

CAPÍTULO VII MEDIACIÓN

I. Concepto	121
II. Naturaleza	122
1. Mediación y conciliación	123
2. Mediación y arbitraje	124
III. Clasificación	125
1. Mediación obligatoria y voluntaria	126
2. Clasificación funcional	128
IV. Ventajas	131
V. Función social	132
VI. Órganos de mediación	132
VII. Mediadores	133
VIII. Técnicas de mediación	134

CAPÍTULO VII MEDIACIÓN

I. CONCEPTO

Por mediación se entiende abogar, intermediar; estar en el medio de dos partes para buscar una convergencia. Es un procedimiento de negociación asistida al que recurren dos partes en conflicto en busca de una solución equitativa, propuesta o inducida por un tercero neutral que carece de facultades o atribuciones para decidir.¹⁸³

El tercero mediador no recurre a los procedimientos de un juzgador en virtud de que no intenta aplicar el derecho, sin embargo esto no debe entenderse como la posibilidad de ir contra derecho. En virtud de que su función no estriba en definir la controversia, como debe hacerlo un juez, que tampoco dictará sentencia alguna, concretándose a establecer comunicación, *como un puente* entre las partes, el mediador debe lograr, además de la confianza hacia él, la atención de las partes para escuchar entre sí sus puntos de vista de manera directa en presencia del mediador o conocerlos por conducto de éste. El mediador debe buscar los mecanismos para que las partes reflexionen acerca de sus recomendaciones, aun cuando no las aprueben, pues se trata de simples sugerencias, fundamentadas en la percepción imparcial y neutral, después del análisis del conflicto y su entorno.¹⁸⁴ La función de la

¹⁸³ Dupuis, Juan Carlos G., *Mediación y conciliación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/f, p. 46.

¹⁸⁴ Portela, Jorge Guillermo, “Una reflexión en torno a la mediación”, E. D., t. 165, pp. 1380 y 1381, *cit.* por Dupuis, *op. cit.*, nota anterior, p. 46.

mediación, por lo tanto, es de colaboración y acercamiento. Es una disyuntiva con propuestas de solución.

II. NATURALEZA

Al igual que la conciliación, la mediación puede entenderse como un *equivalente jurisdiccional*, como un acto semejante al jurisdiccional por tener fines similares. Los equivalentes jurisdiccionales son medios que sirven para lograr la finalidad característica del proceso jurisdiccional.¹⁸⁵ Siguiendo a Couture, para efectos de nuestro estudio distinguimos la jurisdicción como una función, no como competencia ni como autoridad.¹⁸⁶ Bajo esta consideración, podemos descomponer el acto jurisdiccional en tres elementos que igualmente se localizan en la mediación como ahora lo exponemos comparativamente:

- A) *La forma, o elementos externos del acto jurisdiccional son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.* En la mediación también existen las partes, los jueces se sustituyen por un tercero que es justamente el mediador, y se actúa bajo procedimientos preestablecidos en la ley o por las partes. Esta última opción marca una de las distinciones primordiales con los procedimientos jurisdiccionales.
- B) *El contenido, el cual se considera como la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser resuelto.* Podríamos llamar al conflicto, la *esencia* del acto, que finalmente es lo que pone en marcha un proceso o el desarrollo de trámites para darle fin. En la mediación, naturalmente también está presente el conflicto, cuya relevancia además de jurídica puede ser

¹⁸⁵ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1970, p. 14.

¹⁸⁶ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 30-33.

social, y con ella se busca resolverlo y satisfacer a las partes divergentes.

- C) *La función*, por la cual se entiende *el cometido*, que propiamente es asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho a través de sentencias. Con la mediación, de igual modo, se busca preservar la justicia y la paz social. La diferencia surge en el *cómo*. En este caso no se pretende la aplicación de derecho, no se espera una sentencia pero sí la solución o la composición que deben estar ajustadas a derecho. La diferencia fundamental es que en la mediación la solución del tercero puede o no ser admitida por las partes y no es coercible sin antes haber sido aceptada voluntariamente por las mismas. Estas consideraciones explican que la mediación cumpla con una función equiparable a la jurisdiccional.

1. *Mediación y conciliación*

En ambos casos se trata de resoluciones alternas de conflictos (RAC), terminología utilizada en algunos países. Su similitud y el paralelismo con que frecuentemente se practican hace más compleja la distinción, salvo que las técnicas empleadas las marquen y las definan concretamente. Alcalá-Zamora, por ejemplo, en el exhaustivo análisis que hace del proceso, de la autocomposición y de la autodefensa, refunde la figura de la mediación en la de la conciliación.¹⁸⁷ Esta circunstancia tiene mayor frecuencia en aquellos sistemas o legislaciones que no previenen la mediación, por lo que los conciliadores absorben sus funciones. Teóricamente encontramos entonces una sutil diferencia que en la práctica es fácil de esconderse.

La OIT señala las diferencias entre una y otra alternativa, que en realidad se refieren más a cuestiones prácticas. En la concilia-

¹⁸⁷ Alcalá-Zamora, *op. cit.*, nota 185, p. 76.

ción, el tercero —el conciliador, quien debe poner de acuerdo a las partes— acerca a los contendientes, los estimula a examinar sus diferencias para que encuentren amigablemente el arreglo o componenda. No en vano la conciliación también es conocida como amigable composición. Por esta vía las partes encontrarán por sí mismas la solución sin la imposición de terceros. El conciliador, cómo se ha expuesto, se limita en ayudarlos para idear sus propios intentos de solución.¹⁸⁸ En la mediación, el tercero presta una asistencia más directa, lo cual indica que él mismo analiza la situación divergente para formar su criterio y estar en condiciones de ofrecer o proponer a los interesados soluciones que considera convenientes y desde luego equitativas.¹⁸⁹

2. *Mediación y arbitraje*

No nos atreveríamos a afirmar que el arbitraje sea una de las formas de la autocomposición, en virtud de las distintas reglamentaciones en cada sistema nacional y porque en realidad llega a ser un proceso arbitral, distinguido del jurisdiccional, en atención a las autoridades encargadas de ventilarlo; además de las características peculiares de los procedimientos de cada uno de ellos. Es un proceso en virtud de que el árbitro dicta un veredicto basado en pruebas y en su valoración “en conciencia” que no consulta con las partes. Es indiscutible que la conciliación y la mediación son formas autocomponedoras en tanto que el arbitraje es una heterocomposición, más asimilable a un juicio.

La mediación no es un juicio y tampoco lo parece. Por regla general debe ser informal, accesible para facilitar soluciones rápidas. La diferencia esencial entre ambas instituciones es la decisión de adoptar las recomendaciones del mediador por las partes y acatarlas en los términos acordados.

Entendemos que la diferencia esencial es el origen de la resolución; en el primer caso hay una propuesta y en el segundo, hay

¹⁸⁸ *Conciliación y arbitraje... cit.*, nota 115, p.19.

¹⁸⁹ *Idem.*

una decisión impuesta. La propuesta es discutible —no impugnabile— la decisión arbitral no se discute, pero de acuerdo al sistema legal, puede ser recurrida o impugnada por recursos legales o por otros juicios (como el de amparo en México).

Como formas alternas o resoluciones alternas, tanto en la conciliación como en la mediación y en el arbitraje, existen elementos semejantes: a) dos partes, b) un conflicto o divergencia de intereses, c) la presencia de un tercero imparcial y, d) la misma finalidad: resolver el conflicto. Agregaríamos, sólo para casos específicos, un cuarto elemento; cuando se previene la intervención de la autoridad pública por incumplimiento del compromiso contraído por la conciliación, la mediación o el arbitraje privado, mediante la homologación.

III. CLASIFICACIÓN

En virtud de la regulación de la mediación en términos generales, podemos considerar que se puede aplicar de tres maneras:¹⁹⁰

- A) Voluntaria, como fórmula para resolver conflictos laborales a la cual recurren de común acuerdo las partes involucradas en el conflicto. La decisión de someterse no cumple exigencia alguna de orden legal.
- B) Obligatoria, cuando se impone a las partes. Por el origen de la imposición puede ser:
 - a) Convencional, cuando las partes lo estipulan previamente en sus contratos;
 - b) Legal, cuando la ley la ordena;
- C) Opcional, cuando una de las partes del conflicto ejerce la opción y queda obligada la otra parte.

¹⁹⁰ Hemos tomado como base para la clasificación el esquema que presenta Dupuis, *op. cit.*, nota 183, p. 92; referido a la legislación argentina a pesar de que en ésta no se reglamenta para asuntos laborales.

En los tres casos el resultado de la mediación es opcional. Las partes pueden concluir una negociación sobre un conflicto o asunto en concreto y celebrar un convenio para su cumplimiento, o bien pueden rechazarla sin mayores consecuencias legales que las de buscar otras alternativas de solución o de someterse a juicio o arbitraje, según lo dispongan las leyes. En algunas legislaciones es necesario homologar dicho acuerdo con lo cual el convenio adquiere el carácter de sentencia ejecutoria.

Puede haber tantas clasificaciones como leyes que reglamenten esta alternativa de resolución. Como muestra citamos a Canadá y Estados Unidos de América en que pueden considerarse dos tipos básicos de mediación, la preventiva y la de conflictos declarados o manifestados. Esta mediación aplica sobre conflictos existentes, que ya han tenido alguna manifestación o están francamente declarados. En otro sentido, también podemos considerar dos clases de mediación, la aplicada para conflictos existentes en general, como una mediación clásica que puede referirse a cualquier actividad o rama de trabajo, y la que se refiere a actividades de interés público, o supermediación.¹⁹¹

1. *Mediación obligatoria y voluntaria*

Al igual que la conciliación, la mediación puede estar dispuesta en la ley y obligar a los contendientes a acudir al mediador o puede contemplarse sólo como una opción voluntaria. La decisión sugerida por el mediador y aceptada por los contendientes, en respuesta a sus gestiones, puede ser obligatoria o voluntaria. Todo ello depende del sistema laboral aplicable.

Las opciones podrían ser:

A. Mediación voluntaria para:

- a) Toda clase de conflictos, o exclusiva para algunos;

¹⁹¹ *Infra*, capítulo VIII, apartado 4.

- b) Conflictos individuales o colectivos;
- c) Conflictos jurídicos o de orden económico.

En los países que se analizan en la segunda parte de esta investigación,¹⁹² la mediación está destinada de manera principal a los conflictos colectivos de orden económico. En los conflictos jurídicos suele recurrirse a los tribunales para la definición y aplicación del derecho. Para estos casos, en Francia, por ejemplo, los mediadores están obligados a recomendar a las partes someter el conflicto a la jurisdicción competente o al arbitraje.

B. Mediación obligatoria en relación con:

- a) Toda clase de conflictos, o bien exclusiva para algunos;
- b) Conflictos individuales o colectivos;
- c) Conflictos jurídicos o de orden económico.

La obligatoriedad o la voluntariedad pueden restringirse a sólo ciertos conflictos específicos, independientemente de estar clasificados en una u otra categoría. En Francia, por ejemplo, ninguna huelga puede estallar sin antes haber intentado la mediación. En Estados Unidos de Norteamérica, conforme a la Ley de Ferrocarriles, aplicable a la transportación en general, es obligatorio para las partes intentar acuerdos a través de la mediación para arreglar cualquier conflicto y evitar la interrupción de las comunicaciones.¹⁹³

En Brasil, que también tiene instituida la función mediadora, el sistema es diferente; en el caso de que las negociaciones directas fracasen, las partes de común acuerdo pueden solicitar al Ministerio de Trabajo la designación de un mediador. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes en un plazo de treinta días, el mediador concluirá el procedimiento de la negociación y levan-

¹⁹² *Cfr.* la Introducción de este trabajo.

¹⁹³ [<http://www.nmb.gov/mrna.htm>].

tará un acta,¹⁹⁴ con lo cual se podrá proceder ante las juntas de conciliación y arbitraje.

2. *Clasificación funcional*

Los sistemas de mediación, como ya se dijo, varían tanto como cada país lo establezca. Las modalidades aparecen de acuerdo a la libertad que las legislaciones reconozcan en la autoimposición de las partes de reglas particulares.

Así, se encuentra que en Canadá y en Alemania es obligatorio que los contratos colectivos estipulen cláusulas para prever la solución privada de sus conflictos y cada rama industrial o cada empresa fija condiciones particulares adaptadas a sus necesidades particulares lo cual debe facilitar aún más el procedimiento.

En el ámbito federal de Canadá en donde se desarrolla la mediación obligatoria para los conflictos colectivos de orden económico, se reporta un éxito de nueve de cada diez asuntos sometidos tanto a conciliación como a mediación, dato que merece la reflexión.¹⁹⁵ Una huelga, por lo tanto, y como ocurre en los transportes en EUA, no puede estallar sin antes haber intentado un procedimiento conciliatorio. En ambos países funciona un servicio federal de conciliación y mediación en condiciones similares.

Por las características de la mediación, como funciona en los países citados, puede mencionarse otra clasificación:

- a) Mediación preventiva;
- b) Mediación para conflictos declarados;
- c) Mediación para asuntos de interés público.

¹⁹⁴ Orden núm. 817, de 30 de agosto de 1995 (D. O. 1995-08-31, núm. 168, p. 13441), por la cual se establecen los criterios para la participación del mediador en los conflictos de negociación colectiva de naturaleza laboral. OIT, Natlex.

¹⁹⁵ En cada provincia rige una legislación distinta, y la mediación opera en algunas, tal es el caso de British Colombia.

A. Se habla de mediación preventiva cuando se designa un mediador cuyas funciones estriban en asistir a las partes de un contrato colectivo vigente para mejorar sus relaciones. Ello suele ocurrir cuando se dan interpretaciones distintas del clausulado de su contrato colectivo. Concretamente lo que se busca es prevenir conflictos o controversias y eludir la contradicción de intereses. Se trata de un oficio de alta relevancia lo cual justifica la operación de programas específicos, consistente en talleres ofertados a los sindicatos y a los empleadores.¹⁹⁶

La institución preventiva parece atractiva considerada por los gobiernos de mucha utilidad en el manejo y la administración de las relaciones laborales a nivel federal.¹⁹⁷

El sistema de prever conflictos opera durante la vigencia de un contrato colectivo, antes de que surja algún conflicto que deba llevarse ante las autoridades jurisdiccionales o al arbitraje. Ésta es la diferencia de otras mediaciones destinadas a resolver disputas surgidas o bien cuando el conflicto se refiere en concreto a problemas para celebrar las negociaciones colectivas o resolver los problemas meramente sindicales.

El programa preventivo consiste en cuatro acciones principales que se desarrollan en talleres:

- a) sobre aptitudes para negociar;
- b) sobre la eficacia de los comités;
- c) sobre los objetivos de las relaciones y,
- d) Las facilidades para resolver problemas conjuntamente.¹⁹⁸

¹⁹⁶ La mediación puede estar reglamentada en cada provincia de manera distinta. V. Arthurs, H. W., *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, Kluwer Butter-Worth, 1993, pp. 59, 65 y 148.

¹⁹⁷ La información vertida es una traducción de la información ofrecida vía Internet, en la página del Departamento de Desarrollo de Relaciones Humanas de Canadá, cuya dirección se cita en cada caso. La dirección de la página principal web es: [labour-travail.hrhc-drhc.gc.ca].

¹⁹⁸ [http://labour-travail.hrhc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/prevmed.cfm].

130 LA JUSTICIA LABORAL: ADMINISTRACIÓN E IMPARTICIÓN

La mediación preventiva está prácticamente aconsejada por la OIT en la Recomendación núm. 158 sobre Administración de Trabajo, de 1958 y se practica entre otros países, en Bélgica, Austria, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suecia.¹⁹⁹

B. La mediación para ofensas o injurias (*grievance mediation*), es propiamente la intervención directa del mediador para procurar una solución de un conflicto ya externado o manifestado, a través de una vía alternativa, informal y de bajo costo. Esta forma se considera una oportunidad para que los sindicatos y los empleadores resuelvan sus conflictos antes de concurrir a una situación en la que deba haber ganadores y perdedores.²⁰⁰

Las actividades de la mediación, en todo caso, se desarrollan por funcionarios especializados, dependientes del propio Servicio Federal de Mediación y Conciliación, Los planes de los talleres igualmente pueden adaptarse a las necesidades específicas de un centro de trabajo.²⁰¹

C. Se identifica como la super mediación o mediación de interés público, al procedimiento por el cual la Junta Nacional de Mediación, al advertir las dificultades para llegar a un arreglo, ofrece a las partes un arbitraje de prueba; si este fracasa, todavía se hace un último intento mediatorio el cual se lleva a cabo en lo que curiosamente se conoce como periodo de *enfriamiento* —de treinta días—. Los encuentros entre las partes con el fin de sujetarse a este ensayo arbitral se conocen como supermediación.²⁰²

Algunos de los servicios que ofrece el Servicio Federal de Mediación y Conciliación en Estados Unidos son los siguientes:

- a) Sistemas de consulta en resolución de controversias;
- b) Entrenamiento en negociación;
- c) Proceso de contratación colectiva;
- d) Aptitudes para la mediación en los conflictos;

¹⁹⁹ *Conciliación y arbitraje, ... cit.*, nota 115, pp. 149 y ss.

²⁰⁰ [<http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/medcom.cfm>].

²⁰¹ [<http://labour-travail.hrdc-drhc.gc.ca/doc/fmcs-sfmc/eng/prevmed.cfm>].

²⁰² [<http://www.nmb.gov/mfaq.htm>].

- e) Entrenamiento del mediador para mejorar las relaciones de administración de relaciones laborales;
- f) Administración de servicios de mediación;
- g) Servicios arbitrales, introducción y uso de sistemas alternativos de resolución de conflictos.²⁰³

IV. VENTAJAS

El proceso de solución mediante un tercero imparcial con fórmulas de negociación directa, privada, entre las partes titulares de las relaciones de trabajo y de los conflictos, ofrece importantes ventajas para el desarrollo de las relaciones laborales. Se previene y se evita la animadversión entre las partes en beneficio de la paz laboral; pero también se consiguen arreglos en plazos cortos y en consecuencia impide pérdidas de tiempo o alteraciones en la productividad. En síntesis, la mediación exitosa representa un ahorro en los gastos para ambas partes y un ahorro en cuanto a los gastos judiciales si se considera que el conflicto hubiera podido llegar a los tribunales correspondientes.

La mediación es un instrumento apreciable por el impulso en el desarrollo de las buenas relaciones de trabajo, útil para inhibir juicios laborales. Si la mediación es auténticamente neutral, sin duda favorece el clima de las relaciones de trabajo. Pero es conveniente considerar la importancia que tiene la cultura de legalidad en la sociedad laboral, tanto por lo que concierne a empleadores y a sindicatos de trabajadores, para comprender el buen desempeño de la mediación y su aceptación.

Por otra parte, uno de los factores más importantes, o tal vez el de más trascendencia para el éxito de las gestiones de la mediación, es la selección del mediador y su capacidad de negociar.

²⁰³ *Idem.*

V. FUNCIÓN SOCIAL

El servicio de mediación casi siempre se desarrolla como una función pública, por ello puede estatuirse con gratuidad para las partes, y dejar a cargo del Estado los gastos de administración del o de los organismos encargados de dicho oficio. Sin embargo debe considerarse que igualmente existen servicios privados de mediación que generan gastos para las partes para realizar los pagos de los abogados que por lo general asesoran a las partes, además de los honorarios del mediador. En este caso puede haber arreglos concernientes a los montos a cubrir. Tanto pueden asumirse por ambas partes pero no sería aconsejable que se constituyera en una carga para los trabajadores.

Los argumentos sobre sus ventajas sociales son los mismos que se han expresado en el apartado de la conciliación. *Ergo*, podemos afirmar que la mediación se ha convertido en un puente entre los ciudadanos y la autoridad laboral y que en todo caso se pretende la paz laboral. Como figura intermedia entre la conciliación y el arbitraje llega en ocasiones a tomar algunas de las formas procedimentales de alguna de las dos.

VI. ÓRGANOS DE MEDIACIÓN

Algunas legislaciones, entre ellas la canadiense y la estadounidense, prevén en sus legislaciones la formación de cuerpos de mediadores integrados en servicios federales.

En Canadá, el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, fue establecido desde 1947 y en Estados Unidos tiene su antecedente en la Ley de Conciliación de 1900. Ambas legislaciones le asignan a la institución la responsabilidad de promover la paz laboral en sus países. Los conciliadores y mediadores deben tener su programa de servicios y de trabajo como funcionarios del gobierno federal.

Los datos acerca de la eficacia de la mediación en el sistema norteamericano revelan un índice alto. Se reporta que en toda su

historia, el noventa y siete por ciento de los casos sometidos al Servicio Federal de Mediación han tenido éxito, por lo que no se reportan interrupciones en la prestación de los servicios públicos.

En algunos estados de la Unión Americana funciona un sistema de defensoría al que llaman *Ombudsman* del trabajo. Tenemos ejemplo de ello en Pittsburg, Nuevo México y Kentucky; y probablemente existe en otros estados. En los que se citan, la función del *ombudsman* se apoya en la oficina de compensaciones salariales de los trabajadores (*Worker's Compensation Office*).²⁰⁴ Los resultados que se reportan también alcanzan un grado importante de éxito. En el caso particular de Pittsburg, se declara que es entre el ochenta y el noventa por ciento de los casos atendidos por sistema de mediación voluntaria que son resueltos por el *ombudsman*, concluyendo los asuntos en un periodo entre seis y ocho horas, en lugar de esperar entre dos y cuatro años en que se considera el promedio de duración para resolver los asuntos laborales por las vías tradicionales. El organismo, además, ofrece asesoramiento a las partes sobre sus derechos y obligaciones.²⁰⁵

Las finalidades de la mediación son: a) desarrollar las relaciones laborales estables, b) prevenir o minimizar los conflictos c) distinguirla, junto con el arbitraje voluntario, como proceso idóneo para la negociación colectiva.

VII. MEDIADORES

Para la eficacia de la mediación se han de considerar, además de las cualidades morales de las personas, algunas condiciones de carácter jurídico como es la ausencia de facultades para juzgar y con ello, el impedimento para dictar veredictos. La indispensable y rígida exigencia de mantener la misma condición frente a cada una de las partes es otro factor, no obstante que el mediador llegara a tener su propia convicción acerca de los derechos o razones

²⁰⁴ [<http://www.cbs.state.or.us/wco/indexsp.html>].

²⁰⁵ [<http://www.emplawmed.com/process.htm>].

fundadas en relación con las peticiones de una de ellas, sobre todo cuando se han examinado algunas pruebas o cuando, de alguna forma, consta el error o la mala fe de uno de los interesados. La atención del mediador, por lo tanto, debe fundamentarse siempre en criterios objetivos.

Las cualidades de las personas encargadas de mediar son esenciales para el éxito y como en todo procedimiento para resolver o dirimir conflictos, judicial o extrajudicial, deben ser neutrales e imparciales, con un alto sentido acerca de los asuntos sociales. El mediador requiere poseer los mismos atributos sugeridos para los conciliadores y conviene que sean abogados, lo cual les permite fungir con más propiedad apoyados en el criterio jurídico, entendido ello como la facultad de disponer de recursos para la comprensión valorativa de las soluciones de equidad, por encima de las soluciones estrictamente jurídicas;²⁰⁶ requerimiento de gran relevancia.

VIII. TÉCNICAS DE MEDIACIÓN

Podemos referirnos a las técnicas con dos enfoques, uno sobre la forma y el otro procedimental o de forma. En cuanto al primero, citamos al autor argentino Juan Carlos G. Dupuis, cuyo planteamiento, aun cuando esté basado en la legislación de su país y tratarse de un servicio de mediación general y no para el área social, es un punto de apoyo para desarrollar el tema en ocasión de esta investigación.²⁰⁷

El autor presenta tres posiciones acerca del alcance del mediador de acuerdo a las corrientes pronunciadas. Por una parte algunos especialistas consideran que el mediador debe concentrarse en el proceso de las negociaciones, sin atender el contenido.²⁰⁸

²⁰⁶ Berizonce, Roberto Omar, [<http://www.argiropolis.com.ar/docu...igacion/publicaciones/anales9.htm>], noviembre de 2000.

²⁰⁷ Dupuis, *op. cit.*, nota 183, pp. 70 y 71.

²⁰⁸ *Idem.*

Dicho de otra manera, esta escuela recomienda atender la forma y no el fondo. La otra corriente considera de más sustento negociar en atención al fondo del problema con la búsqueda de una solución “justa y equitativa”, tendencia que comprende el equilibrio de fuerzas y la ayuda en la definición de los términos. Una tercera postura es ecléctica y sostiene que debe atenderse el fondo pero también la forma.²⁰⁹

Para algunos sistemas laborales, como el mexicano, el solo argumento de buscar soluciones “justas y equitativas”, basta para considerar que la tendencia de mejor opción para solucionar los conflictos laborales sería la segunda corriente, no sólo por atender el fondo de la divergencia sino más por la aplicación de los fines del derecho social, la justicia y la equidad, en las soluciones que tienen un contenido social de trascendencia.

El mediador, como se declara a través del Ombudsman de Pittsburg, por ejemplo, no puede representar a ninguna de las dos partes, ni instruir las legalmente, es decir, no puede ser su defensor ni representante legal y no puede confundirse con su asesor. El ejercicio necesario durante la mediación se concentra en identificar el problema que las partes plantean, aclarar los malos entendidos en el desarrollo de sus relaciones, interpretar los contratos, buscar soluciones viables y lograr un acuerdo, encauzado por un tercero que mire los puntos del conflicto objetivamente.²¹⁰

Es importante destacar que ante el fracaso de la mediación, lo expuesto durante las sesiones no debe presentarse como prueba en el juicio que se siga, excepción hecha de aquellos documentos o testimonios, condiciones o circunstancias que las partes conocieran previamente. De lo contrario las partes podrán inhibirse y preferir la no concurrencia a servicios de mediación. Por otro lado podrían buscar argumentos falsos o erróneos lo que entorpecerían las gestiones del mediador. Además, se distingue del arbitraje precisamente por que no siempre se exige la presentación de

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ [<http://www.emplawmed.com/process.htm>].

pruebas, aunque no puede dejar de mencionarse tal posibilidad. En el caso francés, por citar a uno de los países que comparamos, los mediadores tienen amplias facultades para conocer la situación económica y financiera de la empresa y de los trabajadores o sindicatos, pueden solicitar informes oficiales. También pueden recurrir a expertos o asesores.²¹¹

En virtud del carácter preprocesal y extrajudicial de la mediación y, en consecuencia, su importancia para descongestionar los tribunales de trabajo u otros órganos de la justicia laboral, es de suponerse una tramitación sin protocolos procedimentales. Es útil que las partes del conflicto afronten por sí mismas sus diferencias, siendo aconsejable su participación personal en las audiencias correspondientes. En algunos sistemas no se admite la gestión de abogados pero se autoriza su asesoría.

Otro elemento relevante consiste en la técnica empleada por el mediador. En ocasiones resulta más oportuno atender a las partes por separado y después de haber analizado quien ostenta más fuerza y quien es la más débil, se reflexiona sobre las respectivas posiciones, para buscar y allegarse de elementos que sostengan las propuestas o sugerencias que vayan a formular, las cuales se harán del conocimiento de los interesados por separado o conjuntamente.²¹²

La condición general para la mediación es el encuentro de las partes que igualmente puede determinarse por ley, o estipularse en los contratos colectivos. El lugar de las reuniones puede ser el propio centro de trabajo, una oficina federal o el lugar que indiquen el mediador, las partes o todos de común acuerdo. Ciertamente es preferible el traslado del mediador al lugar pactado cuando el centro de trabajo no se ubica en las cercanías de las oficinas de los mediadores, sobre todo cuando se trata de la mediación obligatoria y los mediadores sean funcionarios de los organismos encargados de esta actividad.

211 Verdier, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, pp. 600 y 601.

212 *Idem*.

Cómo se ha visto, existe la posibilidad de que las partes expliquen por escrito el motivo por el cual rechazan el arreglo propuesto a través de la mediación, en otras existe la necesidad de que el mediador reporte al Ministerio de Trabajo el fracaso de la gestión.

Es difícil determinar una técnica común, lo cual dependerá del país, de la rama industrial, de la clase de conflicto, de los empleadores y organizaciones sindicales, de la existencia de otros recursos judiciales o extrajudiciales de solución, de la fuerza de las partes, de la condición de obligatoriedad o voluntariedad para su desarrollo.

La mediación es un sistema más desarrollado en países industrializados, como en Canadá y Estados Unidos. No lo encontramos con la misma fuerza en países latinoamericanos o países emergentes en materia laboral, aunque sí se desarrolla en el ámbito comercial. En Argentina, por ejemplo, la mediación ha sido objeto de una reglamentación especial para su impulso, funciona actualmente en casi todas las ramas de derecho, no así en la penal, lo cual es entendible, y tampoco en materia laboral con ciertas excepciones.²¹³ Costa Rica tiene un ejemplo similar.

En Chile, a partir de 1992, se dictó la ley para reglamentar la creación de cuerpos de mediadores que funcionan por región,²¹⁴ sin obligar a las partes a someterse a ella.

Existe una corriente impulsora que mucho dependerá, tal vez, de las costumbres de las empresas transnacionales en el manejo de las relaciones laborales. Hasta ahora se han ido imponiendo las

²¹³ La Ley 24.573 excluye la mediación laboral, aunque la conciliación obligatoria puede tener similitud con la mediación con ciertas particularidades. La Ley 24.635, en el artículo 20 establece que en forma supletoria y en la medida que resulte compatible al procedimiento conciliatorio, le serán aplicadas las normas de la Ley General de Mediación y Conciliación, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación y la Ley 18.345. Bajo la hipótesis de la supletoriedad, la conciliación y la mediación son distintas pero se hallan vinculadas. *Cfr.* Dupuis, *op. cit.*, nota 183, p. 101.

²¹⁴ Humeres Magnan Héctor y Humeres Nogueir Héctor, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 15a. ed., Jurídica de Chile, 1997, p. 447.

138 LA JUSTICIA LABORAL: ADMINISTRACIÓN E IMPARTICIÓN

prácticas desregulatorias en las relaciones industriales —antes relaciones laborales—, esto hace suponer el impulso del sistema de mediación. En realidad es conveniente para la sociedad laboral, y para la sociedad en general, que los conflictos de trabajo se resuelvan además de rápido, satisfactoriamente, dejando que el desarrollo de las mismas continúe en un ambiente cordial y de colaboración. Esto influirá en el ánimo psicológico para que las partes abandonen sus posturas rígidas de confrontación para mejor comprender las necesidades mutuas y responderse entre ellas con reciprocidad. Esta reciprocidad no debe comprenderse en el sentido que tiene para la transacción, aunque de cierta manera se parecen entre sí.

En México no conocemos la mediación propiamente dicha. No se reglamenta en la legislación laboral. Sin embargo, la función del cuerpo de conciliadores de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al atender las pláticas entre sindicatos y empleadores con motivo de conflictos colectivos de naturaleza económica, actúan como mediadores. Por ello entendemos que la función se confunda con la conciliación misma, como lo decía Alcalá-Zamora o según sea el grado de intervención de los funcionarios, como estima la OIT.