41.3 ET y 138.7 LJS, art. 138.8 LJS o art. 139.9 LJS). En cuarto lugar, en caso de que el juez desestimara la demanda, subsistiría una situación de

<sup>31</sup> Se alcanzó un primer acuerdo en la segunda sesión de mediación, que establecía el mantenimiento temporal del horario de la trabajadora. Más adelante, al cambiar la situación, la empresa volvió a imponerle el horario que le provocaba el perjuicio, lo que motivó una nueva solicitud de mediación que terminó con el acuerdo final.

<sup>32</sup> De acuerdo con la jurisprudencia, la noción de “modificación sustancial” es un concepto jurídico indeterminado que depende de diversos factores como la condición afectada, la intensidad del cambio, el perjuicio para el trabajador y su carácter temporal o permanente; por todos, *Vid.* STS (Social) de 27-12-2013. Este carácter indeterminado ha sido subrayado también por la doctrina; así, por todos, M.L. Molero Marañón, “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008, pp. 6-7 de la versión electrónica; M.S. Herraiz Martín, “La adaptación de las condiciones de trabajo y sus límites”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, pp. 8-9 de la versión electrónica. A mi juicio en este caso la modificación sí tenía carácter sustancial, pero en cualquier caso, el resultado judicial resultaba incierto.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, recientemente, *Vid.*, A.M. Romero Burillo, “La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2, 2012 (BIB 2012/661), p. 14 (edición electrónica); C. González González, “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013 (BIB 2013/53). A mi juicio, aunque el precepto no está claro, de su redacción actual cabe deducir que las modificaciones llevadas a cabo sin seguir ningún procedimiento son injustificadas y no nulas, dado que el art. 138.7 *in fine* se remite al régimen de nulidad del despido.

conflicto no resuelto que podría acarrear problemas posteriores o desembocar más adelante en una extinción del contrato de uno u otro tipo. En caso de que se llegara a un acuerdo entre las partes en el ámbito judicial antes de la sentencia (arts. 84.1 y 84.3 LJS), es muy probable que este acuerdo se limitara a determinar la cuantía de la indemnización que compensaría al trabajador por la -casi irremisible- ruptura de la relación contractual, salvo que el secretario o, en su caso, el juez, adoptaran una estrategia de mediación que llevara a la mutación temporal del conflicto en un conflicto de regulación de intereses.

Tal y como se aprecia en este caso, el objetivo de la institución es que en el acto de mediación se produzca una metamorfosis temporal de la naturaleza del conflicto; este se plantea inicialmente como jurídico, pero se convierte momentáneamente en un conflicto de regulación de intereses. Posteriormente, termina volviendo a su “naturaleza original”, en forma de acuerdo vinculante y directamente ejecutivo o bien al registrarse la falta de avenencia que permite una vez más la “juridificación” de la discrepancia<sup>34</sup>.

Ciertamente, en la mayoría de los casos, de manera inevitable, la presentación inicial del conflicto tenía una carga significativa de razonamiento jurídico, dado que, al ser un conflicto “de aplicación e interpretación del Derecho”, la exposición inicial del trabajador lógicamente debía remitirse de algún modo a normas y principios jurídicos. En muchos casos, la respuesta inicial del empresario, al plantearse como una contestación general a la solicitud presentada, aludía también a razonamientos de esta clase. No obstante, a pesar de ello, lo normal es que en estas intervenciones iniciales también quedaran prefigurados los intereses subyacentes al conflicto. A partir de este momento, en el desarrollo de los actos desaparecían las analogías con el proceso judicial, dado que el equipo de mediación intentaba reconducir el debate en torno a estos intereses. En los casos en los que parecía haber algún interés no explícito en la exposición inicial del problema (por ejemplo, Caso 7 y Caso 13), el equipo de mediación trataba de desentrañarlo acudiendo, en su caso, a reuniones separadas.

En ocasiones, el representante del empresario intentaba volver a hacer uso de la argumentación jurídica con objeto de autolegitimarse en sus posiciones o de buscar, consciente o inconscientemente, la aprobación moral o la empatía del equipo de mediación. Esta conducta resulta disfuncional, porque impide que se

<sup>34</sup> “Si [el conflicto] se cierra se cierra y si no se cierra vuelve a ser un conflicto jurídico”, Entrevista al Coordinador.

desarrolle una verdadera composición de intereses. Por consiguiente, en estos casos el equipo de mediación trataba de reconducir el diálogo para recordar la finalidad del acto (Caso n° 7<sup>35</sup> y Caso n° 8<sup>36</sup>). Por otra parte, la invocación de argumentos jurídicos puede ser también disfuncional para el trabajador, en la medida en que implica un riesgo de arrastrar a la empresa al debate jurídico, evitándose la discusión sobre los intereses subyacentes, de modo que también en estos casos la institución reaccionaba para impedir el énfasis en la argumentación jurídica (Caso n° 13)<sup>37</sup>.

## 4.2. La presencia subterránea del Derecho

A pesar de lo señalado anteriormente, la observación muestra que el Derecho sigue influyendo de manera “subterránea” en la negociación y en el acto de mediación.

Esta influencia se manifiesta fundamentalmente en tres aspectos, que se tratarán por separado: a) el planteamiento jurídico del conflicto condiciona los propósitos de la actuación mediadora; b) el ordenamiento jurídico proporciona un marco para el eventual acuerdo; c) la aplicación coactiva del Derecho por los órganos del Estado se convierte, como regla general, en el horizonte más probable en caso de desacuerdo.

### 4.2.1. Perspectiva jurídica y objetivos de la mediación

Habitualmente se distingue entre tres modelos de mediación, en relación con la finalidad perseguida: a) el “modelo Harvard” se centra en la búsqueda de un acuerdo lo más satisfactorio posible para todas las partes; b) el “modelo transformativo” considera que el conflicto es una oportunidad para transformar la relación entre las partes y, por tanto, el acuerdo es secundario respecto a este proceso de cambio de la relación y c) el modelo circular-narrativo enfatiza los

<sup>35</sup> “Nosotros no vamos a valorar la decisión empresarial ni la decisión del trabajador. Lo que hacemos es mirar si hay posibilidades de un acercamiento. Este entorno no pretende otra cosa que evitar la judicialización del conflicto”.

<sup>36</sup> “Aquí no vamos a entrar en ese fondo, si (la modificación) es sustancial o no”

<sup>37</sup> (Mediador, al trabajador, en reunión separada): “Si nos vamos a la letra del convenio, esto es un matiz estrictamente jurídico” (secretario a uno de los mediadores en la misma reunión, cuando se centró en aspectos jurídicos): “Si el tema se plantea como un tema estrictamente jurídico hay poco margen para la mediación. Cuando la empresa viene diciendo que es un tema cerrado por el gabinete jurídico eso nos deja muy poco margen”.

aspectos cognitivos y comunicativos y busca la construcción de una narrativa alternativa que modifique el punto de vista de las partes<sup>38</sup>.

De la observación de las mediaciones y la entrevista al Coordinador provincial se deduce claramente que en el SERCLA se sigue fundamentalmente el modelo Harvard. En todos los casos en los que intervino el equipo de mediación era perceptible que el objetivo principal era la obtención de un acuerdo satisfactorio a través de técnicas clásicas de negociación “de intereses” y no la transformación de la relación entre las partes ni una redefinición compleja de los procesos de comunicación o de la narrativa sostenida por las partes. En algún caso (de manera muy clara en los Casos 3 y 5), el deterioro de la relación entre las partes se mantuvo o incluso se acrecentó por el planteamiento formal del conflicto, pero a pesar de ello se alcanzó un acuerdo por motivos de conveniencia. En otros casos, (Caso 13), no se pudo alcanzar un acuerdo, pero la relación entre las partes se mantuvo en todo momento en términos muy cordiales.

En los casos en los que el trabajador o el empresario intentaban introducir otros problemas distintos de los mencionados en la papeleta, el equipo de mediación invariablemente intentaba reconducir el debate para limitarlo al asunto formalmente objeto de mediación (Caso 5)<sup>39</sup>. Esta actividad de “corrección” por parte de la CCM era una técnica consciente, puesto que el desvío hubiera implicado dificultades para alcanzar un acuerdo. En cuanto a los elementos estrictamente emocionales y de relación personal, estos solo eran invocados por el equipo de mediación como argumentos para alcanzar un acuerdo. Así, por ejemplo, en los casos n° 7 y n° 8, la alteración de las condiciones de trabajo había provocado una cierta sensación de agravio en los trabajadores afectados; en este contexto, el equipo de mediación hizo referencias a que un eventual acuerdo podría disminuir esta sensación subjetiva de agravio (e implícitamente, mejorar el clima laboral). Es evidente que su objetivo no era tanto la reconciliación entre

<sup>38</sup> Por todos, *vid.* M.I. Viana-Orta, “Aims or purposes in school mediation in Spain”, en *New approaches to educational research*, Vol. 2, n° 1, 2013, *per totum*. y S. Ridaio Rodrigo, “Técnicas de Mediación. Reflexiones sobre su aplicación en contextos comunicativos interculturales”, *Aposta, Revista de Ciencias Sociales*, n° 47, 2010, *per totum*.

<sup>39</sup> El trabajador mencionó en distintas ocasiones que no se le habían abonado unos gastos de desplazamiento y también aludió a un conflicto pasado relacionado con las vacaciones; por su parte, en la segunda sesión, en la que las partes estaban ya situadas respecto a un litigio futuro, el defensor del empleador mencionó discrepancias respecto a la antigüedad y aludió a un posible despido disciplinario. En ambos casos, el equipo trató de reconducir el problema: “*Esto no es por lo que estamos hoy aquí*”.

las partes como la solución al problema concreto que se había planteado formalmente a la institución.

El Coordinador también me confirmó en la entrevista que en el SERCLA por norma general no se hace mediación transformativa, si bien en algunas ocasiones aisladas han intervenido en este sentido, siempre respecto a problemas no estrictamente laborales que afectaban de algún modo al conflicto y que se podían solucionar.

A mi juicio, esta opción se explica fundamentalmente por el hecho de que la institución se dedique a la “resolución” extrajudicial de determinados conflictos individuales de trabajo. Su función social es la reducción de la litigiosidad judicial y el número de acuerdos constituye un resultado por el que puede medirse relativamente su grado de éxito. Esto puede considerarse como una influencia indirecta del Derecho, dado que el contexto jurídico del conflicto condiciona el modelo de mediación utilizado<sup>40</sup>. En otros conflictos interpersonales que no se pongan de manifiesto a partir de la movilización formal del Derecho, la mediación transformativa o el modelo circular-narrativo pueden resultar más oportunos.

Ciertamente, esta estrategia de mediación corre el peligro de terminar proporcionando soluciones inútiles debido al desconocimiento de los intereses reales que subyacen al conflicto. En efecto, según indicó el Coordinador, en la inmensa mayoría de los casos, el conflicto real no coincide exactamente con el problema expresado formalmente en la papeleta. En los casos observados se han advertido muchas situaciones en las que había conflictos personales subyacentes con el empresario o con otros trabajadores de la empresa (que no siempre estaban provocados por la discrepancia de intereses laborales) y también supuestos en los que el interés básico del trabajador estaba oscurecido en la papeleta debido la incorporación estratégica de otras reivindicaciones, como se verá más adelante.

<sup>40</sup> El Derecho puede también influir de otros modos en la adopción de este modelo. En primer lugar, la aproximación jurídica a los conflictos impulsa un tratamiento más analítico que holístico, separando unos aspectos del problema de otros. En segundo lugar, las pautas ideológicas que sustentan nuestro modelo de Derecho del Trabajo caracterizan las relaciones laborales como inherentemente conflictivas, de modo que el sistema jurídico -y, consiguientemente, la mediación institucional- no pretende suprimir el conflicto, sino canalizarlo de un modo funcional. Esta finalidad pudo apreciarse tanto en la entrevista al Coordinador como en la actuación del secretario en alguno de los supuestos (Caso 9).

En este contexto, la práctica de la institución no pretende obviar en lo más mínimo la necesidad de desvelar el conflicto real. Esto se deduce tanto de la entrevista al Coordinador<sup>41</sup> como de la observación de la actuación de las CCM. Cuando el equipo mediador tenía razones para sospechar que había un problema de fondo no mencionado organizaba reuniones separadas con las partes para tratar de identificarlo (Caso 7 y Caso 13).

El hecho de que se haga un esfuerzo para detectar los eventuales conflictos subyacentes no impide que, a la postre, la institución esté obligada a buscar un acuerdo que se refiera a las pretensiones que formalmente se han planteado. En ocasiones el conflicto realmente importante estará vinculado al que formalmente se ha planteado, por lo que el eventual acuerdo podrá resolver ambos al mismo tiempo. Sin embargo, en otros casos, especialmente cuando el conflicto laboral ha sido provocado o alimentado por enfrentamientos personales entre trabajadores, el objetivo final no es resolver estos problemas, sino la discrepancia planteada<sup>42</sup>.

#### *4.2.2. El derecho como marco que delimita las soluciones posibles*

En otro orden de cosas, aunque el conflicto jurídico se reconvierta en el acto de mediación en un conflicto de intereses, el ordenamiento jurídico-laboral se constituye en un marco básico que condiciona el acuerdo posible, tanto en sentido negativo como en sentido positivo.

<sup>41</sup> “*Si no lo afrontas no resuelves nada. El momento en el que lo detectas y lo puedes afrontar es el momento en el que tienes la solución*”.

<sup>42</sup> El Coordinador me relató un caso en el que un problema personal entre dos trabajadoras había generado una disputa laboral. Estas trabajadoras eran muy amigas y se habían puesto de acuerdo para el disfrute de las vacaciones; sin embargo, al fracturarse gravemente la relación de amistad, una de ellas organizó un viaje personal coincidiendo con unas fechas que eran importantes para la otra. Esta situación terminó provocando una solicitud de mediación para la determinación de la fecha de vacaciones por parte de una de las trabajadoras frente al empresario, que era ajeno al conflicto real. Cuando la CCM detectó este problema, propuso la suspensión de la mediación e intentó que a la siguiente sesión acudiera la otra trabajadora para afrontar el problema. Ciertamente, si se hubiera resuelto la disputa personal entre las trabajadoras, se hubiera puesto fin al conflicto laboral; no obstante, el objetivo final del equipo de mediación no era otro que la búsqueda de un acuerdo satisfactorio en relación con el problema que se le había planteado en el escrito de iniciación, lo cual puede ser más sencillo que la reconciliación si existen posibilidades alternativas. En este caso no se consiguió que la otra trabajadora acudiera al acto, pero se llegó a un acuerdo gracias a la intermediación del delegado de personal, que encontró a un tercer trabajador que no tenía ningún inconveniente para cambiar la fecha de sus propias vacaciones.

Desde una perspectiva negativa es evidente que el acuerdo alcanzado tiene que estar dentro de los márgenes de la legalidad. Por este motivo, en el ámbito del SERCLA, uno de los miembros de la CCM -el secretario- debe ser un funcionario cualificado en el ámbito jurídico-laboral. En este ámbito, la legalidad de los acuerdos de transacción individuales está fuertemente condicionada por el principio general de indisponibilidad de derechos previsto en el art. 3.5 ET. Si este precepto se interpretara de manera estricta, ello limitaría considerablemente las posibilidades de llevar a cabo transacciones extraprocerales. Sin embargo, esta interpretación no se compadece con el interés patente que tiene el legislador por que las disputas jurídicas laborales se puedan resolver de manera extrajudicial<sup>43</sup>. Así pues, generalmente se entiende que la transacción es válida cuando la cesión de posiciones respecto a supuestos derechos “indisponibles” se justifica por su carácter incierto en tanto no se obtenga una resolución judicial firme; en estos casos, el pacto reduce la incertidumbre y al mismo tiempo elimina los costes del proceso<sup>44</sup>.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, las materias sometidas a mediación individual en el SERCLA son completamente disponibles: determinación de la fecha de vacaciones, concreción horaria de derechos de conciliación, encuadramiento profesional, modificaciones unilaterales del contrato dentro del respeto al convenio colectivo. Ahora bien, incluso en estos casos, los problemas de legalidad pueden plantearse por cuestiones accesorias<sup>45</sup>.

Por otra parte, el conocimiento básico del marco legal e institucional es relevante desde una perspectiva más positiva, puesto que se hace necesario para configurar soluciones creativas para el conflicto entre las partes, más allá de sus posiciones iniciales<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Por todos, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Indisponibilidad de derechos y conciliación en las relaciones laborales”, TL, pp. 27-32.

<sup>44</sup> Por ejemplo, en el Caso 13 la trabajadora reclamaba dos días de permiso retribuido o de vacaciones, pero estaba dispuesta a pactar que la empresa reconociera solamente un único día. Lógicamente, esta última solución nunca hubiera podido ser determinada por un juez aplicando el Derecho. Ni las partes ni los miembros de la comisión mediadora dudaron en ningún momento de la legalidad del eventual pacto, porque la cesión de posiciones por parte del trabajador estaba justificada por la falta de certeza respecto a la decisión judicial.

<sup>45</sup> La única ocasión en la que se puso de manifiesto la imposibilidad de pactar un determinado acuerdo fue en el Caso 3, en el que el secretario tuvo que recordar al empresario que no era posible pactar la renuncia a las vacaciones no disfrutadas ni su compensación en metálico.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, en el Caso 13 se planteaba una disputa claramente jurídica de escasa entidad en el contexto de una gran empresa; el representante del empresario no podía llegar a

#### 4.2.3. La coacción judicial como la alternativa más directa al desacuerdo

La “Carta de Compromisos de la Actuación Mediadora” del SERCLA establece en su apartado 7 c) el compromiso de la CCM de promover “la valoración por las partes de la mejor alternativa al desacuerdo (BATNA)”.

El término BATNA es un acrónimo de “Best Alternative to Negotiated Agreement” y surge inicialmente en el ámbito de las técnicas de negociación promovidas por la escuela de Harvard<sup>47</sup>. Según estos planteamientos, las partes tienen interés en negociar cuando pretenden conseguir un beneficio superior al que obtendrían si adoptaran la mejor de las alternativas que se les presenta ante la falta de acuerdo. Por este motivo, el poder real de negociación entre las partes viene determinado por lo atractiva que resulte para cada una de ellas la mejor alternativa que puedan concebir frente al acuerdo negociado. Así pues, una estrategia efectiva para incrementar -dentro de lo posible- el poder de negociación y corregir desequilibrios de poder consiste en “desarrollar la BATNA” imaginando alternativas al acuerdo, haciéndolas posibles o practicables y seleccionando la mejor de ellas.

Lógicamente, en un conflicto jurídico individual planteado como vía previa al proceso judicial, es muy posible que la BATNA esté determinada precisamente por la posibilidad de que el litigio se termine tramitando por la vía procesal. Resulta conveniente contemplar también otras alternativas posibles al desacuerdo u otras vías de presión jurídica ajenas al conflicto, pero no cabe duda de que “la sombra” del eventual proceso judicial condiciona en gran medida la negociación.

Ahora bien, la misión de la institución no consiste en proporcionar a las partes un asesoramiento completo respecto a las estrategias alternativas a la

ningún acuerdo por que la asesoría jurídica se había manifestado en contra de la pretensión de la trabajadora a pesar de su irrelevancia, para evitar precedentes. La estrategia de la CCM consistió en evitar la discusión jurídica, manifestando que, si se llegaba a un acuerdo de consenso podría redactarse el acuerdo de una manera que destacara la excepcionalidad del caso y no se crearan precedentes, señalando que una hipotética sentencia judicial estimatoria de las pretensiones de la trabajadora podría provocar un perjuicio mayor. En otra (Caso 5), surgió la duda en el equipo de mediación acerca de si el trabajador podía detener un procedimiento sancionador iniciado por su denuncia, lo cual hubiera sido una baza a efectos de negociar un acuerdo. En este caso ya se intuía que esta solución no era posible, pero se optó por utilizar redes de contactos para consultar informalmente la cuestión a una persona más informada.

<sup>47</sup> Vid. R. Fisher y W. Ury, *Getting to Yes...*, Op. Cit., pp. 51-53.

consecución del acuerdo. Esa función corresponde más bien a los profesionales que auxilian a las partes, velando por sus intereses. Es lógico suponer que la búsqueda activa de alternativas al pacto puede resultar contraproducente para el propósito de que las partes alcancen un acuerdo, al difuminar los incentivos para alcanzarlo<sup>48</sup>. En este contexto, para la institución, la promoción de la BATNA, no es un fin en sí mismo, sino que se utiliza como un instrumento al servicio de sus objetivos institucionales. A este respecto hay que tener en cuenta que, como se verá más adelante, la situación del trabajador y del empresario respecto al conflicto y al acuerdo no es la misma.

En ocasiones, la institución intenta motivar o estimular al trabajador para que desarrolle su BATNA judicial, con objeto de corregir el desequilibrio inicial de poder entre las partes, facilitando que estas puedan sentarse a negociar. En los casos observados, esto se realizó en pocas ocasiones y con mucho tacto, para no provocar una imagen de parcialidad ni de sustitución del asesor profesional de parte<sup>49</sup>.

En otros casos se hace necesario indicarle al trabajador que está pidiendo por la vía de mediación más de lo que podría obtener en un juicio<sup>50</sup>. En este caso el problema no es que sea ilícito llegar a un acuerdo claramente superior a la BATNA judicial; si la empresa quiere conceder más de lo que se podría obtener en un juicio por motivos extrajurídicos, como el mantenimiento de un buen clima laboral, es muy libre de hacerlo. Lo que sucede es que el acuerdo se dificulta si las partes tienen las expectativas muy elevadas, dado que previsiblemente la contraparte no tendrá incentivos para negociar si su BATNA judicial resulta claramente más beneficiosa.

En cambio, respecto al empresario, la estrategia de la institución consiste más bien en destacar las desventajas de la BATNA judicial para subrayar las ventajas del acuerdo negociado o incluso destacar la WATNA (Worst Alternative

<sup>48</sup> Vid. M.E. Roloff y W.O. Dailey, "Efectos de las alternativas para alcanzar un acuerdo sobre el desarrollo de resoluciones integradoras a los problemas. Los efectos colaterales debilitadores de las BATNAs", Cuadernos de Información y Comunicación, n° 8, 2003, *per totum*.

<sup>49</sup> Así, en el Caso 13, en reunión separada con la parte laboral, uno de los mediadores preguntó al representante de la trabajadora si realmente contemplaban la posibilidad de ir a juicio (dado que la cuantía era muy escasa). También le preguntó si tenía certificados médicos que apoyaran su pretensión ordenando el reposo del marido de la trabajadora.

<sup>50</sup> Esta situación se deduce de la entrevista al Coordinador, aunque no se produjo en las mediaciones observadas.

to Negotiated Agreement), es decir, la peor situación que podría plantearse en caso de desacuerdo. Así, por ejemplo, en los casos 3 y 5, en los que el incumplimiento empresarial era evidente, el equipo de mediación destacó en varias ocasiones que la vía judicial de resolución del conflicto iba a ser menos conveniente para la empresa, dado que esta no permite ningún control sobre el resultado final<sup>51</sup>. En cambio, en los supuestos en los que la interpretación del Derecho no era tan clara, este tipo de advertencias eran menos comunes, aunque, de hecho, las ventajas del acuerdo negociado se subrayaban incluso cuando estaba claro que no iba a haber tal acuerdo, seguramente con la finalidad “pedagógica” de generar cultura de mediación<sup>52</sup>.

En todos los casos, los argumentos de carácter “jurídico” no se planteaban porque tuvieran un valor en sí mismos, ni desde una perspectiva doctrinal, sino porque se relacionaban con la previsión de posibles consecuencias jurídicas. Los planteamientos “morales” sobre la obligatoriedad del Derecho invariablemente se intentaban conectar con el interés material de las partes.

En dos de los casos observados (Caso nº 3 y Caso nº 5), la conducta del empresario era manifiestamente ilegal y esta circunstancia era reconocida abiertamente por la empresa, que se había presentado al acto sin asesoramiento jurídico. En este contexto, los miembros del equipo de mediación no tuvieron ningún problema en subrayar el deber moral de cumplimiento de la legislación, con objeto de facilitar el acuerdo entre las partes<sup>53</sup>. No obstante, en ambos casos quedó muy patente que la justificación de la superioridad “moral” atribuida al

<sup>51</sup> “*El juez te pone una sentencia. El juez no te va a escuchar*” (Secretario en el Caso nº 5). En cambio, en el Caso 13, el representante del trabajador era consciente de la debilidad de su posición debido a la escasa cuantía de la pretensión (como manifestó en reunión privada); sin embargo, el equipo de mediación le dio la vuelta al problema para mostrar a la empresa -con tono de neutralidad- cómo la escasa cuantía podía jugar precisamente en su contra e influir en una decisión negativa: “*¿Se ha planteado la posibilidad de que el escenario sea favorable a la trabajadora? [...] Tú te imaginas cómo están las mesas de los jueces para que ahora llegue una de [empresa]. A mí no me gustaría estar en el pellejo del que fuera a defender el tema*”.

<sup>52</sup> “*Vais a esperar a que os digan qué es lo que tenéis que hacer en lugar de hacer lo que queréis*” (Secretario en el caso 10).

<sup>53</sup> “*Tener 3 personas de baja no te exonera de dar las vacaciones*” (Caso 3), “*Que no llevas razón [desde una perspectiva jurídica] está claro*” (Caso 3), “*Que tengáis claro que es una obligación*” (Caso 3), “*Las decisiones hay que tomarlas con la ley*” (Caso 5), “*Hay que hacerlo legal [la modificación]*” (Caso 5), “*La legislación laboral está ahí pero está para cumplirla*” (Caso 5), “*Lo que habéis hecho no se puede hacer*” (Caso 5), “*Habéis presentado unas medidas sin la ley*” (Caso 5).

mandato legal frente a la consideración de los intereses económicos del empresario provenía precisamente de su poder coactivo y no de otros factores como la autoridad moral del legislador, el carácter democrático del procedimiento de producción de las normas, la bondad y adecuación de su contenido o la necesidad pragmática de contar con reglas generales para desenvolverse en las relaciones laborales. Los empresarios “deben” respetar la legislación laboral, pero en el discurso de la institución ese deber se fundamenta en último término en el grave perjuicio que podrían sufrir sus intereses si se activara la maquinaria coactiva del poder estatal. Dado que el debate se centra en intereses, el valor persuasivo del mandato legal depende del modo en el que pueda afectar realmente a los intereses del empresario.

En cambio, cuando los representantes del empresario acudían al acto sustituidos o acompañados por profesionales del Derecho y estos planteaban inicialmente su oposición a la pretensión en términos jurídicos, los mediadores se abstendían de defender interpretaciones jurídicas o de aludir a la fuerza moral del ordenamiento, incluso aunque a título personal estuvieran convencidos de que el Derecho amparaba los intereses de la contraparte. A estos efectos, resulta particularmente ilustrativo el Caso 12, relativo a la denegación del permiso de lactancia a un trabajador varón aduciendo que su esposa estaba desempleada. A mi juicio, la actual redacción del art. 37.4 ET tras la reforma de 2012 hace insostenible esta denegación en términos técnico-jurídicos<sup>54</sup>; esta era también la opinión del Secretario de la CCM. Sin embargo, durante el acto, la Comisión no hizo la más mínima referencia a esta calificación, debido a que el mismo problema se había planteado anteriormente en la misma empresa y distintos juzgados de la misma circunscripción habían llegado a conclusiones contradictorias.

Cuando el debate se centra en los intereses de las partes, el Derecho laboral debe leerse en clave pragmática o “realista” antes que doctrinal, de modo que no puede ser otra cosa que lo que los jueces dicen que es; su contenido pierde fuerza moral si no es aplicado coactivamente de manera efectiva por los poderes del Estado.

<sup>54</sup> Este artículo, en su redacción moderna establece que el permiso: “*constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*”. Respecto a la regulación anterior, aunque en mi opinión la denegación implica una discriminación por razón de sexo, alguna sentencia había afirmado su legalidad (STSJ (Social) de Castilla y León, Burgos, nº 523/2012 de 12 de julio).

## 5. EL PAPEL DE LOS “EXPERTOS”

En este trabajo denominaremos “expertos” a las personas que intervienen en el proceso de mediación con objeto de asistir, defender o representar a una de las partes en virtud de su acceso a un saber especializado relativo al marco institucional y jurídico en el que el conflicto se desenvuelve. Normalmente, estos expertos son profesionales del Derecho, pero en algunos casos el concepto puede abarcar a otras personas que no son necesariamente juristas, pero que, debido a su dedicación continuada a la defensa de intereses laborales, han adquirido un conocimiento especializado del marco institucional, como los sindicalistas o los gestores de recursos humanos. El conocimiento de los expertos no se refiere exclusivamente al derecho positivo, sino que incluye toda una serie de saberes de naturaleza práctica vinculados al contexto jurídico e institucional: reglas “no escritas”, tiempo que consumen los procedimientos administrativos y judiciales, costes diversos, riesgos y probabilidades, práctica judicial y comportamiento esperable de los jueces locales, fortalezas y debilidades del caso, efectos secundarios que implica mantener el conflicto, etc.<sup>55</sup>

En las mediaciones del SERCLA los profesionales están presentes en la mayoría de los casos y generalmente asumen un papel muy importante, al contrario de lo que sucede en otros modelos de mediación, que pretenden otorgar el máximo protagonismo a las partes en conflicto<sup>56</sup>. Así pues, la presencia y protagonismo de los expertos pueden considerarse como formas de influencia del Derecho en este tipo de mediaciones que terminan afectando al modo en el que se desarrollan.

En ninguno de los 14 casos observados, los trabajadores asistieron por sí solos. En el caso 13, el trabajador fue acompañado por un representante sindical que habló en su nombre (la reclamación era de escasa cuantía y pagar a un profesional hubiera sido excesivamente costoso). En todos los demás asuntos, el trabajador vino acompañado o representado por Abogado o Graduado Social. En

<sup>55</sup> Puede consultarse un interesante análisis del asesoramiento jurídico en procesos de negociación y mediación (sujetos, contenido, modo y escenarios) en J. Wade, “Forever bargaining in the shadow of the law -Who sells solid shadows? (who advises what, how and when), repositorio de la Universidad de Bond ([http://epublications.bond.edu.au/law\\_pubs/261](http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/261)), 1998.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, en N. Doherty y M. Guyle “The essential guide to workplace mediation and conflict resolution”, Kogan Page, London, 2008, p. 31, se subraya la ventaja de que en la mediación son las partes por sí mismas las que crean las conclusiones y no sus consejeros o una determinada agencia o entidad.

uno de ellos (Caso 8) asistieron e intervinieron de manera coordinada tanto un Abogado como un representante del sindicato al que pertenecía. Por otra parte, en algunos casos el Letrado pertenecía a los servicios jurídicos de un sindicato (Casos 5, 9 y 12, sucediendo que en el 9 la trabajadora también era delegada de personal). La entrevista al Coordinador confirma que los trabajadores siempre vienen asistidos por un “experto”, salvo cuando ellos mismos son militantes sindicales o representantes asociados a un sindicato que en este caso están reclamando sus intereses individuales. En algunos casos aislados la institución ha detectado la participación de asesores no especializados, esto es, de personas que en realidad carecen de un conocimiento apropiado sobre el marco institucional, pero que participan en el proceso por razón de algún vínculo personal con el trabajador; la institución considera que esta situación es muy peligrosa para el desarrollo apropiado del acto, de modo que en estas situaciones se ha propuesto la suspensión para que el trabajador se asesore debidamente.

La presencia de los profesionales o expertos asistiendo al trabajador en todos o casi todos los actos de mediación se explica fundamentalmente por el hecho de que son precisamente estos los que informan y aconsejan a los trabajadores acerca de la posibilidad y conveniencia de acudir a un acto de este tipo. En efecto, de acuerdo con el Coordinador provincial, existe un grupo bastante identificado de profesionales -además de los servicios jurídicos de los sindicatos firmantes- que conocen el SERCLA y que confían en la actividad desarrollada por la institución. Son estos los que conducen a la institución a la mayoría de los usuarios en el caso de conflictos individuales.

En la inmensa mayoría de los supuestos el “experto” acompañaba al trabajador al acto de mediación. Solo en dos ocasiones (Caso 4 y Caso 10), el profesional actuó a todos los efectos como representante, sustituyendo completamente al trabajador. Ahora bien, lo normal en la mayoría de los casos era que el experto asumiera casi todo el protagonismo en el desarrollo del acto y que las intervenciones del trabajador fueran de duración limitada -refiriéndose normalmente a la aclaración de hechos o a la expresión de emociones-, o incluso no se produjeran<sup>57</sup>. Este protagonismo de los profesionales -que contrasta con otros modelos de mediación- apunta a un segundo motivo que explica el hecho de que los trabajadores vengán siempre acompañados y que también fue expuesto por

<sup>57</sup> Solo en dos ocasiones los trabajadores asumieron un protagonismo significativo en la defensa de sus intereses: en el caso 7 (el trabajador estaba apreciablemente cualificado para la comunicación oral) y en el caso 9 (la trabajadora era delegada de personal).

el Coordinador provincial en la entrevista: su intervención aporta confianza en el contexto general de inseguridad al introducirse en un “sistema experto”<sup>58</sup> cuya lógica desconocen.

En lo que refiere a la parte empresarial, la pauta más habitual ha sido la asistencia letrada o, en algún caso la presencia de un empleado especializado en recursos humanos. No obstante, en comparación con la parte laboral ha habido más ocasiones en las que se asistía sin la presencia de un jurista o profesional especializado en las relaciones laborales (Casos 3, 5, 8 y 14).

Por supuesto, como el empresario no acude normalmente a los servicios de mediación por su propia iniciativa, sino ante un requerimiento del trabajador, no son en este caso los profesionales los que captan a los usuarios del servicio. Por otra parte, la presencia en el acto de los “expertos” es menos importante para los empresarios, principalmente por dos motivos: en primer lugar, porque algunos representantes de empresas pequeñas, aunque no son especialistas en Recursos Humanos, están muy habituados a negociar con el personal y tienen un conocimiento suficiente del marco institucional<sup>59</sup>. En segundo lugar, de acuerdo con lo señalado por el Coordinador provincial en la entrevista, lo normal es que los empresarios, aunque no vengan acompañados por expertos, se hayan asesorado previamente<sup>60</sup>.

En cambio, en el caso 5 se apreciaron claramente los problemas de la falta de asistencia técnica del empresario, lo cual es muy inusual, según el Coordinador. El desconocimiento absoluto que mostraban los representantes de la Asociación empleadora acerca del contenido del ordenamiento jurídico y de los procedimientos legales los ponía inicialmente en una disposición muy poco

<sup>58</sup> El Coordinador tomó explícitamente este término -que proviene originariamente de los trabajos de A. Guiddens- de la obra, A. Díaz de Rada, H. Velasco Maillo, F. Cruces Villalobos, *La sonrisa de la institución: confianza y riesgo en los sistemas expertos*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.

<sup>59</sup> En los casos 8 y 14, los representantes de la empresa estaban suficientemente informados como para gestionar adecuadamente sus intereses en el acto. Ciertamente, en el caso 8, el gerente cometió errores jurídicos en su intervención, pero en cualquier caso su incursión en la argumentación jurídica era innecesaria.

<sup>60</sup> En el caso 3, la empresa hubo de recurrir al profesional dentro del acto de mediación. Mientras se desarrollaba una reunión privada de la trabajadora con el equipo de mediación, los representantes de la empresa llamaron a su abogado y este les indicó que el derecho a las vacaciones del año anterior estaba extinguido, de modo que volvieron al acto de mediación con esta nueva información, que afectó a su conducta.

favorable para llegar a un acuerdo, a pesar de la posición real de debilidad en la que el incumplimiento patente de la ley los había situado, dado que no comprendían adecuadamente las diversas responsabilidades en las que podían estar incurriendo. La abogada del trabajador no podía evitar exhibir su malestar respecto a la inadecuación de los interlocutores, tanto por su ignorancia del Derecho como por su inexperiencia negociadora. El equipo de mediación, advirtiendo el mismo problema, exhortó en varias ocasiones a los representantes de la asociación para que buscaran asesoramiento profesional<sup>61</sup>. En la segunda sesión, la empresa vino ya asistida por un abogado, que recondujo el conflicto a lo jurídicamente admisible, vino al acto con un acuerdo negociado en el que aceptaba la pretensión del trabajador y esbozaba ya una estrategia de defensa de la empresa en el conflicto general jurídicamente informada.

Esta anécdota ilustra de manera muy clara que la presencia y participación de los profesionales en el acto de mediación es valorada muy positivamente, tanto por la institución como incluso por los profesionales que asisten a la parte contraria. Aunque pueden darse algunos casos patológicos de “malos profesionales” que dificulten un acuerdo posible con objeto de llevar el caso a juicio a toda costa para cobrar más al cliente, lo habitual es que los profesionales del Derecho que acuden al SERCLA asuman un papel beneficioso en el desarrollo del acto<sup>62</sup>.

La presencia del profesional se considera provechosa porque permite mostrar al cliente de manera realista sus posibilidades en caso de que no haya acuerdo<sup>63</sup>. Esta competencia deriva de diversos factores: a) conocimiento de las normas; b) conocimiento de la práctica jurídica; c) experiencia negociadora<sup>64</sup> y d) separación emocional respecto al objeto del conflicto.

<sup>61</sup> “¿Habéis contado con algún asesor?”, “¿Cómo no habéis venido con un asesor que os asesore bien?”, “No sabéis dónde están los límites de la negociación. Dejad a los profesionales que lleguen al equilibrio al que tengan que llegar” [miembros del equipo de mediación en distintas ocasiones, Caso 5, primera sesión].

<sup>62</sup> Entrevista al Coordinador Provincial. En algunos supuestos observados la disposición negociadora fue tal que los profesionales negociaron el acuerdo fuera del ámbito de la institución y se limitaron a convalidarlo en el acto de mediación (Casos 2 y en el 5 en la segunda sesión cuando asiste el abogado).

<sup>63</sup> De acuerdo con el Coordinador “*templan las expectativas de las partes*” y “*les ayudan a ver la mejor alternativa, el BATNA famoso; esto se lo hace ver mejor el profesional a su cliente que nosotros como tercero*”.

<sup>64</sup> “*Tú y yo hablamos el mismo idioma porque estamos hartos de negociar cosas. Vamos a ver si hablamos el mismo idioma*” (abogado del trabajador al abogado de la empresa en el Caso 7).

Los dos primeros aspectos fortalecen de manera muy clara la presencia indirecta del Derecho en el acto de mediación. Los dos segundos favorecen - como también se ha visto respecto al papel de la institución- una lectura determinada del Derecho, más “realista” que puramente “doctrinal”, vinculada por tanto a la eventual intervención coactiva del poder judicial y basada en intereses más que en posiciones. De hecho, en algún caso pudo observarse que la abogada de la trabajadora corrigió una interpretación jurídica de la propia defendida por motivos estratégicos<sup>65</sup>.

Probablemente en otros tipos de mediación en los que resulta necesario resolver problemas emocionales (dificultades de convivencia entre vecinos, conflictos familiares distintos de la ruptura o incluso conflictos interpersonales en el trabajo o en el seno de las organizaciones), resulta más relevante que sean las partes en conflicto quienes asuman el protagonismo del diálogo. En cambio, en los conflictos jurídicos e individuales entre trabajador y empresario formulados de manera explícita a través de un escrito formal, parece aconsejable una gestión más racional y despersonalizada de los intereses de cada parte.

De hecho, en los casos en los que ambas partes fueron totalmente sustituidas por profesionales (Caso 4 y Caso 10), el acto se desarrolló con una cordialidad máxima y con muy poca tensión y ello no supuso ningún obstáculo para que los “expertos” defendieran adecuadamente los intereses de cada parte. Esto no implica, empero, que la falta de presencia directa y personal de las partes en conflicto sea beneficiosa para el propósito de alcanzar el acuerdo. En particular, la ausencia del empresario -que es muy común-, aunque reduce notablemente la carga emocional del acto, limita enormemente las posibilidades del acuerdo, puesto que los profesionales suelen venir con un mandato muy cerrado y con poco margen para la negociación<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> La pretensión básica de la trabajadora era el disfrute de las vacaciones en período estival y la estrategia para un eventual juicio se basaba en mantener una postura muy flexible para todo lo demás. De hecho, la abogada, desde su experiencia había manifestado de manera expresa que pensaba que esta flexibilidad sería tomada en consideración positivamente por el Juez y esto había sido admitido incluso por el abogado de la contraparte. No obstante, en el acto la trabajadora invocó (erróneamente) una cláusula del convenio colectivo que supuestamente imponía un régimen menos flexible, seguramente para intentar reforzar su postura moralmente. Esta interpretación fue corregida tanto por su propia abogada como por la CCM.

<sup>66</sup> Esto pudo apreciarse claramente en los casos 4, 9 y 13, pero se expresó de manera mucho más cruda en los casos 10, 11 y 12, en los que ni siquiera se escenificó la voluntad de negociar. En cambio, en la mayoría de los casos en los que compareció personalmente un representante de la empresa con capacidad real de decisión (Casos 2, 3, 4, 5 y 8), finalmente se consiguió un

Así pues, el modelo que parece más efectivo para alcanzar un acuerdo “a la sombra” de un eventual proceso judicial es que las partes estén presentes en el acto de manera personal, pero que el protagonismo en las intervenciones lo tengan los “expertos”, que asimismo pueden moderar las expectativas de las partes y sus intentos de autolegitimarse moralmente con objeto de obtener un acuerdo que satisfaga en lo mayor posible sus intereses.

## 6. LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO POR LAS PARTES

Como ya se ha señalado, desde una perspectiva externa al ordenamiento jurídico todos los conflictos de la sociedad son básicamente conflictos de intereses. Cada uno de los campos que componen la sociedad -como el ámbito familiar o el de las relaciones laborales- tienen su propia lógica autorreferente, que no coincide con el razonamiento puramente jurídico. Por consiguiente, en la vida cotidiana los conflictos se canalizan normalmente a través de los mecanismos propios de cada campo, que son relativamente ajenos a la lógica jurídica. Esto no impide que el Derecho influya en la gestión cotidiana del conflicto. Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico es leído, utilizado y movilizado por las partes desde sus propios intereses y en relación con la lógica de cada subsistema social.

Una discrepancia puede ser calificada como un conflicto interpretativo o aplicativo cuando alguna de las partes (o ambas) movilizan el Derecho como arma o herramienta para defender su posición y defender sus intereses. Esta movilización puede ser formal -acudiendo a las instituciones de poder del Estado para que intervengan en el conflicto- o informal (utilizando el Derecho como un argumento o elemento de poder en la negociación cotidiana del conflicto). La parte contraria puede reaccionar de diferentes modos: puede mostrarse indiferente frente a esta movilización, utilizar también el Derecho en la defensa de sus propios intereses o percibir el ordenamiento como una fuerza ajena a sus intereses que, sin embargo debe ser tenida en cuenta.

acuerdo, a pesar de la renuencia inicial de la empresa. La técnica que utiliza la institución para afrontar la interposición de profesionales sin capacidad real de negociación es ofrecer la posibilidad al representante de la empresa de ponerse en contacto -o bien telefónicamente o bien de manera personal entre sesiones- con las personas capacitadas para tomar decisiones. En palabras del Coordinador: *“Si el que tiene poder para negociar no está en la mesa, hay que traerlo aunque sea ‘en espíritu’”*.

Así pues, hay tres tipos de relación de las partes en conflicto con el Derecho aplicable: relaciones de “indiferencia”, relaciones de “movilización” y relaciones de “oposición”. Las relaciones de “indiferencia” pueden deberse a que el sujeto desconozca la norma o sea incapaz de comprender su contenido, o bien a que el destinatario no se sienta personalmente obligado a su cumplimiento ni amenazado por los mecanismos de coacción. Las relaciones de “movilización” pueden producirse porque el sujeto se considere amparado por la norma -con razón o sin ella- (relaciones de “legitimación”) o bien porque utilice la norma para defender un interés distinto del que esta protege (relaciones de “manipulación”). Desde una perspectiva interna, algunas conductas manipulativas pueden calificarse como “abusos de derecho” o “fraudes de ley”, pero muchas otras veces son perfectamente legítimas (así, por ejemplo, el planteamiento estratégico de una denuncia a la Inspección de Trabajo). Las relaciones de “oposición” pueden ser de “resignación” -aceptación del contenido de la norma debido a la eficacia de los mecanismos de coacción, aunque el sujeto no se considere moralmente obligado a cumplirla- o de “beligerancia” (consideración del ordenamiento como un “enemigo a derrotar” a través de la confrontación directa, el fraude o el ocultamiento).

En el ámbito de las relaciones laborales individuales, estas formas de relación están fuertemente condicionadas por las desigualdades de poder estructurales que existen entre trabajadores y empresarios. Como es sabido, en el modo de producción capitalista, los trabajadores venden su fuerza de trabajo al empresario, que es quien organiza su actividad y, por tanto, controla el trabajo. El Derecho identifica y reconoce esta relación de poder social y económico como una relación jurídica y, al hacerlo, de un lado otorga legitimación a los poderes del empresario y de otro les pone una serie de límites. Debido al reconocimiento y legitimación de esta desigualdad estructural, la relación jurídica derivada del contrato individual de trabajo está configurada de modo que casi siempre es el trabajador el que tiene que acudir a la movilización formal del Derecho. El empresario siempre actúa de manera directa, utilizando los poderes a su alcance (en su caso, movilizándolo informalmente el derecho sin necesidad de recurrir a las instituciones de poder estatal) y es el trabajador el que debe acudir formalmente a las instituciones para impugnar las decisiones empresariales.

En este contexto, no resulta para nada extraño que en la totalidad de los casos presenciados haya sido el trabajador quien haya movilitado formalmente el Derecho a través de la “papeleta” o formulario de solicitud de la mediación. La presente investigación no ha permitido profundizar en los factores que dificultan o facilitan la movilización formal del Derecho por parte de los trabajadores, dado que los que acuden al centro son precisamente aquellos que se

encuentran en posición de reclamar judicialmente sus derechos<sup>67</sup>, al margen de que en algunos casos es posible que no hayan planteado posteriormente una demanda, por la escasa cuantía de su pretensión o por contar con escasas posibilidades de éxito.

Puesto que los trabajadores son los que movilizan formalmente el derecho laboral, sus relaciones con el ordenamiento son normalmente de “legitimación”, muy a menudo mezclada con la “manipulación” estratégica.

Las relaciones de “legitimación” han sido más patentes en los casos en los que el trabajador “reclamaba un derecho” ante la negativa del empresario a concederlo (Casos 3, 9, 12 y 13), de modo que el conflicto asumía un perfil más marcadamente jurídico. Aunque todos estos derechos están vinculados a intereses del trabajador, este se siente facultado para plantear una reclamación cuando considera que su interés se ve amparado formalmente por el ordenamiento. En estos casos, las conductas manipulativas son ocasionales y se refieren a cuestiones accesorias.

No obstante, en la inmensa mayoría de los casos, la solicitud de mediación no estaba motivada por la “reclamación de un derecho”, sino por la reacción ante una medida empresarial (modificación sustancial o traslado). En estas situaciones es mucho más frecuente la presencia del elemento de “manipulación” del ordenamiento, puesto que el trabajador normalmente reacciona motivado por el perjuicio que la medida empresarial le provoca y no por una interpretación determinada del ordenamiento jurídico. Para defender sus intereses, el trabajador intenta utilizar los medios jurídicos que tiene a su alcance a través del apoyo técnico del profesional.

En este sentido, es importante tomar en consideración que en la actualidad el marco legal resulta muy favorable al empresario. Este puede llevar a cabo

<sup>67</sup> En otra parte he defendido que en el sistema jurídico-laboral español, el principal elemento que condiciona las relaciones de poder entre empresarios y trabajadores es la antigüedad del trabajador en la empresa. “Regulation of Dismissal and Mobilisation of Labour Rights: a Critical Perspective on the Spanish System”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, Vol. II, nº 1-2, 2013. El análisis de los casos observados es coherente con estos planteamientos, por cuanto en los 11 casos en los que consta la antigüedad en la papeleta, esta es siempre superior a seis años (y a menudo muy superior). No obstante, para extraer conclusiones más representativas respecto a esta cuestión sería muy conveniente hacer un estudio cuantitativo que considerara un mayor número de casos y que tuviera en cuenta, además de la antigüedad, otros factores.

unilateralmente modificaciones sustanciales de cualquier condición contractual -incluyendo la cuantía del salario- o traslados que exijan cambio de residencia, siempre que exista causa. A este respecto, la exigencia de causa es mínima; basta con que la medida realmente sea beneficiosa para el empresario -es decir, que no sea arbitraria o fraudulenta- para que sea suficiente. Por ello, los trabajadores a menudo incorporan a la papeleta reivindicaciones adicionales a las que realmente suscitan el conflicto, para invocar los límites de los arts. 39.1 y 50.1 a) ET con objeto de mejorar su posición de debilidad<sup>68</sup>. Esta manipulación es una manifestación de la influencia del Derecho sobre las estrategias de las partes en la negociación del conflicto laboral.

Por otra parte, los requisitos de procedimiento para los traslados o modificaciones sustanciales individuales son muy sencillos. Como es sabido, basta con notificar la decisión por escrito al trabajador con un período de preaviso, indicando la causa. En algunos casos puntuales, los empresarios pueden incumplir estos requisitos por pura ignorancia o por falta de recursos (Caso 5), pero es más común que lo hagan por motivos estratégicos. En efecto, dado que existe una cierta incertidumbre respecto a la calificación judicial del carácter sustancial de una modificación, en ocasiones los empresarios optan por plantear la modificación como accesorio, con objeto de eludir la opción de los trabajadores por la extinción indemnizada (especialmente si tienen una antigüedad alta). Así pues, son los trabajadores los que tienen la carga de impugnar la modificación, para poder conseguir, en su caso, al menos la extinción indemnizada. En este contexto, los trabajadores frecuentemente impugnan las decisiones empresariales llevadas a cabo “sin procedimiento”, por este motivo, aunque el conflicto real se refiere más bien al perjuicio sustancial provocado por la modificación [Casos 4, 5, 8, 10].

En otros supuestos, el planteamiento de las vicisitudes es precisamente una conducta estratégica y manipulativa del empresario para conseguir de manera indirecta la extinción indemnizada del contrato, obteniendo los resultados de un “despido por causas objetivas” a un menor riesgo. En efecto, por más que se

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, en el Caso 4 el problema real era que a la trabajadora se le había obligado a trabajar en fin de semana, pero en la papeleta se mencionó también una movilidad funcional que supuestamente era inadecuada para su formación y que podía implicar una mayor peligrosidad; estas cuestiones no se discutieron en el acto de mediación. Por otra parte, en el Caso 7 se invocaba un perjuicio a la dignidad del trabajador y se mencionaron diversas conductas de la empresa que realmente no se enfatizaron en el acto, puesto que el problema real no era otro que la pérdida de la cartera de clientes.

haya flexibilizado la causa de despido, siempre existe una cierta incertidumbre respecto a la posibilidad de que el juez pueda declarar un despido improcedente, de manera que en la práctica pueden terminarse pactando indemnizaciones intermedias. En cambio, si el empresario es capaz de plantear una vicisitud del contrato que responda a una lógica empresarial real y que al mismo tiempo no sea asumible por el trabajador en base a sus circunstancias personales, el peor resultado que puede obtener es la indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Según el Coordinador, esta estrategia es muy frecuente a partir de la reforma laboral<sup>69</sup>. En las mediaciones observadas, es posible que esta estrategia estuviera implícita en varios supuestos (como el 7 y el 8, en los que la empresa hizo la oferta de extinción indemnizada en el acto de mediación aunque las modificaciones no se habían planteado como “sustanciales”), pero resulta especialmente perceptible en el Caso 11, relativo a un traslado de la provincia de Cádiz a El Ferrol<sup>70</sup>.

Los casos de traslado (Casos 10 y 11) ilustran de manera especialmente clara la principal ventaja jurídica que tiene el empresario en todos los casos, ya sean vicisitudes de la relación o reclamaciones de derechos. Esta ventaja es el control del *statu quo* derivado de su posición de preeminencia reconocida por el ordenamiento. Una vez que el trabajador toma la decisión de movilizar formalmente sus derechos (arriesgándose a un deterioro de la relación personal con el empresario), esta movilización, con la consiguiente inversión de tiempo, recursos, energía y desgaste de la relación personal, debe mantenerse durante un

<sup>69</sup> “Es muy claro que las modificaciones se están utilizando para aumentar beneficios, no tanto como para impedir una situación negativa y también para abaratar los despidos. Aquí ya nadie despide, sino que ‘yo te mando un traslado y tú optas por la extinción’. Eso es continuo, se ve a partir de 2012 con mucha claridad”.

<sup>70</sup> En este supuesto, la empresa había cerrado su centro de trabajo en la provincia, trasladando a la trabajadora con arreglo al procedimiento legal (puesto que en este caso no había dudas de que se trataba de un traslado). El traslado no resultaba asumible para la trabajadora por motivos familiares. Ella alegaba que la empresa estaba desviando la clientela a otra empresa local, que ya había asumido a dos de sus compañeros y que, de hecho, la había sondeado informalmente para contratarla, aunque perdiendo su antigüedad y empeorándose en otros aspectos sus condiciones. Así pues, alegaba que existía una subrogación empresarial. En este caso es muy probable que la empresa hubiera construido artificialmente el supuesto para conseguir una extinción indemnizada con una indemnización de 20 días. En cambio, la trabajadora, según declaró en conversación informal posterior pretendía, o bien incorporarse a la nueva empresa en sus condiciones anteriores, o bien extinguir el contrato con una indemnización equivalente a la de despido improcedente y posteriormente incorporarse a la nueva empresa en las condiciones inferiores que le habían ofrecido.

tiempo muy prolongado, durante el cual se sigue dando por válida la vicisitud emprendida por el empresario o su negativa a la reclamación de un derecho. En el mejor de los casos, los procesos se prolongan durante meses y en ese período los trabajadores afectados deben adaptarse a la situación impuesta por el empresario o bien extinguir su contrato de uno u otro modo<sup>71</sup>. En este sentido, la lentitud del poder judicial, en términos estratégicos mejora significativamente la BATNA judicial del empresario y dificulta enormemente el acuerdo<sup>72</sup>.

En un contexto normativo poco favorable para el trabajador, este en ocasiones muestra relaciones de “resignación” (por ejemplo, en el Caso 10). Esta resignación se remitía a la “reforma laboral” (de 2012) como hito que ha determinado un grave desequilibrio de poderes en el seno de la relación laboral individual. La observación y la entrevista muestran que los efectos de la reforma no han sido solo jurídicos, sino también simbólicos, en la medida en que los empresarios se han sentido especialmente legitimados para tomar determinadas medidas, aunque algunas de ellas ya eran posibles con la regulación anterior.

De manera muy clara, la actitud del empresario en la mediación está fuertemente condicionada por este desequilibrio de poder. En algunos casos, la empresa ni siquiera asistió al acto (Casos 1 y 6, así como una de las dos empresas demandadas en el Caso 14)<sup>73</sup>. Aparentemente, en estos supuestos existe una relación de “indiferencia” con el ordenamiento, pero a mi juicio esta indiferencia se combina con relaciones de “legitimación”-el empresario piensa que tiene la

<sup>71</sup> Así, en el Caso 10 la trabajadora debía trasladarse de El Puerto de Santa María a El Ferrol o bien solicitar la extinción indemnizada; la Graduada Social que defendía a la trabajadora pretendía solicitar medidas cautelares, pero no se mostraba muy optimista respecto a sus resultados. En el Caso 11 se desplazaba a varias trabajadoras a distintos centros de la provincia con motivo del cierre de un centro; a pesar de que la distancia era mucho menor, se producían cambios de horarios incompatibles con sus responsabilidades familiares, de modo que estas se veían forzadas a extinguir el contrato.

<sup>72</sup> Como describía el Coordinador: “Puede que te lo tenga que pagar pero te lo voy a pagar dentro de dos años y dentro de dos años ya veremos si estoy, si no estoy, si se subrogará otro [...] o negociaré cuando llegue el momento, no ahora [...] en vía judicial, cuando te hayas tenido que gastar dinero, si me presentas la demanda [...] Es una fase muy previa y está muy ‘verde’ el conflicto, de modo que la empresa tiene mucho margen para ganar”.

<sup>73</sup> Según las estadísticas oficiales para toda Andalucía en 2014, la empresa no asistió en 95 casos de un total de 423 (22’46%).

razón- y, sobre todo, de “manipulación” del ordenamiento<sup>74</sup>. En ocasiones la asistencia de la empresa se debía únicamente a una conducta de cortesía, mostrando abiertamente su falta de disposición inicial (Casos 10, 11 y 12) o participando en la negociación con posturas bastante cerradas (casos 4, 9 y 13, así como caso 7 salvo la posibilidad de extinción indemnizada).

El mayor incentivo para negociar es el hecho de que los contenidos sustanciales del Derecho supongan un cierto reequilibrio de poderes entre el trabajador y empresario. En los Casos 3 y 5, en que la ley amparaba claramente las pretensiones de los trabajadores y la amenaza de la vía judicial era creíble, se alcanzó un acuerdo a pesar de que, desde un punto de vista emocional, los empresarios estaban muy poco dispuestos a ello. Las relaciones de la empresa con el ordenamiento fueron pasando gradualmente de la “indiferencia” o la “oposición” a la “resignación”. En cambio, cuando existe mayor incertidumbre respecto al resultado final, el empresario está en una situación de ventaja, derivada su dominio del *statu quo*.

En algunos casos, no obstante, pueden ser relevantes algunas circunstancias extrajurídicas. La más importante es, seguramente, la necesidad que tienen algunas empresas de mantener un buen clima laboral, además de una buena imagen pública<sup>75</sup>. Estas causas adquieren mayor relevancia debido a la pérdida de la fuerza tuitiva del Derecho del Trabajo español a partir de las sucesivas reformas, pero eso no impide que, como regla general, la negociación efectiva sea muy difícil cuando no existe un reequilibrio de la desigualdad de poderes inherente a las relaciones de trabajo asalariado.

<sup>74</sup> Como ya se ha visto, en la inmensa mayoría de los casos, la mediación ante el SERCLA es un trámite voluntario. En este sentido, no parece que puedan aplicarse las sanciones pecuniarias previstas en el art. 97.3 LJS para el demandado que no acuda injustificadamente al acto de conciliación. Así pues, al estar en la posesión del *statu quo*, muchos empresarios no tienen ningún incentivo para asistir al acto. Según el Coordinador provincial, la asistencia de los empresarios o sus representantes se consigue normalmente a través de un trabajo de comunicación constante e insistente por parte de la institución (más allá de la mera notificación).

<sup>75</sup> Según el Coordinador, debido a esta circunstancia, cuando no existe un conflicto directo y personal con el empresario, sino una discrepancia exclusivamente laboral o bien provocada por los efectos colaterales de un conflicto con otro trabajador, es posible que la empresa está dispuesta a pactar un acuerdo. En los casos observados, la necesidad de mantener un buen clima laboral pudo apreciarse de manera clara en los casos 4, 7, 8 y 13, pero solo fue suficiente para alcanzar un acuerdo en el Caso 8 (que afectaba a una entidad sin ánimo de lucro y finalidad social con presencia sindical).

## 7. CONCLUSIONES

Las mediaciones individuales en el SERCLA constituyen un escenario fronterizo entre la gestión cotidiana del conflicto laboral en el seno de las empresas y el sistema judicial, que resulta especialmente interesante para observar y analizar la influencia real del Derecho en la práctica social. Esta observación requiere la utilización de técnicas que no son habituales entre los juristas-investigadores, pero que proporcionan información relevante para la Ciencia del Derecho. En este sentido, las técnicas cualitativas no permiten conocer la frecuencia de los acontecimientos pero sí facilitan la formulación de proposiciones teóricas conectadas con la realidad, que permiten una mayor comprensión de la práctica jurídica.

Los conflictos planteados en el escenario estudiado son siempre de carácter “jurídico”, dado que se formalizan a través de la movilización explícita del Derecho por parte del trabajador. No obstante lo anterior, la institución procura convertirlos en conflictos “de regulación de intereses” durante el proceso de mediación para permitir el planteamiento de alternativas a las posiciones de partida de las partes. En este contexto, los contenidos del Derecho del Trabajo influyen de manera “subterránea”, determinando los objetivos del equipo de mediación, configurando tanto en sentido negativo como positivo el espacio de posibilidades del acuerdo y, sobre todo, condicionando la relación de poder entre las partes.

En esta fase del conflicto, la fuerza del Derecho no se basa su valor moral intrínseco, sino más bien en su poder coactivo. La intervención de los profesionales tiende a reforzar este aspecto, puesto que generalmente se focaliza en los efectos que puede tener la práctica jurídica real sobre los intereses de las personas a quien asisten.

En las relaciones laborales, los empleadores se encuentran en una posición estructural de ventaja. Esta posición está reconocida y legitimada por el Derecho del Trabajo, que otorga al empresario el control del *statu quo*. El trabajador tiene siempre la carga de movilizar de algún modo el Derecho para alterar el orden de cosas establecido por el poder empresarial. En caso de impugnación se mantiene la eficacia jurídica de las decisiones del empleador hasta que no se alcance una resolución judicial.

En la medida en que los contenidos tuitivos del Derecho Laboral sean claros y se apliquen efectivamente, se puede facilitar que se produzca una negociación real. Esto permitiría equilibrar en parte esta desigualdad básica en el

ámbito de la mediación, sin necesidad de que los trabajadores acudan a juicio. En cambio, cuando la regulación es claramente favorable al empresario, como sucede en gran medida en la actualidad, resulta muy difícil alcanzar acuerdos que pongan algún límite al ejercicio discrecional del poder unilateral. En muchos casos los trabajadores tienen que manipular el ordenamiento para poder sentarse a negociar en un acto de mediación institucional, confiando en factores extrajurídicos como la necesidad de algunas empresas de mantener un buen clima de trabajo o una buena imagen, pero estos elementos normalmente no son suficientes para que se alcance una negociación equilibrada. Como señaló Thomas Hobbes hace más de tres siglos, donde no hay un poder común, la ley realmente no existe y dónde no existe la ley, no puede haber justicia.