

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Cosculluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

APUNTE SOBRE LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL EMPLEO PÚBLICO¹

EDUARDO GAMERO CASADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS DE PERSONAL: 1.1. *Cuestión preliminar: sobre el concepto de mediación y su aptitud en el marco jurídico-administrativo.* 1.2. *Clasificación de los escenarios de la mediación en el sector público: tipos de conflictos laborales (con especial consideración del mobbing) y su reflejo en materia de organización y procedimiento administrativo.*—II. ENGARCE DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 2.1. *Requisitos de procedimiento para la iniciación formal de la mediación (I): conflictos colectivos e individuales en la función pública: a) A través del artículo 88 LRJAP: la terminación convencional del procedimiento. b) Mediante el artículo 107.2 LRJAP: los procedimientos sustitutos del recurso de alzada en conflictos individuales del personal funcionario. c) Conflictos colectivos: pactos y acuerdos en materia de negociación colectiva y el sometimiento a mediación de las desavenencias (arts. 35 y 38 de la Ley 9/1987). d) El acceso a la mediación a través de la transacción. e) Viabilidad de la mediación como técnica instrumental o de apoyo en el marco de cualquier procedimiento administrativo unilateral. f) Las propuestas del Estatuto del Empleado Público.* 2.2. *Requisitos de procedimiento para la iniciación formal de la mediación (II): conflictos en materia de empleo laboral.* 2.3. *Tramitación y terminación del procedimiento: a) Conflictos colectivos de funcionarios públicos. b) Conflictos individuales de funcionarios públicos.*—III. LA PRUDENTE PROGRESIVIDAD EN LA IMPLANTACIÓN DE ÁMBITOS Y PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN.—IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN: 4.1. *El perfil del mediador y su influencia sobre la determinación del modelo organizativo.* 4.2. *Operatividad de los servicios de mediación laboral articulados por las Comunidades Autónomas: el ejemplo del SERCLA.* 4.3. *Creación de unidades específicas de mediación y asignación de funciones a mediadores institucionales.* 4.4. *Determinación del modelo organizativo que mejor se acomoda a cada clase de conflicto en cada Administración pública.*—V. CONCLUSIÓN.—VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

RESUMEN

La mediación viene cosechando grandes éxitos como técnica de resolución de conflictos. Este trabajo pretende analizar la posibilidad de aplicar la mediación a conflictos en materia de empleo público. En primer término, en materia de negociación colectiva, tanto en los llamados conflictos jurídicos como de intereses. Pero también a conflictos individuales relativos al ejercicio de derechos por parte de los funcionarios públicos, o a relaciones interpersonales de trabajo. En este último sentido, consideramos que la mediación podrá desempeñar un importante papel en materia de acoso laboral o *mobbing*. El trabajo realiza un enfoque jurídico de estas cuestiones, exponiendo el modo de insertar una fase de mediación en el seno del procedimiento administrativo.

¹ Los días 28 y 29 de noviembre de 2005 se celebraron en la Universidad de Huelva unas Jornadas sobre «La mediación como estrategia para resolución de conflictos de personal en el sector público», de las que fui coordinador junto con el profesor Miguel RODRÍGUEZ-PINERO ROYO; el presente trabajo es una adaptación de la ponencia que presenté sobre «Estructura de la mediación en Administraciones públicas: organización y procedimiento de mediación».

Palabras clave: mediación; técnicas alternativas de resolución de conflictos; empleo público; procedimiento administrativo.

ABSTRACT

Mediation is a successful way to resolve conflicts nowadays. This study aims to analyse the possibility of applying mediation in conflicts related to the civil service. First of all, in matter of collective bargaining, even in so called «juridical», than in «interest» conflicts. But mediation could also be used for individual conflicts concerning the exercise of rights by public employees, and interpersonal labour relationships. In this last sense, we think that mediation could have an interesting place in matter of *mobbing*. This study made a juridical approach to those questions, explaining the way to start up a mediation process inside the administrative procedure.

Key words: mediation; alternative dispute resolution; public service; administrative procedure.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS DE PERSONAL

La mediación constituye un mecanismo alternativo para la resolución de disputas que viene cosechando grandes éxitos en diferentes ámbitos sociales², sin haber llegado a implantarse aún en el campo jurídico-administrativo más allá de alguna mención nominal en diferentes textos normativos que tendremos ocasión de comentar después. En este trabajo exponemos las aptitudes que presentan las estrategias de mediación como instrumentos de resolución de conflictos de personal en el sector público —especialmente en materia de funcionarios de carrera—, por tratarse de un ámbito especialmente indicado para el empleo de esta fórmula que puede, además, servir como testigo para su posterior extensión a otras materias generales o sectoriales del Derecho administrativo. Partimos aquí de la convicción de que la mediación es mejor cauce que la vía judicial para la resolución de los conflictos de personal, y no apostamos por ella como alternativa resignada frente al colapso de la jurisdicción contenciosa³. Nuestra principal inquietud es determinar cómo podría inocularse una fase de mediación en el seno de un procedimiento o relación jurídico-administrativa (§ II), así como la fórmula organizativa idónea para el desempeño de la actividad mediadora (§ III), si bien para poder abordar esas cuestiones resulta preciso formular alguna aclaración previa.

² Véase la bibliografía relacionada en el Anexo.

³ En esta línea, LÓPEZ MENUDO (1999: 7) insiste en la idea de que la propuesta de cauces alternativos a la resolución de controversias jurídico-administrativas no debería venir originada por un fracaso de la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.1. *Cuestión preliminar: sobre el concepto de mediación y su aptitud en el marco jurídico-administrativo*

Una fuente de equívocos que conviene despejar es el concreto concepto de mediación que manejamos, pues existen múltiples sistemas de resolución de conflictos en los que operan conceptos diferentes —entre ellos, el de mediación—, que colisionan entre sí. Esto sucede tanto en el seno de un mismo ordenamiento o sistema como en el estudio comparado de la mediación en diferentes países o sistemas, de tal manera que sólo resulta posible definir a la mediación de forma relativa, esto es, por contraposición con el resto de conceptos y técnicas de resolución de conflictos que operan en un determinado sistema de resolución de conflictos —arbitraje, conciliación, buenos oficios, etc.— y dentro de unas coordenadas políticas y jurídicas individualizadas⁴. Deseamos concretar el concepto de mediación que manejamos aquí, pues el régimen jurídico de la figura dependerá del ámbito material que le reconozcamos, condicionando nuestras posiciones. Todo ello sin más pretensión que la de dar a este trabajo coherencia interna, nunca con el propósito de trascender a la dogmática general de la figura.

Podemos definir la mediación como un *mecanismo alternativo y voluntario de resolución de disputas sociales, de carácter autocompositivo, en cuya virtud las partes contendientes en un conflicto determinan por sí mismas cuáles son sus causas y buscan un arreglo que dirima la controversia, bajo los auspicios de un tercero imparcial —mediador—, carente de poderes coactivos, quien actúa como catalizador de este acuerdo, pudiendo llegar a convertirse en notario del mismo y en ente tutelar de su cumplimiento*⁵. Las claves de esta descripción son las siguientes:

⁴ Sucede, por otra parte, que la mediación ha sido incorporada a diferentes sectores normativos, siendo institucionalizada como procedimiento alternativo para la resolución de disputas en ámbitos materiales específicos: familia, relaciones laborales, conflictos escolares... En cada uno de esos ámbitos se han aprobado disposiciones que definen, conciben y regulan de diferente modo a la mediación, aunque en algunos casos se trate de diferencias de puro matiz. Y por ello puede pensarse que la mediación no constituye un concepto unívoco, sino diversificado en un sinnúmero de manifestaciones específicas de las que es imposible extrapolar una definición unitaria.

⁵ Vid. TOUZARD (1981: 136 y ss.), ACLAND (1990: 32 y ss.), MOORE (1995: 43 y ss.), SIX (1997: 21 y ss.), BARONA (1999: 74 y ss.), VINYAMATA (1999: 139), GUILLÉN y otros (2005: 60 y ss.), GARCÍA GARCÍA (2003: 135 y ss.), BUTTS GRIGGS y otros (2005: 266 y ss.), MALARET (2001: 81 y ss.), BERNAL (1995: 15 y ss.), RIPOL-MILLET (2001: 33 y ss.), SINGER (1996: 100 y ss.), LUISSON (2000: 92 y ss.), GROVER DUFFY, GROSCHE y OLCZAK (1996: *passim*), ALÉS (2004: 9 y ss.) y MARÍN (2003: 11 y ss.). Entre las pocas definiciones acuñadas en el ámbito jurídico-administrativo destaca la de SÁNCHEZ MORÓN (1995: 20), quien la formula en los siguientes términos: «es un procedimiento, generalmente no formalizado, por el que un tercero neutral intenta contribuir a la resolución de un conflicto entre partes organizando el intercambio de sus respectivos puntos de vista, ayudándoles a encontrar elementos de encuentro en sus posiciones y, en definitiva, propiciando una composición de sus intereses. A diferencia del arbitraje (y del recurso judicial) en este caso el tercero neutral no adopta ninguna decisión. Simplemente ayuda a las partes a negociarla y acordarla». De otro lado, en VALDÉS (dir.) (2003) se recoge el concepto de mediación aplicable en el ámbito jurídico laboral en diferentes países de la Unión Europea: Alemania (pág. 76), Bélgica (104), Dinamarca (141), Finlandia (228 y ss.), Francia (256 y ss.), Grecia (286 y ss.), Reino Unido (425) y Suecia (447), principalmente.

- La entrada en un procedimiento de mediación es voluntaria para las partes. No podemos concebir como mediación un sistema en que las partes se vean imperativamente abocadas a buscar un acuerdo. La permanencia en el procedimiento es asimismo voluntaria, pudiendo renunciar a continuarlo cualquiera de las partes en todo momento, hasta la eventual firma de un acuerdo final.
- Son las partes quienes han de esforzarse por encontrar un acuerdo (sistema autocompositivo de resolución del litigio), fruto de sus convicciones y de sus iniciativas, sin verse sometidas a la decisión vinculante de un tercero externo a su relación (sistema heterocompositivo); por consiguiente, las partes no se encuentran necesariamente apegadas a la decisión o al concreto catálogo de opciones que les ofrezca el mediador.
- El mediador es un tercero imparcial que estimula creativamente la generación del acuerdo, pero sus propuestas no tienen carácter coactivo.
- Entre las variedades que admite la mediación existe la posibilidad de plasmar el acuerdo por escrito y rubricarlo, erigiéndolo en fuente de derechos y obligaciones, o bien limitarse a contraer compromisos de palabra. La opción entre estas fórmulas depende fundamentalmente del tipo de conflicto objeto de la mediación.
- El atractivo que supone la mediación para las partes es que pueden promover una solución ganar/ganar, en la que ambos salgan beneficiados. Por cuanto que controlan en todo momento su posición en el procedimiento, del que se pueden apartar sin restricciones, les cabe mantenerse en él con la esperanza de obtener un arreglo satisfactorio; por el contrario, cuando la controversia se entrega a un tercero para que la dirima mediante un laudo vinculante, o una sentencia judicial, el resultado puede ser perjudicial para una de las partes.
- La principal filosofía que subyace en las estrategias de mediación es la interpretación del conflicto como una ocasión oportuna para promover el cambio y mejorar.

La descripción realizada nos permite descartar como ámbito material del presente estudio aquellos sistemas de resolución de conflictos que no respondan a las coordenadas anteriores, aunque nominativamente hayan sido designados como procedimientos de mediación por su legislación reguladora, o la persona que los impulse sea calificada formal o convencionalmente como mediador en los textos de aplicación.

Conviene ahora resaltar los rasgos de la mediación que la presentan como un remedio apto para resolución de controversias en el sector público. En primer lugar, el rasgo autocompositivo que caracteriza a la mediación supone admitir que la Administración retiene en todo momento el poder decisorio, en la medida que le cabe modular el acuerdo para mantenerlo dentro de las coordenadas de la legalidad y orientarlo siempre a la consecución del interés general. No se traslada el poder decisorio a un

tercero para que dirima el litigio de manera heterocompositiva y con carácter vinculante, pues todo el proceso se reconduce a la consecución de un pacto entre las partes, de un acuerdo en el que la Administración ha de ser necesariamente parte activa y conceder expresamente su conformidad. Esta circunstancia permite despejar limpiamente los severos reproches dogmáticos que a menudo se proyectan sobre los medios extrajudiciales de resolución de conflictos en el ámbito jurídico-administrativo (y particularmente el arbitraje), pues, como se ve, existen grandes diferencias de estructura entre una fórmula y otra: en la mediación la Administración no se pliega al laudo que emite un tercero, sino que sencillamente acude a un sujeto imparcial que el contrario visualice como alguien más próximo y sensible, para que esa persona, aparcando la fría rigidez de los burócratas, procure alumbrar un punto de encuentro entre la Administración y la otra parte (en nuestro caso, el funcionario), pero sin ostentar facultades que le permitan imponer su decisión.

De esta manera, el principal problema operativo que plantea la mediación es cómo insertar en el procedimiento administrativo la fase de mediación, cómo abrir un espacio en la aplicación práctica del Derecho para que la Administración pueda lograr un acuerdo que ejecutar después mediante actos administrativos. Se observa así, por otra parte, la aptitud de la mediación para operar en campos materiales muy diversos, recibiendo las oportunas adaptaciones. Veamos seguidamente cómo podría funcionar en conflictos de personal.

1.2. *Clasificación de los escenarios de la mediación en el sector público: tipos de conflictos laborales (con especial consideración del mobbing) y su reflejo en materia de organización y procedimiento administrativo*

Para llevar a cabo nuestro propósito partimos de un presupuesto absolutamente decisivo: la existencia de conflictos de diferente naturaleza para todos los que la mediación resulta apta como cauce de resolución. Y, correlativamente, la identificación de escenarios netamente diferenciados en los que la mediación habrá de llevarse a cabo, pues su variedad tipológica condiciona inevitablemente la fórmula organizativa idónea para desplegar la mediación, así como determina los concretos requisitos e instrumentos jurídicos que habrán de activarse para engarzar el procedimiento de mediación en el contexto de la actuación administrativa. Existen muchos criterios para clasificar los conflictos laborales, y a fin de determinar el concreto régimen jurídico-administrativo que se les aplica cuando pretenden resolverse mediante técnicas de mediación, nos servimos de los dos criterios clasificatorios tradicionalmente manejados por el Derecho laboral⁶, que distinguen entre:

⁶ Vid., entre otros muchos, DEL REY (1991), ALFONSO (1993), LANTARÓN (2003), SALA y ALFONSO (1996), RODRÍGUEZ (1993) y LLOMPART (2002: 28 y ss.).

- *Conflictos colectivos e individuales*. Los primeros afectan a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, tienen como interlocutores naturales a las centrales sindicales y su alcance es general a todo un segmento o parcela de funcionarios públicos o de empleados laborales de la Administración. Los segundos, esto es, los conflictos individuales, son los que afectan a un concreto efectivo (o a varios de ellos, pero no a todo un grupo profesional), y suponen una diferencia o desacuerdo del mismo con su Administración empleadora acerca de su concreto desempeño personal.
- *Conflictos jurídicos y de intereses*. Los primeros suponen una discrepancia sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica; los segundos afectan a una posición negociadora que pretende construir una nueva relación; por ejemplo, promoviendo la aprobación de una norma jurídica que no existía, o abordando enfrentamientos puramente convivenciales entre individuos.

A diferencia de otros autores, a nosotros nos interesan también los conflictos individuales de intereses, que adquieren un interés creciente en las organizaciones sociales contemporáneas y de los que no escapan las Administraciones públicas. Entre otras materias, aquí se incardina el *mobbing* o acoso laboral⁷, y también las puras desavenencias personales entre diferentes efectivos de una misma organización, discrepancias que deterioran la convivencia (en algunos casos, de manera muy sensible) y reducen la productividad. Según una de las pocas estimaciones existentes, las cifras del acoso laboral se elevan desde el 9% en la población activa general hasta el 13% en el seno de las Administraciones públicas, circunstancia que parece explicarse en la inamovilidad de los funcionarios: la inviabilidad de los traslados forzosos parece llevar a los superiores a desplegar ciertos instrumentos de persuasión que conduzcan al abandono o al traslado voluntario por parte del afectado⁸.

Por otra parte, según estudios realizados por la Universidad de Harvard⁹, los conflictos *horizontales*, esto es, los que afectan a compañeros de trabajo, pueden llegar a representar hasta un 20% de pérdida de la capacidad productiva de una organización. Las Administraciones públicas no escapan del problema ni de sus consecuencias. Por tanto, la articulación de cauces de resolución de conflictos puede contribuir a mejorar la productividad, dando con ello cumplimiento al principio de eficiencia en su vertiente de obtención del máximo rendimiento de los recursos disponibles¹⁰.

A día de hoy es forzoso preguntarse por los posibles cauces de resolución que estos conflictos pudieran tener en las Administraciones públicas, sobre todo por cuanto que las relaciones de poder entre las partes del con-

⁷ Para el estudio multidisciplinar del *mobbing*, delimitando su espacio material y sus medios jurídicos de reacción, vid. ESCUDERO y POYATOS (2004: *passim*).

⁸ Son datos y comentarios extraídos de ESCUDERO y POYATOS (2004: 41 y ss.).

⁹ Citados por VINYAMATA (1999: 13).

¹⁰ El propio VINYAMATA (1999: 90) nos revela que el coste de la mediación para resolver estos conflictos es un 50% inferior al resto de procedimientos.

flicto suelen ser asimétricas y, además, la solución normalmente no queda en sus manos, toda vez que la ejecución de los acuerdos suele depender de una voluntad superior o incluso del corsé que viniera dispuesto por una norma jurídica que impida o haga inviable un eventual acuerdo pactado entre las partes: por ejemplo, un traslado de puesto de trabajo, sometido a reglas de concurso público que no son de carácter disponible y colisionan con derechos de terceros. Todo ello entraña dificultades específicas del Derecho administrativo, pero no conducen necesariamente al descarte o abandono de la mediación como remedio para estos conflictos: antes al contrario, nos invitan a plantearnos el modo de adaptar la mediación al Derecho administrativo, buscando soluciones conformes en la aplicación del ordenamiento jurídico que le permitan a esta estrategia desplegar todo su potencial.

Otra variedad de escenarios que condiciona de diferente modo el empleo de la mediación es el tipo de procedimiento en que haya de aplicarse esta fórmula. Podemos distinguir así en función de que el conflicto se plantee: *a)* en un procedimiento administrativo de gestión, dirigido a dictar un acto administrativo resolutorio que todavía no ha recaído; *b)* en un procedimiento administrativo de recurso dirigido a eliminar un acto preexistente, o *c)* al margen de todo procedimiento administrativo (conflictos de convivencia o interpersonales). En cada caso, el sistema normativo configura requisitos generales diferentes para poder implantar la mediación, para acceder al procedimiento y para acoger o recibir después en el marco jurídico-administrativo el acuerdo o pacto que alcancen las partes.

Asimismo, la ordenación jurídica de la mediación depende del tipo de servicio u órgano que pretendemos crear para encomendarle la función mediadora, pues toda la galaxia organizativa del sector público se encuentra sometida a regímenes jurídicos netamente diferenciados según cuál sea la forma de personificación elegida en cada caso.

Todas estas combinaciones de elementos y criterios clasificatorios dan lugar a una serie extraordinariamente amplia de supuestos, cada uno de ellos vinculado por particularidades específicas. En las páginas que siguen procuraremos conferir un poco de racionalidad a este espectro de alternativas, señalando los concretos límites jurídico-administrativos que condicionan el empleo de la mediación como cauce de resolución de conflictos de personal en el sector público. Debido a la gran amplitud del campo material sobre el que se proyecta este trabajo, hemos de aclarar que trataremos especialmente de la cuestión en referencia con el régimen de la función pública, y dejando de lado los conflictos individuales y colectivos del personal laboral al servicio de la Administración —cuyo régimen y sistema de mediación, no obstante, recordaremos en algunas ocasiones—, por tratarse este último de un aspecto mucho más difundido en la práctica que goza ya de otras fuentes de referencia.

II. ENGARCE DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. *Requisitos de procedimiento para la iniciación formal de la mediación (I): conflictos colectivos e individuales en la función pública*

El principal obstáculo que restringe la sujeción de la Administración pública a procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos es la necesidad de que legalmente se le consienta someterse a tales procesos. La dogmática del principio de legalidad y de la potestad administrativa determina que la Administración sólo pueda hacer aquello que expresamente le permita el ordenamiento, a diferencia de los particulares, que pueden hacer cuanto no esté expresamente prohibido¹¹. Esto último explica que la instauración de un sistema de mediación para resolver, por ejemplo, los conflictos colectivos del sector privado, o los del personal laboral de las Administraciones públicas, pueda articularse en línea de principio mediante un simple acuerdo interprofesional, tendencia de considerable éxito en la actualidad¹². Tales acuerdos se apoyan en la literalidad del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores¹³, y han supuesto, entre otros, la creación del SIMA¹⁴ (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje) y los servicios autonómicos o locales de mediación laboral como

¹¹ Si bien que con alguna matización relevante, el principio general sigue siendo operativo. Una aproximación acertada y plenamente vigente al principio de legalidad, en SANTA-MARÍA (1988: 195 y ss.).

¹² Vid. un estudio comparativo (dotado de útiles cuadros sinópticos) de estos acuerdos estatales y autonómicos en RODRÍGUEZ (2000: *passim*), y una detallada exposición sobre el alcance y naturaleza jurídica de los acuerdos, así como abundante bibliografía complementaria, en LANTARÓN (2003: 841 y ss.) y SALA y ALFONSO (1996: *passim*; 2001: *passim*). Particularmente sobre el ASEC (citado *infra*), vid. PIQUERAS (1998, *passim*). Los interlocutores sociales se muestran sumamente satisfechos de los resultados de estos sistemas, como evidencian SALA FRANCO y otros (1999: 81 y ss.), donde se recogen las intervenciones de los representantes de diferentes centrales sindicales y datos relativos al porcentaje de uso y éxito del SIMA.

¹³ Que dispone:

«Artículo 83. Unidades de negociación.

1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

2. Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.

3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos».

¹⁴ Vid. el III Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (Asec III), suscrito el día 29 de diciembre de 2004 y publicado en el BOE de 29 de enero de 2005 por Resolución de 12 de enero de la Dirección General de Trabajo. Sobre los procedimientos privados de resolución de conflictos (PRECO-I y subsiguientes) también pueden verse, además de LANTARÓN (cit.), AA.VV. (1999a: *passim*) y AA.VV. (1999b: *passim*).

el SERCLA¹⁵ y otros análogos¹⁶, en los que pueden participar las Administraciones públicas en la medida que se integren inicialmente en el acuerdo para prestarles soporte organizativo o se adhieran posteriormente al sistema en condición de partes propiamente dichas¹⁷.

Algunos preceptos normativos parecen admitir con carácter genérico la implantación de cauces extrajudiciales de resolución de conflictos por parte de las Administraciones públicas. Conviene acercarse someramente a ellos para comprobar si admiten acoger en su seno la figura de la mediación en conflictos de personal del sector público, ya se trate de conflictos colectivos o individuales, ya jurídicos o de intereses. Nuestra intención es determinar los requisitos que en cada caso habría que reunir para acceder a la mediación, o, dicho de otra manera, para inocular una fase de mediación en un procedimiento administrativo que, por su propia naturaleza, es esencialmente rígido y unilateral.

a) *A través del artículo 88 LRJAP: la terminación convencional del procedimiento.*

El artículo 88 LRJAP, referido a los procedimientos administrativos de gestión (no en vía de recurso, que serán objeto de examen más adelante), abre la posibilidad de que la Administración pública acuerde con el interesado la terminación del procedimiento administrativo mediante la firma de un contrato. No pretende que, con ocasión de un instrumento adminis-

¹⁵ Véase el Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (SERCLA), publicado por Resolución de 8 de abril de 1996, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (BOJA 23 de abril).

¹⁶ Sirvan de ejemplo el Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos de la Comunidad de Madrid, creado mediante el Acuerdo Interprofesional suscrito el 22 de noviembre de 1994 entre CEIM (Confederación Empresarial de Madrid-CEOE), las Uniones Sindicales de Madrid de Comisiones Obreras (CC.OO.) y Unión General de Trabajadores (UGT) sobre la creación del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid; el PRECO-País Vasco, establecido y sucesivamente actualizado desde 1984, actualmente se rige por el Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Voluntarios para la Solución de Conflictos Laborales-PRECO de 16 de febrero de 2000 (BOPV núm. 66, de 4-4-2000), suscrito entre ELA, CC.OO., LAB, UGT y ConfeBask; y el Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación de la Administración Local (CEMICAL), en el que participan la Diputación Provincial de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO., cuyos Estatutos fueron aprobados por la Junta de Gobierno el 8 de mayo de 2002, y publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona* núm. 40, de 15 de febrero de 2003. De otro lado, una aproximación general a todos los sistemas autonómicos de mediación en el excelente trabajo de LANTARÓN (2003: 841 y ss.).

¹⁷ Así, el Acuerdo de creación del SERCLA, citado, fue firmado por el Presidente de la Junta de Andalucía y por el Consejero de Trabajo y Asuntos Sociales, disponiendo, en su cláusula Tercera (ámbitos de aplicación), literal *b*), que «las Estipulaciones comprendidas en el presente Acuerdo, serán de aplicación a los conflictos colectivos que afecten a empresas y trabajadores que desarrollen su actividad en el marco territorial establecido en el apartado anterior, sin perjuicio de las especificidades previstas para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía».

trativo unilateral, se inserte una técnica autocompositiva de resolución de conflictos como la mediación de la que la Administración pueda luego apartarse con ocasión de la resolución definitiva del expediente¹⁸, sino admitir la terminación misma del procedimiento mediante un acuerdo de carácter negocial.

La paráfrasis «con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule», contenida en el apartado primero del artículo 88, ha llevado a la doctrina a debatir sobre el alcance aplicativo directo o indirecto (sometido a desarrollo reglamentario) del precepto. No es éste lugar para polemizar sobre la cuestión con la profundidad que el tema merece¹⁹, pero quedémonos al menos con el contenido indudable de esta disposición: que todas las Administraciones públicas están habilitadas por la Ley reguladora del procedimiento administrativo común a dictar reglamentos que permitan articular sistemas de mediación en procedimientos administrativos de gestión y, por lo que concierne al concreto objeto de nuestro interés, en procedimientos relativos al personal funcionario a su servicio.

Actualmente no se ha dictado ninguna disposición de desarrollo en materia de personal, aunque sí se han llegado a aprobar reglamentos admitiendo la terminación convencional del procedimiento en materias sectoriales²⁰. Sólo en una de ellas habría conexión con los conflictos de perso-

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN (1995: 16 y ss.) expone una gran cantidad de instrumentos de «terminación convencional» *ex* artículo 88, admitiendo en su seno tanto acuerdos verdaderamente finalizadores del procedimiento como otros meramente preparatorios. También GONZÁLEZ NAVARRO (1999: 2028) ofrece diferentes manifestaciones posibles de la terminación convencional, con cita coincidente de MENÉNDEZ REXACH. En ocasiones también se ha afirmado (HUERGO, 1998: 403 y ss.) que pueden distinguirse dos contenidos diferentes en el seno del artículo: los acuerdos vinculantes y los no vinculantes; estos últimos serían técnicas de pacto o acuerdo desplegadas durante el procedimiento que no vinculan al órgano resolutorio con ocasión del acto que le ponga fin. Sin embargo, como explicaré más tarde, entiendo que esta opción opera en cualquier caso sin necesidad de que la mencione el artículo 88 LRJAP, pues constituye una técnica instrumental del procedimiento administrativo que no conculca ningún principio ni disposición.

¹⁹ Entre quienes consideran que el precepto es de aplicación inmediata, DELGADO (1995: 186 y ss.) y PAREJO ALFONSO, citado por GONZÁLEZ NAVARRO (1999: 2026, en nota). Por el contrario, sostienen la eficacia mediata del artículo SÁNCHEZ MORÓN (1995: 14), HUERGO (1998: 390 y ss.) (con la puntualización antedicha de los convenios no vinculantes de la resolución, materia en la que defiende la eficacia inmediata del precepto), GONZÁLEZ NAVARRO (1999: 1491), BUSTILLO (2004: 319 y ss.) y DE PALMA (2000: 54 y ss.). Accediendo a estas fuentes pueden obtenerse otras posiciones coincidentes o discrepantes con cada uno de ellos. A mayor abundamiento, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, por el que se modifican la Disposición Adicional Tercera y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/1992, proclama literalmente que la terminación convencional del procedimiento resulta inaplicable a falta de regulación reglamentaria.

²⁰ Además del ejemplo citado a continuación en el texto, existen algunos otros: el RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos administrativos para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que admite la terminación convencional en la determinación de la indemnización que deba pagar el sujeto sancionado cuando hubiera causado un daño a la Administración pública; el RD 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adaptan a la Ley 30/1992 las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuyo artículo 5 admite la terminación convencional dentro del margen de discrecionalidad que pueda corresponder a la Administración en cada procedimiento sectorial. Por otra parte,

nal: el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Su capítulo V está dedicado a la responsabilidad patrimonial en que pudieran incurrir las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas respecto de éstas por los daños que les hubieran causado o por haber actuado con culpa o negligencia graves generando un daño a terceros que la Administración tuvo que indemnizar. Curiosamente, el procedimiento general que diseña la Ley para tramitar las reclamaciones por responsabilidad que le dirijan los ciudadanos contiene diferentes supuestos de terminación convencional (determinación de la cuantía de la indemnización, de su forma de pago...), pero, por el contrario, para el concreto procedimiento aplicable a la exigencia de responsabilidad del personal, contenido en el capítulo V, no le son de aplicación las fórmulas de terminación convencional. Por tanto, no cabe que el funcionario o empleado laboral solicite una mediación con acuerdo vinculante para determinar la cuantía de la indemnización ni su modo de pago, sino que la Administración instruye un procedimiento y resuelve en todo caso unilateralmente la cuestión.

La conclusión en este punto es, pues, que, al menos hasta hoy, el artículo 88 LRJAP no es un instrumento apto para iniciar procedimientos de mediación en conflictos de personal de las Administraciones públicas, ni siquiera en las materias genéricamente susceptibles de transacción o acuerdo. Quede claro, no obstante, que *en dichas materias todas las Administraciones públicas se encuentran facultadas legalmente para dictar reglamentos que establezcan el procedimiento y los efectos de la mediación.*

Esta vía puede ser especialmente idónea para articular un sistema de resolución de conflictos individuales de personal, tales como los relativos a vacaciones, permisos y licencias, cobro de retribuciones, concreción de las funciones del puesto de trabajo con arreglo a la RPT, solicitud de prestaciones del plan de acción social, etc. *Bastaría con que la Administración en cuestión dictara un Reglamento de mediación en conflictos de personal que contemplara la posibilidad de acudir a esta vía.* Si la Administración disiente de la petición del trabajador en materias como las indicadas, y entiende que existe un margen de maniobra para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, antes de resolver unilateralmente el asunto puede ofrecer al funcionario aceptar un procedimiento de mediación. Por continuar con los ejemplos anteriores, el acuerdo de mediación determinaría las funciones que concretamente corresponden al puesto de trabajo (siempre en el marco de la RPT), acordaría un plan de vacaciones que conciliara el interés del funcionario con las necesidades del servicio, acordaría una jornada laboral flexible que le permitiera conciliar el trabajo con otras obligaciones o aficiones, etc.

En otro orden de consideraciones, la apertura de un proceso de media-

en la legislación anterior a la Ley 30/1992 se contemplaba asimismo un supuesto de terminación convencional en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que admite la celebración de acuerdos expropiatorios entre la Administración expropiante y el sujeto expropiado.

ción colisiona, desde el punto de vista operativo, con el deber legal de resolver que el artículo 42 LRJAP descarga sobre la Administración en plazos perentorios, que serán los que vengan dispuestos por cada procedimiento administrativo. La experiencia enseña que, en la mayoría de casos, los expedientes de mediación en materia de personal laboral de las Administraciones públicas se sustancian en plazos muy breves (desde que se solicita hasta que se alcanza un acuerdo transcurren, por término medio, apenas tres o cuatro días), y no hay motivos para pensar que este plazo se dilate mucho más en el caso de personal funcionario. Ahora bien, la fugacidad del plazo máximo de resolución del procedimiento invita a que la Administración no ceje en la tramitación del expediente aun cuando haya abierto negociaciones entrando en un procedimiento de mediación, lo cual supone una contradicción respecto a los pilares centrales del proceso de mediación, fundado en un clima de no agresión y de igualdad entre las partes. Si prosigue la tramitación del procedimiento, el interesado se verá permanentemente bajo la amenaza de que recaiga resolución en el expediente cuando las negociaciones se extiendan por un espacio relativamente largo de tiempo. El problema queda resuelto por el artículo 42.5.e) LRJAP, que permite la suspensión del procedimiento administrativo «cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante la declaración formulada por la Administración o los interesados».

La conclusión que extraemos para nuestro objeto de interés es que, una vez aceptada por la Administración la entrada en el procedimiento de mediación, debe adoptar un acuerdo de suspensión del procedimiento administrativo de gestión, por dos razones distintas: *a)* para responder coherentemente a la propia mecánica de la mediación, creando un clima de igualdad y no agresión; *b)* para evitar que en el procedimiento de gestión venza el plazo máximo de resolución y notificación produciéndose un acto presunto.

Los requisitos formales del acuerdo de suspensión del procedimiento son de gran simplicidad: el órgano competente para resolver, al dictar el acuerdo de aceptación de la mediación, puede añadir en el propio acto un segundo contenido dispositivo, acordando la suspensión del procedimiento hasta que concluya la mediación, bien por adopción de un acuerdo o por la constancia de que el mismo no podrá alcanzarse.

- b) *Mediante el artículo 107.2 LRJAP: los procedimientos sustitutivos del recurso de alzada en conflictos individuales del personal funcionario.*

El artículo 107.2 LRJAP potencia una serie de procedimientos alternativos de resolución de disputas, entre los que se cuenta expresamente la

mediación²¹, si bien ha sido objeto de estudio principalmente en la medida que admite implantar sistemas arbitrales²².

La primera acotación que el precepto realiza sobre nuestro objeto de estudio es contraer el espacio material para la implantación de sistemas de mediación exclusivamente a la vía de recurso administrativo (de alzada o de reposición). Quedan, por tanto, fuera del ámbito objetivo del precepto los actos dictados con ocasión de la vía administrativa de gestión (implícitamente acogida, como sabemos, en el artículo 88 LRJAP, ya analizado) y presupone la existencia de un acto administrativo previo susceptible de impugnación, razón por la que MONTROYA y BUSTILLO consideran improcedente la mediación²³, sosteniendo una opinión que no comparto: aun habiéndose dictado un acto, podemos todavía abrir un espacio para el acuerdo entre la Administración y el interesado, al menos sin conferirle carácter vinculante, y reconociendo, pues, la necesidad de que, tras la adopción del acuerdo, la Administración dicte una resolución administrativa unilateral expresa que le preste soporte formal.

Es común a todos los autores señalar que el artículo 107.2 LRJAP exige una previa norma habilitante con rango de ley para poder instaurar cauces sustitutivos del recurso de alzada en ámbitos sectoriales, como es el caso de la función pública²⁴. Así como existen divergencias en cuanto a la aplicabilidad directa del artículo 88, en cambio, aquí la posición de la doctrina es unánime en cuanto a la exigencia de ley previa habilitante para la instauración de cauces alternativos de resolución del conflicto, de modo que la Ley 30/1992 opera en este punto una congelación de rango que impide la acción normativa del reglamento. Esto supone la imposibilidad de promover la instauración de procedimientos de mediación por parte de las Administraciones públicas que carecen de iniciativa legislativa, como las entidades locales, las universidades o las Administraciones independientes. La apertura de nuevos espacios a la mediación sólo puede venir de la mano del Estado o de las Comunidades Autónomas, que no han llegado a generalizar estas vías a pesar del requerimiento expreso que al efecto les ha dirigido el legislador²⁵.

²¹ Con arreglo a este precepto: «Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado».

²² Vid. especialmente TORNOS (1995: 165 y ss.), TRAYTER (1997: 55 y ss.), ROSA (1998: 97 y ss.), HUERGÓ (2000: 284 y ss.), BUSTILLO (2004: 342 y ss.), PÉREZ MORENO (2000, 2001 y 2003), GONZÁLEZ PÉREZ (1999: 2296 y ss.), RAZQUIN (2003: 77 y ss.) y FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 38 y ss.), entre otros.

²³ Vid. MONTROYA (2003: 195) y BUSTILLO (2004: 344).

²⁴ En orden a explicar esta previsión, aparentemente superflua o redundante, se ha dicho que constituye una habilitación del legislador básico que tiene por objeto dar entrada a la legislación autonómica en la materia; vid. principalmente TORNOS (1995: 166) y RAZQUIN (2003: 98).

²⁵ La Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, ordena al Gobierno que remita a las Cortes Generales, en el plazo de die-

En otro orden de consideraciones, con arreglo a su tenor literal, el artículo 107.2 LRJAP persigue la articulación de vías *sustitutivas*, que no *alternativas*, al recurso de alzada, pero acerca de la reposición, en cambio, previene que tales vías habrán de respetar el carácter potestativo para el interesado. ¿Significa esto que tan sólo podrá articularse una vía disyuntiva del recurso de alzada, que lo reemplace, sin permitir que el ciudadano opte libremente entre interponer dicho recurso o acudir a la mediación? El tema no es menor, pues la mediación, por su propia esencia, es un procedimiento de carácter voluntario, y en nada contribuye a su buen fin que las partes se encuentren forzadas a seguirlo. La escasa doctrina que se ha pronunciado expresamente sobre este extremo mantiene sus diferencias: así, BUSTILLO (2004: 343) entiende que la legislación sectorial que instaure estos mecanismos podrá decidir que sean alternativos o reemplacen al recurso²⁶, en tanto que SÁNCHEZ MORÓN (1993: 346) estima que la literalidad de la Ley no deja lugar a equívocos e impone la supresión de la vía de recurso allí donde se instaure el mecanismo alternativo²⁷. Coincido con el primero debido, en primer lugar, a que el término «sustituir» no supone en todas sus acepciones semánticas que una cosa se reemplace por otra que la viene a suprimir, sino que admite sin violencia la posibilidad de que la sustitución de la vía por otra diferente resulte optativa y no obligatoria para el interesado; y, en segundo lugar, porque el artículo 107.2 menciona expresamente a la mediación, figura por su propia naturaleza incompatible con un carácter imperativo del procedimiento: para entrar en un proceso de mediación *hay que querer*, y resultaría perverso que las normas obligaran al interesado a pasar necesariamente por ese camino para poder sostener su acción procesal posteriormente cuando no se encuentre convencido de las bondades del sistema o entre en el procedimiento sin una voluntad sincera de alcanzar un acuerdo. Un mecanismo alternativo y forzoso, en la hipótesis de que llegase a fraguar y recibir formalmente la etiqueta nominal de mediación, no sería verdaderamente un procedimiento de tal naturaleza o, cuando menos, no respondería al concepto de mediación que nosotros hemos definido para nuestro trabajo.

Hechas las acotaciones anteriores se desprende que, a efectos de la mediación, el artículo 107.2 LRJAP puede jugar especialmente en los conflictos individuales de personal de los funcionarios públicos, siempre que versen sobre aspectos jurídicos (no conflictos de intereses): p. ej., frente a resoluciones relativas a la gestión de personal cabe interponer alzada o reposición según que el acto agote o no la vía administrativa. Pero, de momento, no cabe acudir a la mediación en estos supuestos por faltar la ley

ciocho meses, el proyecto o proyectos de ley necesarios para desarrollar el artículo 107.2, cosa que todavía no ha hecho.

²⁶ También parece ser la opinión de TORNOS (1995: 170), quien considera que con base en este precepto «nada se opondría a la imposición o mediación obligatoria», lo que parece indicar que, a su juicio, caben ambas alternativas, esto es, que la mediación sea obligatoria o alternativa.

²⁷ Una tercera e interesante opción viene representada por MONTOYA (2003: 198), quien considera que el medio sustitutivo del recurso ha de tener el mismo carácter preceptivo o facultativo que tuviera el recurso al que venga a sustituir.

que ha dictarse en desarrollo del precepto, y que constituye un requisito para evitar la vía de recurso administrativo: actualmente, o se interpone el recurso o se pierden las acciones, y en tales circunstancias carece de sentido que se inicie en paralelo un procedimiento de mediación simultáneo a la tramitación del recurso.

Por tanto, y como conclusión a este punto, podemos afirmar que no existen actualmente cauces procedimentales que permitan acudir a sistemas de mediación para evitar la interposición de recursos administrativos contra actos o disposiciones administrativos que generen conflictos individuales en materia de personal. O, dicho de otro modo: que no es posible indicar los requisitos de forma que deben reunirse para iniciar una mediación sustitutiva de un recurso administrativo en conflictos de personal, pues tal vía no existe actualmente.

- c) *Conflictos colectivos: pactos y acuerdos en materia de negociación colectiva y el sometimiento a mediación de las desavenencias (arts. 35 y 38 de la Ley 9/1987).*

El apoyo legal más claro que encontramos para la apertura a procedimientos de mediación de conflictos de personal funcionario viene dado por el capítulo III de la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LOR). Según su artículo 38²⁸:

- «1. Las Administraciones Públicas y los sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2, podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos.
2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.
3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato».

El artículo no puede interpretarse aisladamente, sino en conexión con el 35 de la misma Ley, que dispone:

«Los representantes de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales y de las organizaciones sindicales o sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley, podrán lle-

²⁸ Sobre este precepto, vid. especialmente DEL REY (1991: *passim*), TORNOS (1995: 171 y ss.) y BUSTILLO (2004: 204 y ss.). De otro lado, se han manifestado firmemente partidarios de la mediación en materia de conflictos colectivos referentes a la función pública SÁNCHEZ MORÓN (1995: 25), MONTOYA (2003: 195) y MARINA (2005: 47 y ss.).

gar a Acuerdos y Pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes.

Los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas o Pleno de las Entidades locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo.

Los Pactos y Acuerdos deberán establecer las partes intervinientes y el plazo de vigencia, así como su ámbito personal, funcional y territorial.

Por acuerdo de las partes, podrán establecerse comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos».

Las materias susceptibles de mediación equivalen a las que pueden ser objeto de negociación colectiva, encontrándose expresamente relacionadas en el artículo 32 de la Ley, a saber²⁹:

«a) El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local.

b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.

d) La clasificación de puestos de trabajo.

e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.

f) La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados.

g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.

h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

²⁹ En relación con las materias susceptibles de negociación, vid. SÁNCHEZ MORÓN (2004: 253 y ss.), PALOMAR (2003: 642 y ss.), SALA y ROQUETA (1995: 256 y ss.), GÓMEZ (1994: 305 y ss.), RODRÍGUEZ (1997: 404 y ss.), FERNÁNDEZ, TESO y AROZAMENA (2004: 184 y ss.) y PÉREZ (1997: 182 y ss.). Para un estudio de las particularidades que presentan las materias negociables en el ámbito local, vid. ROQUETA (2004: *passim*).

- i) Medidas sobre salud laboral.
- j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración».

Los sujetos legitimados para formar parte del proceso mediador son quienes ostentan legitimación para participar en la negociación dirigida a adoptar el pacto o acuerdo colectivo³⁰, esto es, los sindicatos más representativos en el ámbito territorial en el que vaya a suscribirse el convenio, así como los que hubieran obtenido más del 10% en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal (art. 30, parágrafo 2.º, LOR).

Podemos observar que el artículo 38 LOR sólo admite la mediación *express verbis* en caso de bloqueo negocial³¹, lo que constituye un requisito temporal que suscita diferentes dudas. La primera, cuándo debe entenderse producida esta situación de *bloqueo*, expresión incierta que complica indudablemente el arranque del procedimiento de mediación, requerido de puntos de referencia claros³². La cuestión no es menor, debido a la multiplicidad de interlocutores que coexisten en la negociación colectiva, quienes pueden disentir acerca de la existencia o no de bloqueo y, con ello, oponerse a la apertura de la mediación. A mi juicio, debe entenderse que existe bloqueo y procederse a la fase de mediación cuando el porcentaje de sindicatos participantes en el proceso de negociación (conforme a las reglas generales de representatividad sindical) partidario de esta opción alcance al menos la mayoría. Con todo, una vez producido el bloqueo negocial el acceso a la mediación es voluntario³³, por lo que una parte no puede forzar a la otra a entrar en el procedimiento.

En cuanto al presupuesto de hecho habilitante, el ámbito del artículo 38 de la Ley 9/1987 en los procedimientos de negociación colectiva se contrae a los supuestos de bloqueo negocial, sin admitir el acceso directo a la mediación como vía de iniciación de las negociaciones³⁴; este requisito ab-

³⁰ Sobre el particular, vid. SALAS y ROQUETA (1995: 234 y ss.), SÁNCHEZ MORÓN (2004: 251 y ss.), PALOMAR (2003: 641 y ss.), GÓMEZ (1994: 289 y ss.) y RODRÍGUEZ (1997: 413 y ss.).

³¹ El paso a una fase de mediación tras el bloqueo puede ser una forma de «salvar la cara» de los negociadores, especialmente los representantes de los sindicatos, quienes quizá comprendan la imposibilidad de otro acuerdo pero no puedan presentarse ante sus representados con resultados tan pobres: trasladar a un tercero la formulación de este acuerdo puede contribuir a que los trabajadores lleguen a resignarse a su aceptación; es la opinión de DEL REY (1991: 86).

³² Es la opinión de DEL REY (1991: 66).

³³ En la misma opinión, TORNOS (1995: 172).

³⁴ Por el contrario, sostiene DEL REY (1991: 66) que el recurso a la mediación en los conflictos colectivos de intereses en el marco de la función pública debería ser una fórmula

surdo —las partes podrían desear la mediación desde un primer momento, dadas las cualidades del sistema— constituye, sin embargo, una exigencia legal insoslayable. En cuanto a los conflictos jurídicos derivados del cumplimiento de pactos y acuerdos, será preciso que la Comisión de Seguimiento conozca previamente del caso, pudiendo accederse a la mediación cuando la controversia no se resuelva en su seno. Algún autor ha sostenido que, en el caso de bloqueo negocial, el acceso a la mediación no es voluntario para la Administración, sino que constituye un requisito previo a la eventual imposición unilateral posterior de la determinación de las condiciones de trabajo³⁵.

d) *El acceso a la mediación a través de la transacción.*

La transacción es un negocio jurídico regulado por los artículos 1809 y ss. del Código civil, «por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Si bien han solido plantearse dudas acerca del uso de esta fórmula por la Administración, actualmente se viene admitiendo su empleo³⁶. Es unánime la opinión —en la doctrina académica y en la jurisprudencia— de que la transacción requiere de un litigio subyacente. En las relaciones jurídico-administrativas esto puede suceder ante la eventualidad de cualquier acto desfavorable para el interesado, incluso cuando la propuesta de resolución ante una petición del ciudadano sea de carácter desestimatorio³⁷.

El ámbito material que el Código civil y las normas jurídico-administrativas específicas reconocen a la transacción es el relativo a derechos patrimoniales y de la Hacienda pública: expresamente lo permiten los artículos 7.3 y 10.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y el resto de leyes reguladoras de la Hacienda pública de cada Administración. El espacio que correlativamente estos preceptos abren a la mediación es la negociación sobre derechos de crédito —en sentido impropio, pues más acertadamente cabe decir facultades— que la Hacienda pública ostente frente a su personal: p. ej., ante la imposición de una multa en ejercicio de potestades disciplinarias, exigiendo la devolución de retribuciones indebidamente percibidas, etc. En todos estos casos podría abrirse un procedimiento de mediación. Por ejemplo, si frente a la exigencia del pago de las

natural y no excepcional, a diferencia de lo que cabe pensar con los conflictos de igual naturaleza en el ámbito privado. Por su parte, SALA y ROQUETA (1995: 336) consideran que la mediación puede iniciarse en cualquier momento de la negociación, sin necesidad de bloqueo previo.

³⁵ Es la opinión de SALA y ROQUETA (1995: 334 y ss.), con cita coincidente de OJEDA AVILÉS.

³⁶ Vid. principalmente LOPERENA (2000: *passim*), HUERGO (2000: 29 y ss.), BUSTILLO (2004: 257 y ss.), DELGADO (1995: 206 y ss.) y BARONA (1999: 280 y ss.).

³⁷ Es llana, por otra parte, la posibilidad de transigir en el proceso contencioso-administrativo, pues expresamente la contempla el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien esta vertiente de la transacción excede del ámbito objetivo de este trabajo.

retribuciones indebidamente cobradas el funcionario quiere pactar con la Administración un calendario de plazos acomodado a su nivel de ingresos.

Existen especiales requisitos para celebrar la transacción, que vienen fijados acumulativamente en el artículo 1812 Cc; en el artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —en la medida que la transacción supone un contrato de tal naturaleza—; en la legislación correspondiente a la Hacienda pública de cada Administración, y en el artículo 88.2 LRJAP. La acumulación de formalidades derivada de este compuesto de normas es tal que hace materialmente inviable la transacción-mediación en conflictos de tan escaso peso como los que hemos identificado idóneos para ser tramitados por esta vía. La celebración de mediaciones dirigida a cerrar acuerdos transaccionales no resulta, pues, operativa, a mi juicio, para dirimir conflictos patrimoniales del personal de la Administración.

- e) *Viabilidad de la mediación como técnica instrumental o de apoyo en el marco de cualquier procedimiento administrativo unilateral.*

Todo lo anterior no desdice ni bloquea la posibilidad de inyectar la mediación como simple técnica instrumental o de apoyo en la tramitación de cualquier procedimiento administrativo, a fin de buscar una posible solución al conflicto subyacente entre el funcionario y la Administración que pueda conducir después a dictar un acto administrativo unilateral en el que se recoja el contenido del acuerdo.

Esta posibilidad inicialmente repugnaba a la ciencia jurídico-administrativa, pero en los últimos años se ha percibido un claro movimiento de sensibilización a favor de la articulación de instrumentos negociales con ocasión de la tramitación del procedimiento administrativo que contribuyen a su terminación mediante actuaciones concertadas que mejoran la eficacia y reducen la litigiosidad³⁸.

La técnica que particularmente nos interesa exponer es la conocida como «adhesión a un acto administrativo», expuesta por HUERGO en los siguientes términos³⁹: «Con frecuencia se producen, en el curso de un procedimiento administrativo, negociaciones entre la Administración y los particulares de las que resulta un acuerdo, un punto de vista común sobre la forma en que va a actuar la primera. Los interesados se muestran conformes con que la Administración dicte un determinado acto, aunque no se trate de un acto favorable, por tratarse de la solución que, dentro de las posibles, les resulta más conveniente. A su vez, la Administración, al negociar con los interesados en lugar de limitarse a recibir sus alegaciones en el

³⁸ Nuevamente deben verse, *in toto* y por todos, ROSA (1998), HUERGO (1998), BUSTILLO (2004), SÁNCHEZ MORÓN, TRAYTER y SÁNCHEZ BLANCO (1995), DELGADO (1995) y CARRETERO (2003).

³⁹ Vid. HUERGO (1998: 407 y ss.).

trámite de audiencia, intenta reducir las resistencias a la resolución que se dispone a dictar, y excluir así que ésta sea simplemente el punto de arranque de un largo contencioso de incierto resultado». En efecto, en este y otros sentidos el convenio o pacto entre la Administración y los particulares ha de postularse actualmente como un instrumento habitual del tráfico jurídico-administrativo, si bien entraña ciertas particularidades cuando versa sobre el ejercicio de potestades administrativas⁴⁰.

Este instrumento o técnica de gestión administrativa no constituye un contrato y, por tanto, le es de directa aplicación la legislación del procedimiento administrativo común. Al no contemplarse en dicha legislación otro compromiso vinculante distinto del previsto en el artículo 88 LRJAP, el órgano administrativo competente para resolver no se encuentra jurídicamente vinculado por el acuerdo inserto en la tramitación del procedimiento y puede dictar un acto definitivo distinto, en cuyo caso se arriesga a que el interesado lo impugne por encontrarse en desacuerdo con él⁴¹. En el caso de que la Administración se acomode a lo acordado y el acto resolutorio coincida con el contenido del acuerdo, el interesado no podrá ir contra sus propios actos y cabrá inadmitir el recurso que interponga contra la resolución definitiva del expediente.

Con estos presupuestos generales podemos reconocer la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación en cualquier expediente administrativo relativo a conflictos individuales del personal funcionario, toda vez que la Administración retiene el poder decisorio en el procedimiento y siempre y cuando la negociación no suponga verdaderamente una transacción sobre derechos indisponibles o la renuncia al ejercicio de potestades administrativas de carácter imperativo, como la sancionadora. En ese escenario no se requiere ninguna exigencia formal para iniciar la mediación, más allá del acuerdo entre ambas partes de comenzar el procedimiento y designar al mediador.

La previsión puede ser tremendamente útil para resolver de manera consensuada gran cantidad de conflictos individuales sin necesidad de articular cauces excesivamente rígidos o formalizados de carácter heterocompositivo (como el arbitraje), que siempre pueden dar lugar a desavenencias posteriores y cuya viabilidad, además, es dudosa en muchos campos.

Ahora bien, una matización importante es que el artículo 42.5 LRJAP no contiene ningún supuesto en el que encajar este trámite a fin de suspender el plazo de resolución del procedimiento administrativo, razón por la que las gestiones mediadoras habrán de ser ágiles, evitando que se produzca la caducidad del procedimiento o el acto presunto correspondiente.

⁴⁰ HUERGO (1998: 249 y ss.). En términos análogos se había manifestado MENÉNDEZ REXACH (1993: 263 y ss.), aunque con alguna diferencia semántica en cuanto a la denominación del tipo de acuerdo.

⁴¹ Para DE PALMA (2000: 275), el acuerdo no vincula en sí mismo a ninguna de las partes, al menos hasta el momento en que se dicte el acto unilateral que lo recoge, y si la Administración se aparta en dicho acto del contenido del acuerdo, habrá de motivar su decisión.

Esta circunstancia reduce mucho la viabilidad de la mediación en procedimientos que dispongan de plazos breves de resolución, como los relativos al disfrute de permisos o licencias por parte del personal funcionario.

En cualquier caso, si llegaran a crearse las unidades administrativas de mediación que propondremos más adelante (§ III), el acceso a la función mediadora podría hacerse con extraordinaria rapidez y resultar una vía apta incluso en este tipo de asuntos.

f) *Las propuestas del Estatuto del Empleado Público.*

En las últimas legislaturas se ha promovido la aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público, habiéndose manejado incluso algunos proyectos de ley que no fueron aprobados definitivamente. En esta Legislatura se ha retomado la iniciativa, habiéndose creado una Comisión de expertos⁴² que ya ha elaborado un Informe sobre el particular⁴³. Desgraciadamente, el Informe no menciona la mediación en conflictos individuales, y tan sólo se pronuncia sobre la mediación en conflictos colectivos, en términos escasamente novedosos respecto de lo que ya puede lograrse con la legislación en vigor⁴⁴. El borrador de anteproyecto entregado a los sindica-

⁴² Constituida de acuerdo con la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Público del Empleado Público.

⁴³ Fechado el 25 de abril de 2005, y accesible en la web del Ministerio de Administraciones Públicas, <http://www.map.es/iniciativas>. Un comentario a dicho Informe, en MARINA (2005: 47 y ss.); la autora, coincidiendo con las manifestaciones que contiene el propio Informe, expresa la conveniencia de potenciar los medios extrajudiciales de solución de estos conflictos, y la necesidad de potenciar la mediación con carácter preceptivo cuando la pida una de las partes. El tema plantea entonces la duda de despejar qué entendemos por «parte» cuando hablamos de la parte sindical, compuesta habitualmente por una pluralidad de representantes; la cuestión habría de resolverse, finalmente, en el mismo sentido que el supuesto de bloqueo negocial que tratamos *supra*, § 2.1.c).

⁴⁴ El texto completo de la propuesta es el siguiente:

«La legislación vigente en materia de función pública carece de un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos que vaya más allá del artículo 38 de la Ley 9/1987, en el que se prevé una mediación voluntaria para los casos en que no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o cuando surjan conflictos en el cumplimiento de Pactos o Acuerdos.

Parece conveniente aproximarse más en este punto a la regulación existente en el ámbito laboral, y adoptar procedimientos de mediación y arbitraje en aquellos casos.

A nuestro entender, la mediación debería ser obligatoria, siempre que una de las dos partes negociadoras la solicitara. La única excepción debe preverse para aquellos casos en los que lo que se negocia es el contenido de un proyecto de ley, incluidas las Leyes de Presupuestos. Entonces, las exigencias de plazos del procedimiento parlamentario o de la dinámica de negociación política parecen incompatibles con la sujeción a un sistema previo de mediación cuya duración siempre es difícil de prever.

El recurso al arbitraje, en este ámbito público, debe ser siempre voluntario y aceptado por ambas partes, pues no parece razonable imponerlo ni a los sindicatos ni a la Administración, en este último caso por-

tos por el Ministerio de Administraciones Públicas el 25 de noviembre de 2005 se mantiene en los restrictivos términos del Informe señalado.

En cualquier caso, es sabido que las Comunidades Autónomas han solicitado al Ministerio de Administraciones Públicas la inclusión en el Estatuto de una habilitación a las diferentes Administraciones públicas para que puedan implantar procedimientos de mediación de carácter individual, a través de un simple desarrollo reglamentario del texto legal básico⁴⁵. Esta intención es expresiva del interés que actualmente despierta el asunto en las Comunidades Autónomas, y su percepción de la mediación como una estrategia adecuada y viable para resolución de conflictos de personal. Ahora bien, en mi opinión, y conforme expresamos en los literales precedentes de este mismo apartado, la habilitación al desarrollo reglamentario únicamente sería precisa para la instauración de cauces potestativos y alternativos a los recursos en vía administrativa, pero es superflua en vía de gestión por deducirse ya directamente del artículo 88 LRJAP.

2.2. *Requisitos de procedimiento para la iniciación formal de la mediación (II): conflictos en materia de empleo laboral*

En cuanto a la iniciación del procedimiento de mediación para conflictos colectivos del personal laboral de las Administraciones públicas, no existen particularidades dignas de mención⁴⁶. Por el contrario, sí merece algún comentario el acceso a la mediación en conflictos individuales de ca-

que significaría obligarla a aceptar una decisión heterónoma del conflicto cuando, en último término, y aun negociando de buena fe, puede decidir por sí misma a falta de acuerdo. Pero, caso de recurrirse al arbitraje, el laudo arbitral sería vinculante.

En cualquier caso, la eficacia jurídica de los Pactos y Acuerdos no podría verse alterada por una eventual mediación o arbitraje. Los medios de solución han de ser una institución de composición de los conflictos surgidos en los procesos de negociación y en la interpretación y aplicación de los acuerdos alcanzados, pero no deberían ser una segunda instancia negociadora donde la parte que ha resultado ser más débil o inexperta en la negociación intente obtener con la presencia de un tercero aquellos resultados que no pudo alcanzar en la correspondiente Mesa negociadora.

Por lo tanto, a juicio de la Comisión, resulta conveniente introducir en el Estatuto Básico la posibilidad de acudir a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, como el arbitraje y, fundamentalmente, la mediación, que sirvieran para resolver conflictos derivados de la negociación o de la aplicación e interpretación de Pactos y Acuerdos. La mediación sería obligatoria siempre que una de las dos partes la solicitara, salvo cuando se trate de negociar proyectos de ley. El arbitraje debería requerir la conformidad de ambas partes, si bien el laudo arbitral sería vinculante».

⁴⁵ Así lo manifestó el Secretario General de Administración Pública, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, en las «Jornadas sobre la mediación como estrategia para resolución de conflictos de personal en el sector público», que tuvieron lugar en Huelva los días 28 y 29 de noviembre de 2005.

⁴⁶ Sí cabe hacer alguna puntualización sobre las materias negociables, en particular por lo relativo a los salarios; sobre estas y otras cuestiones, LÓPEZ (1995: 396 y ss.).

rácter jurídico (trabajador que se opone por razones jurídicas a una decisión de la Administración empleadora), debido a la existencia en tales casos de un requisito de carácter jurídico-administrativo: la necesidad de agotar con anterioridad la vía administrativa que representa la interposición de una reclamación administrativa previa, conforme a los artículos 120 y ss. LRJAP y a los artículos 69 y ss. del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene declarada expresamente la compatibilidad de esta reclamación previa con el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁷, pues resulta además equivalente al intento previo de conciliación que vincula a los trabajadores en general con arreglo al artículo 63 LPL. Existen materias de personal excluidas de reclamación previa que admiten sin problemas la derivación del conflicto hacia procedimientos de mediación⁴⁸. El Reglamento que regula el procedimiento de mediación en reclamaciones de carácter individual ante el SERCLA⁴⁹ establece expresamente que el intento de mediación sustituye al preceptivo trámite conciliatorio previo que regula el artículo 63 LPL, pero nada dice en relación con las reclamaciones administrativas previas a que hace referencia el artículo 69 del mismo cuerpo legal.

El problema se plantea, principal pero no únicamente, en el caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes con ocasión de la mediación, pues cuando exista acuerdo no habrá posterior recurso judicial. Cuando el trabajador pretenda acceder a la jurisdicción social después de una mediación infructuosa cabría que la Administración opusiera un motivo de inadmisión por la falta de agotamiento de la vía administrativa previa. A mi juicio, aunque nada diga el Reglamento expresamente, y haciendo una interpretación razonable y no desproporcionada de los requisitos que deben reunirse para acceder a la tutela judicial como viene reclamando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse que el intento frustrado de acuerdo en mediación (*intentada sin avenencia*) sustituye a la reclamación administrativa previa, y que la oposición de la Administración al acuerdo equivale de hecho a una resolución desestimatoria de dicha reclamación, habiéndose satisfecho materialmente el requisito procesal que se impone para lograr el acceso a la tutela judicial. En ello conviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁰, aun cuando posiblemente la doctrina académica podría plantear alguna disensión⁵¹.

⁴⁷ Vid. SSTC 20/1986, 60/1989 y concordantes.

⁴⁸ Conforme al artículo 70 LPL, se exceptúan del requisito de la previa interposición de reclamaciones administrativas «los procesos relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, los iniciados de oficio, los de conflicto colectivo, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de la libertad sindical y las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial»

⁴⁹ Aprobado mediante Acuerdo de 4 de marzo de 2005, y publicado en el *BOJA* núm. 186, de 22 de septiembre, mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social de 2 de septiembre.

⁵⁰ Véase la STS (Sala 3.ª) 28/11/00, rec. 4705/1996. El litigio versa sobre la impugnación de un acuerdo de avenencia ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección Territorial de Trabajo, Consejería de Trabajo y Función Pública del Gobierno

2.3. Tramitación y terminación del procedimiento

En este aspecto pocas son las consideraciones que debemos hacer. Nos detenemos especialmente en las particularidades que presenta la mediación aplicada a conflictos de funcionarios públicos, por resultar más cono-

de Canarias (SEMAC), adoptado entre un municipio y una trabajadora laboral del mismo a la que despidió; el acuerdo de avenencia fue ratificado por el Pleno municipal, con el voto en contra de los recurrentes, quienes lo impugnan hasta llegar a casación por considerar que la avenencia ante el SEMAC no puede reemplazar a la reclamación administrativa previa. El Tribunal Supremo desestima el recurso, sosteniendo en el FJ 3.º de la Sentencia que: «La Sala de instancia califica tal trámite [la reclamación administrativa previa] como de naturaleza formal, cuando lo que ha sucedido en la cuestión examinada es una conciliación con avenencia que mediante el acuerdo de ambas partes, culmina con el reconocimiento de una indemnización, argumentación que no genera la estimación del recurso por el motivo alegado, con fundamento en la indebida aplicación del artículo 69 de la LPL, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, por los siguientes razonamientos:

a) Reclamación previa en vía administrativa (art. 145 LPA de 1958 y art. 120.1 de la Ley 30/1992) y en el proceso laboral (art. 49 LPL y 69.1 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, anterior al vigente de 1995), constituyen requisitos previos equivalentes al acto de conciliación (desde antiguo, en la regulación positiva Real Orden de 9 de junio de 1847, Ley de Bases de 11 de abril de 1868 y Decreto de 9 de julio de 1869 y, suprimida en la Ley de 6 de agosto de 1984, en el proceso civil o en la nueva LPL de 1990 transformado en acto intraprocésal —STC 81/1992—), deviene en un requisito formal, subsanable e interpretado con flexibilidad por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS de 27 de enero de 1997 y 11 de diciembre de 1997, entre otras) y como requisito del proceso laboral, con semejanza con la reclamación previa en vía administrativa, cuando se demanda a entes públicos (STC 11/1988, 65/1993, 120/1993 y 69/1997).

b) En la cuestión examinada, la conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con avenencia (según acta de 25 de marzo de 1994) por acuerdo, no provoca un problema casacional, habiendo recogido la jurisprudencia constitucional (en STC núms. 120/1993 y 122/1993, entre otras) la doctrina sobre el carácter subsanable de la falta de reclamación previa al proceso laboral, aducido por la parte recurrente en casación, pues la pérdida de su efecto sólo se habría producido si la resolución hubiera sido desestimatoria y el interesado no presentase la demanda ante el Juzgado en el plazo de veinte días, en caso de despido (artículo 69.3 de la LPL), extremo que no se ha producido en la cuestión examinada.

c) Si bien tratándose de demandas frente a entidades de derecho público el trámite previo de la conciliación se sustituye por la formulación de una reclamación previa en vía administrativa (artículos 63.1 y 69 LPL) y en la esfera local corresponde decidir al Pleno cuando se trata de despido del personal laboral [artículos 22.1.i) y 23.1.f) de la LBRLJ], lo que sucede en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arafo (Tenerife) de 14 de marzo de 1994, previamente a la formulación de demanda judicial se puso de manifiesto la voluntad de la trabajadora mediante la presentación de demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación contra el Ayuntamiento de Arafo, que tuvo conocimiento de la pretensión, llegándose a un acuerdo que evita el proceso, pues el significado del requisito previo no es otro que el de la posibilidad de evitar, por acuerdo de las partes (conciliación) o por estimación del órgano administrativo de la pretensión (reclamación previa) la prosecución del litigio.

d) El acto de conciliación, en este caso, constituye un método autocompositivo de solución del conflicto y es requisito previo del proceso (en la definición de la STC núm. 81/1992), máxime cuando la trabajadora estimó no utilizable la reclamación previa cuya función equivale a la de la conciliación preprocesal (en frase de la STC núm. 120/1993), acudiendo directamente al Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, como requisito previo para la tramitación del proceso (en los términos del artículo 63 LPL) concediendo a las partes el sometimiento de la controversia a una solución extrajudicial ante el órgano administrativo correspondiente».

⁵¹ Aunque la bibliografía actual no se pronuncia expresamente acerca de la posibilidad de que la reclamación previa se sustituya por la mediación sin necesidad de adaptaciones regla-

cido el funcionamiento del sistema en relación con los empleados laborales, que es común al del resto de trabajadores⁵².

a) *Conflictos colectivos de funcionarios públicos.*

El principal problema que entraña esta materia es que el artículo 38.2 LOR remite al desarrollo reglamentario la determinación del procedimiento de mediación, pero, a pesar del largo espacio de tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley, tal desarrollo aún no ha tenido lugar. Ello no impide que se active la mediación en estos conflictos, pero exige integrar la laguna determinando cómo habrá de tener lugar el procedimiento.

Comencemos por comentar el mecanismo de designación de los mediadores. En los conflictos colectivos regulados por el artículo 38 LOR, el mediador ha de ser elegido de mutuo acuerdo entre las partes, lo cual no será fácil cuando ambas estén sumidas en el laberinto de un *impasse* en las negociaciones⁵³. En determinados conflictos puede ser más operativo que designe un mediador cada parte y que se nombre a un tercero neutral de mutuo acuerdo, pues aunque ello suponga un incremento de los costes la calidad de la mediación será mayor, al poder trasladar los mediadores *de parte* al imparcial las razones que avalan sus posiciones⁵⁴. Caso de acordarse la tramitación de la mediación a través de sistemas ya implantados (como el SERCLA), el asunto se resuelve por sí solo en cuanto que la designación de los mediadores tendrá lugar conforme a lo dispuesto en el Reglamento de procedimiento del sistema, despejándose así fácilmente esta cuestión capital⁵⁵.

En lo relativo al desarrollo del procedimiento de mediación, como es sabido, existen diferentes modelos o estrategias de mediación que pueden ser utilizados por el mediador según las circunstancias del caso⁵⁶. Partiendo de la base de que existe una serie de estándares básicos (sesión inaugural o de presentación, exposición y determinación de los trámites que se acuerda seguir para intentar resolver el conflicto, modo de ejecutar el

mentarias, cabe suponer que la tradicional discusión acerca del carácter asimilable o no de la reclamación previa a la conciliación se reprodujera en este otro campo. Para dar completa noticia de las diferentes posturas doctrinales en la materia puede acudir a DE NIEVES (2002: 52 y ss.). En un orden próximo de consideraciones, para conocer la postura del Tribunal Constitucional acerca de la subsanación material de la no interposición de la reclamación administrativa previa, vid. SÁEZ (2004: 211 y ss.); la autora expone una cierta flexibilidad en la doctrina constitucional, lo que admitiría acoger las tesis del Supremo anteriormente expuestas.

⁵² Sobre la cuestión pueden verse especialmente LANTARÓN (2003), LLOMPART (2002) y FERNÁNDEZ (2003).

⁵³ Vid. DEL REY (1991: 88).

⁵⁴ Es la opinión de DEL REY (1991: 88).

⁵⁵ La vía del pacto o acuerdo colectivo previo para designación de los mediadores a quienes acudir en caso de conflicto es la preferida por SALA y ROQUETA (1995: 335).

⁵⁶ Vid., entre otros muchos, ACLAND (1990: 190 y ss.), MOORE (1996: 68 y ss.), OSTERMEYER (en GROVER DUFFY y otros, 1996: 125), RIPOL-MILLET (2001: 44 y ss.), TOUZARD (1981: 209 y ss.), VINYAMATA (1996: 96), SINGER (1996: 240 y ss.) y GARCÍA GARCÍA (2003: 169 y ss.).

acuerdo, etc.), no parece oportuno limitar en este punto la capacidad de maniobra del mediador⁵⁷. Sin embargo, la Ley 9/1987 presenta una serie de contenidos que la restringen. Por ejemplo, al obligar al mediador a que formule por escrito sus propuestas y a las partes a hacer pública su oposición⁵⁸ (art. 38), determinaciones de la Ley que arruinan uno de los principios básicos de la mediación: la confidencialidad, que es una baza importante a fin de garantizar el éxito de las negociaciones⁵⁹. No obstante, para no perturbar el natural desarrollo de la mediación se puede hacer una interpretación integradora de este precepto en cuya virtud la propuesta del mediador sólo habría de hacerse pública cuando las partes la acepten, no siendo preciso ir dando publicidad a todas y cada una de las sucesivas propuestas que eventualmente vaya haciendo el mediador para intentar alcanzar un acuerdo y aproximar posiciones, pues tal rigidez formal dificultaría extraordinariamente la actividad mediadora. Correlativamente, la oposición de las partes habrá de hacerse pública tan sólo en el caso de que no se alcance el acuerdo, y no en cada fase de la negociación en que se produzca un rechazo⁶⁰.

El acuerdo colectivo⁶¹ resultante de la mediación ha de ser aprobado expresamente por el órgano competente para negociar (art. 35, párrafo 2.º, LOR), quien no puede introducir modificaciones en el mismo, por cuanto que en tal caso devendría inválido al no haberse seguido ninguno de los dos procedimientos admisibles para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos: un acuerdo dimanante de la negociación o mediación, o un reglamento aprobado de acuerdo con el procedimiento para dictar disposiciones administrativas generales⁶². Con arreglo

⁵⁷ En la misma línea, SÁNCHEZ MORÓN (1995: 26) considera inoportuno regular detalladamente el desarrollo de la mediación en el ámbito administrativo.

⁵⁸ Por contraposición a este régimen, en los sistemas de mediación articulados para conflictos laborales no sólo el procedimiento es confidencial, sino que además el mediador queda vinculado por un deber de secreto, cuya eventual transgresión supone la imposición de sanciones; vid. LANTARÓN (2003: 290 y ss.), quien considera que este deber de secreto tiene como finalidad proteger a las personas que suministran información, así como la integridad y eficacia del procedimiento. El autor da cuenta de la posición mayoritariamente favorable que la doctrina laboralista expresa en la cuestión en relación con las mediaciones en el ámbito laboral. Por el contrario, en la mediación del artículo 38 LOR, parecen expresar su opinión favorable a la publicidad de las propuestas SALA y ROQUETA (1995: 337), quienes consideran que de este modo se persigue presionar a las partes en el conflicto apelando a la opinión pública.

⁵⁹ Sobre la extraordinaria importancia de esta faceta de la mediación, véanse las características del mediador que relacionamos *supra*, § 3.1, y la bibliografía allí citada. En particular, opina BARONA (1999: 77) que «el éxito de la mediación frente a los procesos judiciales es la confidencialidad de la materia sometida a mediación así como la información que se vierte a lo largo de este procedimiento». Por su parte, considera SÁNCHEZ MORÓN (1995: 26) que las garantías de imparcialidad y confidencialidad de los mediadores merecen «algún tipo de regulación», pero no revela el sentido de la misma.

⁶⁰ Cabe mencionar que, en una posición absolutamente aislada, sostiene BARRACHINA (1991: 344) que las propuestas del mediador deberían tener carácter vinculante para las partes. Aceptar esta tesis supondría convertirlo más bien en un árbitro que en un mediador propiamente dicho.

⁶¹ En este trabajo hemos hecho abstracción de los pactos y nos hemos circunscrito a expresar el régimen aplicable a los acuerdos, por el reducido espacio material de los primeros, que ha conducido a su práctica inexistencia.

⁶² Vid. BUSTILLO (2004: 221).

al artículo 36 LOR, los acuerdos serán remitidos al Registro de Convenios Colectivos y publicados en el diario oficial que corresponda.

Caso de que fracase la mediación en procedimientos de negociación colectiva, el máximo órgano de gobierno de la Administración afectada podrá establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 37.2 LOR)⁶³. Esta amedrentadora previsión pervierte el proceso de mediación, al desequilibrar los poderes de las partes y situarlas en posición de asimetría, pues una de ellas, la Administración, ostenta un extraordinario control e influencia sobre el resultado del proceso, levitando sobre todas las cabezas la amenaza de una imposición unilateral de condiciones de trabajo por parte de la Administración si no hay cesiones importantes del lado sindical. Esta opción debería descartarse en línea de principio y reservarse como último recurso, pues ciertamente no contribuye al buen clima social ni a forjar una relación negocial estable y constructiva entre las partes⁶⁴. Es, precisamente, la filosofía del diálogo y de la concertación social la que subyace en las estrategias de mediación y la que pretende promoverse con su empleo, de modo que sería contrario al espíritu del proceso que la Administración negociadora utilizase esta baza de manera más o menos explícita como llave de acuerdos particularmente estrictos (bajo amenaza de que la decisión unilateral lo sea aún más), a pesar de que tal hipótesis no deje de estar en mente de todos y condicione de hecho el margen negociador de los sindicatos.

El acuerdo resultante de la mediación debe adquirir el mismo efecto que un acuerdo colectivo directamente adoptado mediante la negociación entre las partes⁶⁵. De otro lado, una vez aprobado el acuerdo por el órgano competente, no puede la Administración dictar un reglamento que vulnere su contenido, pues tal acuerdo devendría ilegal⁶⁶.

b) *Conflictos individuales de funcionarios públicos.*

Alguna precisión conviene hacer, asimismo, en el caso de que se implante un sistema de mediación para conflictos de carácter individual acudiendo a la habilitación reglamentaria que articula el artículo 88 LRJAP o a la que las Comunidades Autónomas pretenden introducir en el Estatuto

⁶³ SALA y ROQUETA (1995: 337) abren un abanico más amplio de opciones: a) La continuación de la negociación, un nuevo intento de mediación o la decisión administrativa, en los conflictos colectivos de intereses. b) Un nuevo intento de mediación o el procedimiento judicial, en los conflictos colectivos jurídicos.

⁶⁴ En la misma opinión, DEL REY (1991: 82). También TORNOS (1995: 172) entiende que «antes de llegar a una solución impuesta, deben tratarse de agotar los mecanismos de una solución negociada».

⁶⁵ También lo sostienen SALA y ROQUETA (1995: 337). Esta asimilación entre una y otra forma de acuerdo también se produce en el Derecho laboral; vid. LANTARÓN (2003: 292). Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos, su posterior aprobación por el órgano administrativo competente y otras cuestiones conexas, vid. especialmente SALA y ROQUETA (1995: 278 y ss.), GÓMEZ (1994: 328 y ss.), SÁNCHEZ MORÓN (2004: 256 y ss.) y PÉREZ (1997: 184 y ss.).

⁶⁶ SSTS 16/11/95, Ar. 8791, y 30/5/92, Ar. 4454, entre otras.

Básico del Empleado Público. En relación al procedimiento de mediación, al igual que en los conflictos colectivos, no conviene ritualizar la actividad mediadora con trámites preceptivos, sino reconocer al mediador un amplio margen de maniobra. Como decíamos en su lugar, en el acuerdo formal que dicte la Administración aceptando la mediación conviene incluir un acuerdo de suspensión del procedimiento para evitar que el vencimiento del plazo de resolución determine la generación de un acto presunto. Ahora, en la fase terminal del procedimiento, la secuencia lógica de los acontecimientos es que el órgano competente para resolver levante en primer término la suspensión del procedimiento que hubiere acordado en aplicación del artículo 42.5.e) LRJAP y, acto seguido, dicte la resolución definitiva del procedimiento administrativo de gestión.

Mediante la vía del artículo 88 LRJAP, el acuerdo que alcancen las partes finaliza verdaderamente el procedimiento, sin que en línea de principio resulte preciso que la Administración dicte una resolución que acoja formalmente el contenido material del acuerdo⁶⁷. De otro lado, con arreglo al artículo 109.e) LRJAP, los acuerdos, pactos o convenios finalizadores del procedimiento administrativo agotan la vía administrativa, siendo susceptibles de recurso directo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para terminar, recordemos que el despliegue de la actividad mediadora a través de la adhesión a un acto administrativo cuyo contenido ha sido objeto de un pacto previo de carácter instrumental es un supuesto fácilmente operativo en la práctica que no introduce ninguna previsión adicional en el procedimiento ni en su terminación, más allá de las que señalamos anteriormente.

III. LA PRUDENTE PROGRESIVIDAD EN LA IMPLANTACIÓN DE ÁMBITOS Y PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN

Como decíamos en la Introducción, asistimos a un fenómeno incontenible de expansión de la mediación a los ámbitos más variados de conflictos: en la familia (separaciones, divorcios, desavenencias...), en la escuela, en las relaciones interculturales, en la empresa, en los hospitales... Ciertamente que esta fórmula presenta ciertas cualidades que la erigen en un deseable instrumento de concertación social. Ahora bien, no podemos precipitarnos en su implantación a cualesquiera ámbitos, y mucho menos en el campo jurídico-administrativo, sujeto por una serie de corsés y de tradiciones que condicionan indudablemente su éxito. Corremos el peligro de contagiarnos por una especie de «euforia de la mediación», de cuyos peligros advierte prudentemente ALÉS (2005: 11 y ss.).

En efecto, no cabe mediación para todo. Las causas de exclusión pueden ser tanto materiales como subjetivas. Entre las primeras, como hemos

⁶⁷ Afirmación que se hace sin polemizar sobre la naturaleza jurídica que pueda tener tal acuerdo (si un contrato, un convenio o un acto unilateral de contenido pactado), aspecto que en este momento resulta secundario a nuestro objeto. Sobre el particular, vid. BUSTILLO (2004: 298 y ss.), DELGADO (1995: 171 y ss.) y SÁNCHEZ MORÓN (1995: 16 y ss.).

indicado, no todo conflicto es susceptible de mediación porque existen decisiones de carácter indisponible en las que la Administración no puede negociar. Pero también en las materias susceptibles de mediación hay asuntos que no están maduros para mediar: por ejemplo, cuando las partes (ambas o una de ellas) no desean realmente someterse a un procedimiento de mediación y no muestran voluntad alguna de empeñarse en buscar un acuerdo, siendo así que la voluntariedad es un rasgo característico intrínseco de la mediación.

Por esta y otras razones (en el fondo, por un puro pragmatismo), considero que no sería prudente enfrascarse en una operación de implantación indiscriminada de la mediación en todo conflicto de personal de todas las Administraciones públicas. Hay que elegir cuidadosamente los escenarios en los que se promueve esta iniciativa y dosificar su habilitación para contribuir a la expansión progresiva de una «cultura de la mediación», que termine por convencer a todos los operadores de las virtudes que encierra el sistema mediante la visualización de sus logros en experiencias previas. La expansión de la mediación en los conflictos laborales se explica por la actitud de los agentes sociales, que han alcanzado una progresiva madurez en el ejercicio de la autonomía colectiva y de estrategias sindicales que se corresponde, además, con una perceptible *deflación* del ejercicio del derecho de huelga⁶⁸. En esta misma línea, deben ser los éxitos continuados y en aumento de los procedimientos implantados en concretas materias y en determinadas Administraciones los que inviten a extender progresivamente la mediación a nuevos campos y a otras Administraciones públicas, pues, como sostiene SÁNCHEZ MORÓN (1995: 26), «de esta manera la mediación puede quizá ir entrando en los usos administrativos, para lo que se requiere tiempo sin duda».

Estas reflexiones se introducen ahora pues condicionan decisivamente las fórmulas organizativas que procede impulsar en orden a instaurar procedimientos de mediación en el sector público, materia que tratamos en el epígrafe siguiente. En efecto, cabe utilizar servicios de mediación ya existentes o crear otros nuevos, que a su vez pueden ser internos o externos a la Administración pública: cada una de estas opciones supone el compromiso de un nivel diferente de recursos y muestra también una operatividad diversa, debiendo optarse por cada una de ellas según la ambición que impulse la implantación de procedimientos de mediación. Si convenimos en que resulta preciso avanzar despacio pero con firmeza, las consecuencias organizativas asociadas a esta decisión son diferentes que si nos dejamos llevar por un impulso ciego de abrir a la mediación todo tipo de litigios y en el conjunto de la Administración pública.

El mejor modo de proceder, en mi opinión, es diferente para los conflictos colectivos y para los individuales. En relación con los primeros, considero que debe comenzarse por articular procedimientos de mediación en Administraciones (institucionales o territoriales) de tipo medio o pequeño (con todo lo relativos que son estos adjetivos), como municipios,

⁶⁸ Son todas opiniones de LANTARÓN (2003: 843).

provincias y entidades instrumentales de la Administración local. Me parece descartable el recurso a la mediación para los procesos de negociación colectiva en las grandes Administraciones públicas territoriales, debido a dos razones fundamentales: *a)* la enorme complejidad que entrañan, al tener que negociarse una variedad extraordinaria de capítulos que suponen, además, efectos considerables de carácter organizativo y presupuestario, lo que dificulta enormemente el despliegue de la actividad mediadora y la viabilidad de las propuestas, habida cuenta la extraordinaria cantidad de variables; y *b)* el *talante* o actitud de los negociadores públicos, poco permeables todavía a la dinámica del pacto y la concertación, lo que conduce irremisiblemente al fracaso de los procedimientos de mediación. Conviene, por tanto, convencer de la utilidad de esta vía mediante su implantación en escenarios más reducidos y manejables, en los que también las relaciones de poder entre las partes se encuentran menos desequilibradas. En este sentido, cabe recordar el éxito que ya ha demostrado la fórmula de la mediación para resolver los conflictos colectivos del personal laboral de Administraciones públicas de pequeña y mediana escala, como atestiguan los informes de los sistemas de mediación existentes, que dan cuenta de numerosos ejemplos de mediación en conflictos laborales de entidades locales⁶⁹. Estos datos demuestran que, al menos en Andalucía y Cataluña, las Administraciones locales vienen sumándose progresiva y exitosamente a la cultura de la mediación, lo que invita a explorar las posibilidades de extender el modelo a los conflictos colectivos de personal funcionario.

En cuanto a los conflictos individuales existen todavía pocas experiencias, incluso en materia de personal laboral. En el epígrafe siguiente comentaremos cuál es nuestra opinión en orden a promover su progresiva implantación en el sector público.

IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN

La vertiente organizativa es un componente esencial de garantía en la instauración de sistemas alternativos de resolución de disputas en el ámbito jurídico-administrativo, como advierte TORNOS⁷⁰. También es así en la mediación. Resulta preciso crear una estructura que dé soporte logístico a la tarea del mediador. Y existen diferentes modelos para construirla. La funcionalidad de cada uno de ellos depende esencialmente de la tipología del

⁶⁹ El Informe de Actuaciones del SERCLA correspondiente a 2005 (disponible en el portal del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, incluido en el de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo>) explica que durante dicho año se mantuvieron 20 procedimientos de mediación correspondientes a entidades locales, 31 relativos a empresas públicas (dos de ellos interprovinciales) y tres a la Administración autonómica (de estos últimos, tan sólo uno fue interprovincial). De otro lado, aun cuando su web no contiene informes de actuación, es sabido que el CEMICAL de Cataluña cosecha también grandes éxitos en la mediación en conflictos colectivos del personal laboral de entidades locales en dicha Comunidad Autónoma.

⁷⁰ Vid. TORNOS (1995: 156 y ss.).

conflicto. Pero, además, dentro de los aspectos organizativos de la materia no se pueden perder de vista las particularidades que presenta la figura del mediador, quien debe reunir una serie de rasgos o cualidades generales y otros específicos para intervenir en materia de personal del sector público.

4.1. *El perfil del mediador y su influencia sobre la determinación del modelo organizativo*

El mediador debe reunir una serie de características, encontrarse dotado de un determinado *perfil psicológico*, como lo denomina TOUZARD (1981: 144). Algunos de sus rasgos responden a condiciones naturales prácticamente innatas, otros —la mayor parte— constituyen destrezas o habilidades que pueden adquirirse con práctica y formación. Según las aportaciones especializadas, un mediador debe reunir las siguientes características o cualidades:

- El mediador carece de poder ejecutivo⁷¹ —*imperium*— y, en contrapeso a esta circunstancia, debe disfrutar de una posición de autoridad moral —*autoritas*— sobre las partes, para desplegar sobre ellas un mínimo poder de persuasión a fin de promover el acuerdo.
- Relacionado con lo anterior, el mediador ha de ser capaz de crear un clima que permita a las partes expresarse libremente, exponiendo su parecer sin doblez para hacer aflorar así la verdadera causa de las diferencias y sus vías de solución⁷². En este sentido, *el mediador ha de generar confianza*, ha de desatar en las partes los resortes que les lleven a confiarle pensamientos que explican el origen del conflicto y orientan sobre su posible solución. Para ACLAND⁷³, se logra la confianza cuando las personas hacen lo que dicen, tienen un comportamiento coherente, mantienen una actitud abierta hacia la otra parte y respetan las confidencias.
- El mediador ha de tener empatía, esto es, una especial predisposición a ponerse en el lugar del otro y comprender sus razones⁷⁴. Esto supone la necesidad de que el mediador despierte en sí mismo un verdadero interés por quienes acuden al procedimiento, escuchándolos con atención y demostrando que le importa la tarea que está llevando a cabo⁷⁵. Esta peculiar intuición o sexto sentido ayuda a que se identifiquen claramente los puntos en discordia y a trabajar

⁷¹ En efecto, «la intervención en procesos de mediación, transformación y resolución de conflictos se lleva a cabo desde el no poder, desde la ausencia de poder que resulta, en definitiva, la característica que otorga mayores posibilidades de facilitar su intervención de manera eficaz» (VINYAMATA, 1999: 17). En análogo sentido, SINGER (1996: 37).

⁷² Vid. en este sentido los rasgos del mediador que describe ALÉS (2005: 25).

⁷³ ACLAND (1990: 65).

⁷⁴ Es lo que GUILLÉN y LEÓN (2005: 122) definen como «conocer y comprender puntos de vista distintos y contradictorios sobre un mismo tema», así como «analizar pormenorizadamente situaciones complejas a partir de informaciones casi siempre insuficientes».

⁷⁵ GARCÍA GARCÍA (2003: 157).

para resolverlos, así como permite espigar posibles conexiones o áreas comunes sobre las que ir construyendo el acuerdo. Es más, puede que las partes sean incapaces de determinar por sí mismas la causa última del conflicto, de modo que el mediador deba desplegar una especial intuición para detectarla y ponerla sobre la mesa como objeto de deliberación, lo que supone todo un despliegue de capacidades⁷⁶.

- El mediador debe mantener el secreto del procedimiento para crear un clima de reserva que permita a las partes expresarse con autenticidad, sabedoras de que sus declaraciones no trascenderán públicamente. El mediador no podrá revelar ningún dato ni información obtenidos durante el procedimiento, salvo que haya recabado el consentimiento de ambas partes. Un importante instrumento para conseguir la desinhibición que se pretende durante el proceso de mediación es mediante la *confidencialidad* del proceso⁷⁷.
- El mediador debe ser persona de consenso, nada beligerante, propicio a buscar la concordia entre oponentes⁷⁸. Necesita grandes dosis de paciencia, inventiva, buen humor y persuasión⁷⁹, y, además de eso, ser reflexivo y tolerante, dotado de un fuerte sentimiento de autoconfianza y tener templados los nervios (en previsión de estallidos verbales de las partes)⁸⁰.
- También considera SIX⁸¹ que el mediador debe reunir una especie de trilogía de cualidades éticas: *valentía, prudencia y rectitud*. La primera la requiere para ser capaz de atreverse con los problemas sin recular ni darles la espalda, pero también para mantenerse en un discreto segundo plano. En cuanto a la prudencia, en términos jurídicos la calificaríamos más propiamente de *neutralidad*⁸² esto es, la cualidad de tratar el asunto objetivamente y sin tomar partido. Ahora bien, neutralidad no equivale a pasividad, pues el mediador ha de involucrarse activamente en la negociación aun sin de-

⁷⁶ Se trata de la faceta del mediador como orquestador y forjador del acuerdo: KOLB (1989: 43 y ss.) y GUILLÉN y LEÓN (2005: 122). El mediador va, en este sentido, *amasando* el acuerdo. En relación con todo esto sostiene BARONA (1999: 75 y ss.) que el mediador debe reunir las siguientes características: «Suavizar los ánimos encrespados. Actuar como guía imparcial de la discusión y asegurar que todas las partes tengan oportunidad de hablar. Trabajar con las partes para idear soluciones creativas que cubran sus respectivas necesidades. Ganarse la confianza de las partes, de modo que compartan con él información confidencial sobre sus intereses y alternativas. Trasladar de uno a otros una selección de la información, traduciéndola de un lenguaje negativo a uno positivo. Actuar como representante de la realidad y ayudar a las partes a ser más realistas con respecto a sus alternativas. Ofrecer, ocasionalmente, una opinión objetiva sobre el aspecto positivo de la controversia. Mantener viva la negociación cuando las partes están dispuestas a abandonar. Efectuar recomendaciones, si las partes lo piden. Actuar de “cabeza de turco” cuando las cosas van mal».

⁷⁷ BARONA (1999: 77), GARCÍA GARCÍA (2003: 143 y ss.) y SINGER (1996: 232 y ss.).

⁷⁸ SIX (1997: *passim*).

⁷⁹ SINGER (1996: 39).

⁸⁰ ACLAND (1990: 62).

⁸¹ SIX (1997: 177 y ss.).

⁸² GARCÍA GARCÍA (2003: 139 y ss.).

cantarse por ninguna de las partes⁸³. La *rectitud*, por último, evoca a la integridad moral del mediador: por una parte, en cuanto al desempeño de su tarea conforme a las propias reglas deontológicas de la actividad de mediación; pero también como límite ético ante los acuerdos que las partes pudieran llegar a tomar, si bien no puede convertirse en un moralista o empujar a las partes hacia una solución vislumbrada por él, sino permitir que lleguen por sí mismas a un arreglo que las libere.

En cuanto a la prelación de estos elementos, TOUZARD⁸⁴ traza un perfil psicológico del mediador basado en datos empíricos, insistiendo especialmente en que el factor más apreciado por las partes sometidas a mediación es la inteligencia del mediador; y junto a él se sitúa, en escala de importancia, la neutralidad, lo que el autor explica por una supuesta preponderancia de las variables de situación sobre las personales, toda vez que el comportamiento del mediador eficaz, a su juicio, depende mucho más de la situación y de su función que de su personalidad⁸⁵.

Después de lo dicho se comprende bien que, aun cuando algunas notas del mediador responden a cualidades innatas y, por tanto, hay ciertas personas naturalmente predisuestas para la actividad mediadora, la mayoría de tales habilidades pueden adquirirse con formación y adiestramiento adecuados⁸⁶. Por otra parte, algunos de los rasgos indicados (concebidos para mediadores de familia, de escuela e interculturales, por ejemplo) son superfluos para mediar en conflictos colectivos de personal, por tratarse de un entorno más aséptico y despersonalizado en el que los temas son neutros y menos sensibles.

En cambio, a todos los rasgos generales que suelen asociarse a esta figura nosotros debemos añadir otro particularmente exigible a quienes medien en conflictos de personal en el sector público, sobre todo cuando la relación sea de carácter funcional: la circunstancia de que debe ser un perfecto conocedor del Derecho administrativo. En efecto, la negociación

⁸³ La propia autora (GARCÍA GARCÍA: 155 y ss.) menciona a la flexibilidad como rasgo del mediador, que le impide hacer juicios de valor del tipo correcto-incorreto, justo-injusto. Comporta que el mediador debe indagar acerca de sí mismo, a fin de saber qué le interfiere y qué le facilita el desempeño de su tarea. De no conseguirlo, sería probablemente su propio criterio personal el que se impusiera al de las partes.

⁸⁴ TOUZARD (1981: 145 y ss.).

⁸⁵ En cuanto a la influencia efectiva que todos estos componentes psicológicos del mediador pueden ejercer sobre la actividad de mediación, CARNEVALE y otros (en GROVER DUFFY y otros, 1996: 167 y ss.) nos ofrecen unas minuciosas tablas estadísticas que incluyen dos columnas con el resultado de la mediación —satisfactorio e insatisfactorio— y desgranar paralelamente la actitud que el mediador desplegó en cada caso. El trabajo incide especialmente sobre técnicas y tácticas de mediación, más que pretender estudiar el perfil sociológico del mediador, pero incluye datos y referencias de indudable interés a este último objeto.

⁸⁶ En este sentido sostiene SIX (1997: 160) que «la identidad del mediador no es una identidad innata, sino adquirida; si ciertas personas tienden, como inclinación natural, por temperamento, a la mediación, saben, si verdaderamente el sentido de la mediación, que ésta debe actualizarse sin cesar, afirmarse, trabajarse. La identidad del mediador no es una identidad que se dé de una vez por todas; se debe inventar constantemente como actividad mediadora».

en conflictos colectivos de funcionarios públicos se encuentra condicionada por una serie de límites muy particulares que obligan a conocer solwentemente la cuestión: reservas de ley, materias no negociables, normas de carácter indisponible, condicionamientos presupuestarios... Por desgracia, en un entorno de Derecho administrativo se exige no sólo manejar un sector del ordenamiento jurídico completamente alejado de los que suelen conocer los mediadores más comunes (Derecho de familia, legislación laboral privada), sino además tener presente, al hacerlo, una serie de principios aplicativos estructurales —los propios del Derecho público— que poco o nada tienen que ver con los que operan en las restantes áreas jurídicas. A esto se le suma la tradicional rigidez de las relaciones jurídico-administrativas, conducidas ritualmente por las normas a estándares de objetividad que reducen correlativamente el margen de apreciación o discrecionalidad técnica de los aplicadores, circunstancia que constriñe sensiblemente el abanico de opciones que queda en manos del mediador.

Por otra parte, desde el punto de vista operativo, para que las partes confíen en el mediador conviene articular un mecanismo de elección independiente, que lo desvincule de la Administración, a pesar de que la estructura organizativa mediante la que se articule o respalde funcionalmente el proceso de mediación esté integrada en la propia Administración pública. En todos los modelos de mediación implantados, excepción hecha del mediador institucional, esta circunstancia se resuelve a través de varias técnicas, que pueden ser acumuladas y no excluyentes⁸⁷:

- La aprobación o existencia de una lista de mediadores, designados previamente por las partes que han suscrito el acuerdo de creación del sistema de mediación (como sucede con el SERCLA o el SIMA), o bien aprobados unilateralmente por la organización que ofrece este servicio: Administración pública que lo crea, asociación privada (como AMEFA), etc.
- La designación del concreto mediador que intervendrá en el procedimiento por las propias partes en conflicto.
- La eventual composición colegiada de la función mediadora, designando a varios mediadores en lugar de a uno solo.

En cualquier caso, conviene que el mediador en conflictos de personal del sector público se encuentre altamente profesionalizado, no debiendo olvidarse las ventajas que en este sentido presentan los modelos de mediación que mantienen cuerpos permanentes de mediadores integrados en estructuras administrativas independientes⁸⁸.

⁸⁷ El modo en que se ha resuelto la cuestión en los diferentes sistemas de mediación de conflictos laborales implantados hasta hoy puede verse en LANTARÓN (2003: 948 y ss.) y FERNÁNDEZ (2000: 11 y ss.).

⁸⁸ Pueden verse los ejemplos que señala DEL REY (1991: 47), en relación con el modelo de mediación existente en Estados Unidos y en el Reino Unido, que pivota sobre un ente creado por el poder público pero dotado de autonomía funcional y en el que los mediadores no son personal eventual, sino que tienen un puesto de trabajo permanente en el que incluso pueden hacer carrera profesional.

4.2. *Operatividad de los servicios de mediación laboral articulados por las Comunidades Autónomas: el ejemplo del SERCLA*

El Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA) se encuentra configurado como una unidad funcional dependiente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales⁸⁹ (CARL), órgano administrativo adscrito a la Consejería de Empleo, que en su estructura orgánica evidencia una clara manifestación del principio de participación de los administrados (sindicatos y empleadores), quienes cuentan con altos porcentajes de representación en su seno, lo cual no desdice la naturaleza pura de órgano administrativo —o unidad administrativa dentro de un órgano— que ostenta el SERCLA. La jurisprudencia ha venido a confirmar indirectamente esta circunstancia al proclamar que la presencia de la Administración pública en los acuerdos colectivos dirigidos a articular el SERCLA se reduce a garantizar los compromisos que la Junta de Andalucía asume en el acuerdo, obligándose a prestar apoyo funcional al SERCLA a través del CARL⁹⁰.

La Administración puede crear unilateralmente tales órganos, o incluso dictar unilateralmente acuerdos de sujeción al SERCLA para conflictos colectivos o individuales de personal (laboral y funcionario), sin el concurso de las centrales sindicales, ni las más ni las menos representativas. No se exige en este caso la suscripción de un acuerdo interprofesional en el sentido del artículo 83.2 ET —que ha sido el cauce empleado para la creación de los Sistemas estatal (privado) y autonómicos (públicos) de mediación, arbitraje y conciliación—, ni tampoco un acuerdo colectivo en el sentido del artículo 35 LOR. El Derecho administrativo se rige por principios diversos del laboral, y el carácter estatutario del personal funcionario, asociado a la potestad de autoorganización, determinan que en este aspecto sea superfluo técnicamente firmar un pacto o acuerdo dirigido a encomendar a un concreto órgano administrativo funciones de mediación⁹¹. Tal pacto sí sería preciso, por el contrario, cuando el sistema de resolución de conflictos no se haya constituido como una unidad administrativa, sino

⁸⁹ Véase la Disposición Adicional Tercera del Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, Resolución de 8 de abril de 1996, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (*BOJA* 23 de abril), que dispone: «Por la Administración Autónoma se facilitarán los medios necesarios para la puesta en práctica y efectividad del Órgano de Mediación-Conciliación y del Arbitraje para lo cual, la gestión del Sistema se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales».

⁹⁰ Vid. STSJ Andalucía 22/12/97, Ar. 4631, y STS 30/1/99, Ar. 1118, ambas relativas al SERCLA.

⁹¹ En efecto, la suscripción de un acuerdo incardinado en el artículo 83 ET a fin de implantar sistemas de mediación en conflictos laborales *puros* manifiesta en este sentido un régimen jurídico bien distinto del que deriva en el Derecho administrativo de la teoría del órgano. Para conocer las particularidades que entrañan los acuerdos interprofesionales del artículo 83 ET (sujetos intervinientes, efectos, etc.), y comprender así de mejor manera las diferencias que separan el instrumento de creación de un sistema de mediación en el ámbito público y en el privado, vid. LANTARÓN (2003: 857 y ss.) y la bibliografía por él citada.

como un sujeto privado dotado de personalidad jurídica, modelo seguido por el ASEC y por varias Comunidades Autónomas⁹².

En efecto, la mediación es un proceso voluntario en todas sus fases, y por tanto también en su inicio. Mediante la adopción de un acuerdo unilateral en que reconozca el ámbito competencial del sistema extrajudicial, la Administración pública no está forzando a la otra parte (sindicatos o trabajadores) a pasar necesariamente por dicho procedimiento; simplemente le abre esa posibilidad, que puede o no utilizar libremente. No es preciso, por tanto, un pacto para materializar la voluntad afín de ambas partes, entre otras cosas porque dicho pacto no pone ni quita nada, no evita la necesidad de que, en cada conflicto concreto, ambas partes deban mostrarse conformes con el seguimiento de un procedimiento de mediación. Esta afirmación es clara en los casos en que el sistema de mediación se encuentra bajo la dependencia funcional de la propia Administración pública, que es incluso quien le nutre de presupuestos, de personal y de toda clase de medios. La Administración no precisa de pacto alguno para atribuir una función a un órgano propio, le basta con crearlo conforme al artículo 11 LRJAP. Libres quedan las partes de acudir a esta nueva actividad prestacional que les ofrece la Administración.

No obstante, en un sector tan imbuido por la dinámica paccionadora como es el sindical, la firma de un previo acuerdo de concertación entre la Administración y los sindicatos podría ser muy útil para respaldar su puesta en marcha y garantizar el éxito de la operación, especialmente en materia de conflictos colectivos, donde los sindicatos son precisamente los interlocutores.

Por el contrario, entiendo que, en el caso de los conflictos individuales, reconducir la viabilidad de la mediación a la suscripción de un acuerdo colectivo entre la Administración y los sindicatos puede restringir o retardar notablemente la puesta en marcha de los servicios o sistemas de mediación y, por tanto, en este caso considero que sería mejor proceder a la aprobación directa de una disposición que permita la resolución de tales conflictos por cauces extrajudiciales de mediación para permitir que los funcionarios públicos que deseen dirimir sus diferencias por esta vía puedan hacerlo inmediatamente.

4.3. *Creación de unidades específicas de mediación y asignación de funciones a mediadores institucionales*

En el marco de la facultad de autoorganización, las Administraciones públicas también pueden crear unidades mediadoras diferenciadas (y dis-

⁹² Un estudio sintético de los acuerdos de constitución de sistemas de mediación, en RODRÍGUEZ (2000: 11 y ss.). El modelo de Andalucía también es seguido por Islas Baleares, Canarias, Galicia y País Vasco. Por el contrario, se han constituido entes dotados de personalidad jurídica (normalmente, con forma de fundaciones privadas sometidas a la tutela del departamento autonómico competente en materia de empleo) en Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra; así como el SIMA, a nivel nacional.

tintas del SERCLA) insertas en su propia estructura orgánica, opción que se presenta particularmente idónea para resolver conflictos individuales de personal en grandes Administraciones públicas dotadas de un volumen numeroso de efectivos. Esta opción se revela particularmente idónea para resolver conflictos individuales de personal, tanto jurídicos como de intereses: disfrute de vacaciones, licencias o permisos, discrepancia acerca de las atribuciones de un determinado puesto de trabajo, algunos conceptos retributivos... En estos casos es conveniente que exista una mayor proximidad entre las partes y el órgano mediador que articula el procedimiento, por lo que canalizarlo a través del sistema autonómico de mediación puede suponer una rémora.

Por otra parte, los titulares de los órganos administrativos a quienes corresponda mediar en estos conflictos serán partidarios de que tales unidades mediadoras resulten próximas desde el punto de vista organizativo. Cabe pensar en fórmulas que no encarezcan excesivamente el procedimiento y concilien estos intereses. Por ejemplo, en la Junta de Andalucía, la creación de una unidad de mediación adscrita a cada Viceconsejería que se limite a dar apoyo logístico al procedimiento, pudiendo aprobarse la lista de mediadores por acuerdo con la Junta de Personal, y regulándose esta y otras particularidades del procedimiento en un Reglamento organizativo dictado en desarrollo del artículo 88 LRJAP (cuyo contenido ya conocemos). En tal caso, cada vez que se perciba un conflicto individual en un órgano adscrito a la Viceconsejería, a través del cauce de la mediación puede recibir una excelente solución. Entiendo que conviene poner en marcha inmediatamente experiencias piloto conforme a esta modalidad organizativa, en ámbitos sectoriales donde los empleados públicos estén familiarizados con el uso de técnicas negociadoras por razón de su puesto de trabajo: por ejemplo, los órganos autonómicos ejercientes de políticas de bienestar social. Estas experiencias pueden contribuir decisivamente a extender la cultura de la mediación al resto de empleados públicos.

Debe notarse que este cauce serviría no sólo para resolver conflictos jurídicos individuales, sino sobre todo conflictos de intereses. Y que dentro de este último campo puede brindar interesantes resultados en casos de acoso laboral o *mobbing*.

Sin embargo, para que la opción de crear unidades administrativas de mediación resulte operativa es preciso que pueda beneficiar a un número importante de empleados, pues de otro modo sería muy onerosa. Por ello, considero que las Administraciones de menor escala (entidades locales, universidades, organismos autónomos) deben optar por otras alternativas, como adherirse a los sistemas autonómicos que asuman competencias de mediación en conflictos de personal del sector público. Para que esta vía resulte operativa habrían de concurrir dos requisitos acumulados: *a)* que la Comunidad Autónoma dicte una disposición general que adscriba a sus sistemas de mediación laboral la competencia para mediar en conflictos individuales de personal funcionario de las Administraciones públicas con sede en su territorio, y *b)* que la Administración concernida articule el instrumento jurídico (encomienda de gestión, convenio inte-

administrativo o adhesión unilateral) que permita a su personal acceder a tal sistema.

No obstante, cuando una Administración pública no dispone de un órgano propio ni de voluntad de crearlo, para compensar el esfuerzo económico y de gestión que conlleva la creación de una estructura organizativa de soporte a la actividad mediadora puede promover la constitución de una entidad dotada de naturaleza jurídica propia y participada por diferentes Administraciones, e incluso también por entidades privadas, como las organizaciones sindicales más representativas con quienes suscriban los acuerdos y pactos en materia de función pública.

Ésta es la fórmula elegida para constituir el CEMICAL⁹³, el Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación de la Administración Local, en el que participan la Diputación Provincial de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO. El ente, dotado de personalidad jurídico-pública y sujeto por tanto al Derecho administrativo, como se cuidan expresamente de recordar sus Estatutos⁹⁴, presta funciones de mediación para resolución de conflictos colectivos en que sean parte las entidades locales de Cataluña, para lo cual basta con que las mismas introduzcan en los convenios y acuerdos colectivos que suscriban una cláusula de remisión al CEMICAL en relación con los desacuerdos que se presenten en su ejecución.

Una alternativa interesante a la creación de un órgano u organismo específicamente dedicado a la mediación en conflictos de personal es la atribución de esta función a otro órgano administrativo preexistente que, por su naturaleza, características y régimen de funcionamiento, sea susceptible de acogerla. Estos requisitos concurren particularmente en la figura del Defensor, del que ya disponen muchas Administraciones públicas⁹⁵. Los Defensores, en razón de su modo de elección, suelen reunir los rasgos característicos de los mediadores. De hecho, en algunos sistemas jurídicos —como los de inspiración francesa— los *ombudsmen* reciben formalmente la denominación de *mediadores* (el Defensor del Pueblo es el *Médiateur de la République*). No desempeñan exclusivamente funciones de mediación, ni contraen el ámbito subjetivo de su acción al personal propio de la Administración en que se encuadran, pero sus correspondientes reglamentos orgánicos pueden contemplar sin violencia —y de hecho lo hacen a menudo— la función de mediación, encontrándose además legitimado el personal de la Administración para acudir a sus instancias. El recurso a esta fórmula será previsiblemente inoperante en las grandes Administraciones públicas, no porque en sí misma la figura resulte inviable, sino porque en razón de la enorme carga de trabajo que habitualmente tienen estos Defensores, del elevado número de efectivos potencialmente animados a

⁹³ Vid. su portal de Internet en la URL <http://www.diba.es/cemical/flash.htm>

⁹⁴ Aprobados por la Junta de Gobierno el 8 de mayo de 2002, y publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona* núm. 40, de 15 de febrero de 2003.

⁹⁵ En la misma opinión y con cierto desarrollo argumental, SÁNCHEZ MORÓN (1995: 23 y ss.) y ROSA (1998: 40 y ss.).

requerir su intervención, y de la mayor distancia —geográfica y humana— existente entre el Defensor y los empleados, resulta prácticamente inviable el desempeño eficaz de la función. Por el contrario, el modelo se presenta especialmente indicado para atender conflictos individuales de intereses en Administraciones públicas de escala más reducida, como los ayuntamientos, las provincias, las universidades u otras que se animen a implantar la figura del Defensor.

4.4. *Determinación del modelo organizativo que mejor se acomoda a cada clase de conflicto en cada Administración pública*

Combinando los elementos que concurren en esta materia, considero que el modelo organizativo ideal de mediación en cada caso es el siguiente:

	Colectivo (jurídico y de intereses)		Individual (jurídico y de intereses)	
	Modelo	Instrumento	Modelo	Instrumento
Administración del Estado	Descartado (planteable a largo plazo)		Creación de unidad propia de mediación	Reglamento orgánico
Comunidades Autónomas	Adscripción a un sistema autonómico de mediación* (a medio plazo)	Reglamento orgánico	Creación de unidad propia de mediación	Reglamento orgánico
Municipios, provincias, universidades, etc.	Adscripción a un sistema autonómico de mediación* (a corto plazo)	Adhesión o encomienda de gestión	Adscripción a un sistema autonómico de mediación* o atribución de la función a mediador institucional (a corto plazo)	Encomienda de gestión por convenio interadministrativo

* En dependencia orgánica del sistema o servicio autonómico de mediación, pero con adaptaciones funcionales (dotación de mediadores expertos en Derecho administrativo y funcionalmente dependientes de la Consejería competente en materia de función pública).

Para asegurar la satisfacción de los requisitos específicos que concurren en relación con el particular conocimiento del Derecho administrativo (y en especial del régimen estatutario de los funcionarios públicos) que resulta predicable de los mediadores que intervengan en los conflictos de carácter jurídico (no así, necesariamente, en los de intereses), las listas de árbitros que se establezcan a través del oportuno instrumento jurídico (reglamento orgánico de adscripción de la función, encomienda de gestión articulada mediante convenio...) habrán de ser específicas, designando

como potenciales mediadores a quienes dispongan, además de las aptitudes genéricas que debe ostentar todo mediador, conocimientos solventes de Derecho administrativo, y en particular del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

V. CONCLUSIÓN

Existe una gran variedad de conflictos de trabajo, colectivos e individuales, jurídicos y de intereses, y, dentro de estos últimos, los puramente materiales y los que afectan a la moral, particularmente el acoso laboral o *mobbing*. Consideramos que la mediación es una figura apta para resolver todos estos tipos de conflictos, dotándola, en cada caso, de una estructura organizativa adecuada en función de la tipología conflictual y articulando diferentes vías de acceso a la actividad mediadora. No constituye, naturalmente, un remedio milagroso, no todos los asuntos son susceptibles de mediar: por rechazo de las partes, por falta de madurez del problema, por la carencia de estructuras adecuadas en las que sustanciar la mediación... Pero, desde luego, toda la variada tipología de conflictos laborales es susceptible de resolverse mediante la mediación, pues el problema no reside tanto en los límites materiales de esta técnica cuanto en los requisitos formales que en ocasiones bloquean su entrada en escena y en la existencia de instituciones adecuadas a las que encomendar la actividad mediadora.

En este trabajo hemos pretendido contribuir a resolver los problemas aplicativos o de orden práctico que entraña la implantación de la mediación en los conflictos de personal del sector público, y muy especialmente en la función pública. Hemos querido averiguar qué tipo de estructura se acomoda mejor a cada tipo de conflicto, así como determinar con claridad los requisitos que habrán de satisfacerse para iniciar el procedimiento de mediación, el contenido de dicho procedimiento, la naturaleza del acuerdo que le ponga fin, los efectos del mismo...

El propósito que nos alienta es fomentar la implantación de la mediación, pues estas experiencias, en la hipótesis de que finalmente se materialicen (como parece ser la tendencia actual), servirán como testigos o pilotos para expandir posteriormente las estrategias de mediación a otros campos materiales diferentes del Derecho administrativo.

VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- AA.VV. (1999a): *Jornadas confederales sobre mediación y arbitraje*, Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT, Madrid.
- AA.VV. (1999b): *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Fundación SIMA, Madrid.
- AA.VV. (2005): *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz.
- ACLAND, A. F. (1990): *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Ediciones Paidós, Barcelona.

- ALÉS SIOLI, J. (2004): «Introducción», en *Compendio legislativo sobre mediación familiar*, Aconcagua Libros, Sevilla.
- (2005): *La mediación familiar. Teoría, análisis y regulación en España*, Aconcagua Libros, Sevilla.
- ALFONSO MELLADO, C. I. (1993): *Proceso de conflicto colectivo. Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARONA VILAR, S. (1999): *Solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARRACHINA JUAN, E. (1991): *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, parte especial II, vol. 1, PPU, Barcelona.
- BERNAL SAMPER, T. (1995): «La mediación como alternativa extrajudicial», en AA.VV., *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid.
- BUTTS GRIGGS, T.; MUNDUATE JACA, L.; BARÓN, M., y MEDINA, F. J. (2005): «Intervenciones de mediación», en *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Pirámide, Madrid.
- BUSTILLO BOLADO, R. (2004): *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. (coord.) (2003): *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- DE NIEVES NIETO, N. (2002): *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE PALMA DEL TESO, A. (2000): *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DEL REY GUANTER, S. (1991): *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*, MAP, Madrid.
- DELGADO PIQUERAS, F. (1995): *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona.
- ESCUDERO MORATALLA, J. F., y POYATOS I MATAS, G. (2004): *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, Barcelona.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; TESO GAMELLA, P., y AROZAMENA LASO, A. (2004): *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- GARCÍA GARCÍA, L. (2003): *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid.
- GUILLÉN GESTOSO, S., y otros (2005): «Aproximación genérica a la mediación», en J. SÁNCHEZ PÉREZ (coord.), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Universidad de Cádiz, Cádiz.
- GUILLÉN GESTOSO, C., y LEÓN RUBIO, J. M. (2005): «Habilidades de mediación», en la obra coordinada por J. SÁNCHEZ PÉREZ recogida en el párrafo anterior.
- GIRÓ I PARIS, J. (2003): «Mediación, ética y Universidad», en B. ROMÁN (coord.), *Por una ética docente*, Grafite Ediciones-Universitat Ramon Llull, Bilbao.
- GÓMEZ CABALLERO, P. (1994): *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, vol. 2, Civitas, Madrid.
- GROVER DUFFY, K.; GROSCH, J. W., y OLCZAK, P. (1996): *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*, Paidós, Barcelona.
- HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid.
- (2000): *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- KOLB, D. M. (1989): *Los mediadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. (2003): *La resolución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid.
- LLOMPART BENNÀSSAR, M. (2002): *El Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares: régimen jurídico*, Universitat de les Illes Balears, Palma.

- LOPERENA ROTA, D. (2000): *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, IVAP, Oñati.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M. (1995): *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid.
- LÓPEZ MENUDO, F. (1999): «Arbitraje y Derecho público», *Justicia Administrativa*, núm. 2.
- LUISON, L. (2000a): «Il lavoro del sociologo nel campo della mediazione: approccio, tecniche e strumenti», en L. LUISON y S. LIACI (coords.), *Mediazione sociale e sociologia*, Franco Angeli, Milano.
- (2000b): «Mediazione sociale e “mediazione istituzionale”: tra neutralità e difesa dei diritti», en L. LUISON y S. LIACI (coords.), *Mediazione sociale e sociologia*, Franco Angeli, Milano.
- MALARET, J. (2001): *Manual de negociación y mediación*, Colex, Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2003): «Prólogo» al volumen *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid.
- MARINA JALVO, B. (2005): «Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, núm. 29.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1993): «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2003): «Reflexiones sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración pública», en C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS (coord.), *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- MOORE, C. W. (1995): *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2003): *Derecho de la función pública*, Dykinson, Madrid.
- PERDIGUERO BAUTISTA, E. (1995): «Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral», en E. PEDRAZ PENALVA, *Arbitraje, mediación y conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- PÉREZ GÓMEZ, J. M. (1997): *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones públicas*, Comares, Granada.
- PÉREZ MORENO, A. (2000): «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37. Una versión más resumida de este trabajo, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario (1999) sobre «La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».
- (2001): «El arbitraje administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 43.
- (2003): «Justicia administrativa y fórmulas alternativas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49.
- PIQUERAS PRIQUERAS, C. (1998): *El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos. Una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*, Ibidem Ediciones, Madrid.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. M. (2003): «Los tribunales administrativos», en C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS (coord.), *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- RIPOL-MILLET, A. (2001): *Familias, trabajo social y mediación*, Paidós, Barcelona.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (coord.) (2000): «Solución extrajudicial de conflictos. El ASEC y los acuerdos autonómicos», número especial de *Relaciones Laborales*.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2003): «Conciliación, mediación y arbitraje en España», en *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. (1997): *El Estatuto de los funcionarios públicos*, Comares, Granada.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1997): «Ley y negociación colectiva en la función pública», *Relaciones Laborales*, núm. 14.
- ROQUETA BUJ, R. (2004): «El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos de la Administración Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 294-295.
- ROSA MORENO, J. (1998): *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid.
- SÁEZ LARA, C. (2004): *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Civitas, Madrid.
- SALA FRANCO, T., y ALFONSO MELLADO, C. L. (1996): *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2001): *Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, CES, Madrid.
- SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUJ, R. (1995): *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SALA FRANCO, T., y otros (1999): *Jornadas confederales sobre mediación y arbitraje*, Secretaría General de Acción Sindical de UGT, Madrid.
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (1995): «La apertura a la negociación con los ciudadanos de los procedimientos en el ámbito económico», en AA.VV., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1993): «Recursos administrativos», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid.
- (1995): «La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos», en AA.VV., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- (2004): *Derecho de la Función pública*, Tecnos, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988): *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ceura, Madrid.
- SINGER, L. R. (1996): *Resolución de conflictos: técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Barcelona.
- SIX, J. F. (1997): *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona.
- TORNOS MAS, J. (1995): «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», núm. 136 de esta REVISTA.
- TOUZARD, H. (1981): *La mediación y la resolución de los conflictos: estudio psico-sociológico*, Herder, Barcelona.
- TRAYTER I JIMÉNEZ, J. M. (1995): «El arbitraje en el Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas», en AA.VV., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate.
- (1997): «El arbitraje en Derecho administrativo», núm. 143 de esta REVISTA.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.) (2003): *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- VINYAMATA CAMP, E. (1999): *Manual de prevención y resolución de conflictos*, Ariel, Madrid.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €