

La mediación en la negociación colectiva del sector público

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Profesora titular de Escuela Universitaria. Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Como forma de solucionar el *impasse* a que pudieran llegar las partes en el proceso negociador o de solventar conflictos en el desarrollo aplicativo del acuerdo o pacto correspondiente, el art. 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, modificado por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, prevé una única solución expresa, la mediación, estableciendo al respecto: 1) que el mediador se nombrará de común acuerdo por las partes al objeto ya indicado; 2) que su actuación se ceñirá a lo que en su caso se hubiera establecido en el oportuno reglamento; 3) que las propuestas del mediador y la oposición de las partes, si existiesen, deberán hacerse públicas de forma inmediata.

Sobre tales previsiones el punto 3º del Capítulo 15 del Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, de 16 de noviembre de 1991, añadió dos notas de interés: 1) La exigencia de unanimidad de las partes tanto para nombrar el mediador como para someter al mismo una controversia determinada. 2) Que una vez hubiera finalizado el proceso negociador sin alcanzarse acuerdo entre las partes, éstas actuarán según sus intereses y con arreglo a la normativa vigente.

Tratando de sistematizar las conclusiones que a partir de tales propuestas normativas ha elaborado la mejor doctrina¹, habrían de valorarse los aspectos siguientes:

1 Que la norma vigente ignora otras alternativas ordenadas a solucionar el *impasse* o el conflicto que afecte a las partes al negociar o aplicar lo negociado².

No se contempla así la conciliación (si bien en la práctica ésta apenas muestra diferencias significativas con la mediación³)

¹ De singular importancia, y entre otros, las aportaciones de DEL REY GUANTER, S., "Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública", Madrid (MAP), 1991, especialmente págs. 65 a 70 y 79 a 97, "La nueva regulación colectiva y la solución de conflictos colectivos en la función pública", *rl*, núm. 11, 1991, págs. 17 y ss. y "Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", Madrid (MAP), 1988, págs. 247 y ss. Igualmente GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en AA.VV., "Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública", Sevilla (IAAP), 1990, págs. 411 y ss.

² En lo que se ha calificado como "una significativa permanencia en la pobreza de los medios extrajudiciales contemplados para la solución de los conflictos originados de la negociación funcional". Las mismas razones que han podido llevar al legislador a contemplar la presencia del mediador en el proceso negociador funcional, a sintetizar en la intrínseca unión que existe y ha de existir entre medios extrajudiciales de solución y proceso negociador, le debieron inducir a contemplar de forma más completa y articulada la batería de alternativas de resolución con intervención de tercero no judicial que conoce la experiencia comparada y que ha encontrado en el sector funcional un campo privilegiado de desarrollo e innovación". DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", *cit.*, pág. 289.

³ Por más que en teoría, en la primera –a diferencia de lo que ocurre en la segunda– no se ofrecen por el tercero propuestas de solución, agotando su función en facilitar la comunicación y clarificar la posición de las partes. Ello no quiere decir que no sea posible, pues el hecho de que la Ley no la mencione siquiera "no significa que la actividad conciliadora no esté comprendida, de alguna manera, en la mediación regulada por el art. 38... (pues) la actuación del mediador comenzará normalmente con un intento de acercamiento de las partes y puede culminar con el éxito sin necesidad de que realice propuesta alguna; en este caso, el mediador actuaría más propiamente como conciliador aunque reciba otro nombre y haya sido designado para una tarea más relevante. Por otra parte, lo que siempre será posible... es que las partes decidan nombrar libremente (en las mismas circunstancias, requisitos y exigencias que los que se expondrán respecto a la mediación) a un conciliador para que intervenga en el conflicto intentando su solución. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 450.

y tampoco –y ello es más significativo– el arbitraje o la propia negociación colectiva, haciendo que la solución legal sea poco respetuosa⁴ con el Convenio 151 OIT, en cuyo art. 8 específicamente se establece la necesidad de que la solución de estos conflictos “se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación, o mediante procedimientos *independientes e imparciales* que inspiren la confianza de los interesados”.

En efecto, cabe apuntar, en primer lugar, que la Ley no considera preciso configurar y potenciar a la negociación colectiva como vía apropiada para autorregular los medios extrajudiciales de la solución de conflictos jurídicos, en general, y de los que derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los instrumentos negociales en la función pública, en particular⁵.

En segundo lugar, se destaca cómo, en contra de la experiencia –positiva– de otros sistemas jurídicos, el español no contempla “una presencia institucional permanente que ayude a solventar sobre bases regulares y con un mínimo de eficacia y rapidez los múltiples problemas... que pueden surgir en el proceso negocial no referidos directamente a los conflictos de intereses que en sí enfrenten a las partes y que, además, pueda aconsejar, y en extremas circunstancias imponer, la aplicación de medios extrajudiciales de solución de conflictos”⁶.

Ello se conecta, en tercer lugar, con la ausencia de previsión de “un arsenal” de medios de solución extrajudicial adecuados a las diversas posibilidades que en un proceso negociador en la función pública se pudieran presentar, convenientemente flexibles en su aplicación (de forma que las partes pudieran elegir la más adecuada al caso concreto e incluso introducir variantes) y suficientemente coordinados en sus supuestos y procedimientos aplicativos. Todo lo cual debe ser avalado, a su vez, con una

⁴ En calificación de OJEDA AVILES, A., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio Internacional, núm. 151 OIT”, *RL*, núm. 11, 1985, págs. 22-36; VIDA SORIA, J., y SALA FRANCO, T., “Informe acerca de los derechos de libertad sindical y representación de los funcionarios públicos”, *da*, núm. 204, 1985, pág. 54 o LÓPEZ GANDIA, J., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos (La Ley 91/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación)”, *Rev. Treb.*, núm. 8, 1988 pág. 23.

⁵ Como bien se observa desde la doctrina “tendría que haber enviado (como ha hecho en otros países) un mensaje inequívoco sobre la conveniencia –e incluso necesidad– de que a través de sus acuerdos configuraran y adaptaran a sus circunstancias específicas la posible intervención de terceros neutrales como medio de agilización de un proceso negocial de por sí plagado de dificultades y como cauce de contención de los efectos de una conflictividad con incidencia potencialmente muy negativa en el interés público”. DEL REY GUANTER, S., “*Los medios...*” cit., pág. 68.

⁶ DEL REY GUANTER, S., “*Los medios...*”, cit., pág. 70.

normativa que, lejos de ser neutral en torno a los medios extrajudiciales de solución, incentive y promueva una regulación complementaria en los diversos ámbitos negociales, adecuada a su "microconflictividad"⁷.

Es de destacar, en concreto y por último, cómo la norma estatal se abstiene de contemplar la posibilidad de que allí donde hubiera podido fracasar la mediación informal y las recomendaciones surgidas de la indicación formal no hubieran alterado las posiciones de las partes, pudiera emerger el arbitraje –por más que como "medio infrecuente"⁸– precisamente del expreso sometimiento de las partes, como último remedio para salir del *impasse*, a una decisión heterónoma. Bien pudiera interpretarse tal ausencia de regulación expresa como una negativa legal de su admisión, sobre la idea –afortunadamente superada– de que ello vendría a suponer tanto como la imposición de unas condiciones a la Administración pública que podrían afectar a su independencia y soberanía⁹; o que, por razones sistemáticas y en virtud de la existencia del procedimiento de solución que contiene el art. 37.2 de la Ley 9/1987 –la decisión administrativa unilateral– y del trámite de aprobación de acuerdo regulado en

⁷ Pilares básicos de la sugerente propuesta efectuada por DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., págs. 91 y ss. A cuyos fines se establecen diversos pasos adicionales de articulación mínima del proceso negocial: 1) Dotarlo de coordenadas temporales, de forma similar a lo previsto en el art. 89.1 ET. 2) En caso de falta de acuerdo en un período temporal determinado, comunicación a un órgano independiente que tuviera como misión fundamental ayudar a la ordenación del procedimiento del proceso negociador en la función pública, y apertura de un "período de mediación" que, a su vez, podría conducir a dos alternativas fundamentales: bien que la institución encargada de la mediación informal tratase de convencer a las partes sobre la oportunidad de aceptar los oficios de un mediador informal; bien, una vez fracasada la mediación informal, la apertura de una mediación formal a desarrollar por personal ajeno a la institución encargada de la mediación informal.

⁸ No en vano el Ordenamiento español reconoce expresamente los derechos a la negociación colectiva y a la huelga como medida de presión y el arbitraje no deja de ser, por más que las partes se sometan voluntariamente, una intervención heterónoma. DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.*, págs. 103-104.

⁹ DEL REY GUANTER, S., "Estados, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública", Madrid (INAP), 1986, págs. 224 y ss., quien rechaza enérgicamente tal idea sobre la base de considerarla inexacta, en la medida en que la Administración únicamente estaría sometiendo a un tercero materias sobre las cuales, por haberse integrado en el ámbito de la negociación colectiva, ha perdido –si bien de una forma ciertamente relativa– su potestad de decisión unilateral. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de conflictos colectivos en la función pública" en AA.VV., "Seminario...", cit., pág. 465. En sentido contrario se pronuncian otros autores a partir de la interpretación del art.12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, entendiéndose que "parece que se necesitaría una ley para introducir el arbitraje voluntario por atentatorio al principio de irrenunciabilidad de sus competencias por las administraciones públicas". SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUI, R., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos", Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, pág. 339.

el art. 35.3, se llegara a entender incompatible la intervención de un árbitro en el conflicto¹⁰.

Y, sin embargo –y sin perjuicio de reconocer las dificultades que lleva aparejada la búsqueda de un tercero imparcial en un conflicto colectivo entre funcionario y administraciones públicas¹¹–, a pesar de no mantenerse desde la norma una posición tan positiva como sería de desear, no se encuentra ningún obstáculo legal para que en los instrumentos negociados en el marco de la función pública se estableciesen procedimientos arbitrales, ya con carácter general –respecto de eventuales conflictos colectivos jurídicos–, ya con carácter particular –respecto de conflictos jurídicos aplicativos– (art. 32 k) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común¹²; ni tampoco para un arbitraje voluntario¹³ en los conflictos de intereses. Así, sin ignorar las distintas posibilidades en presencia¹⁴, se propugna doctrinalmente un modelo de arbitraje voluntario como alternativa a la mediación final después de la informal (o, incluso, habiéndose eludido la mediación informal, como segundo paso después de la mediación formal¹⁵), admitiendo (*ex parte*, y tam-

¹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 464. Sus argumentos desechando tales razones en págs. 466-467.

¹¹ Según advierten SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 338.

¹² Así lo admiten SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 338, señalando la posibilidad de que se atribuyan tales funciones arbitrales a la Comisión de Seguimiento prevista en art. 35 Ley 30/1992; si bien en tal supuesto las competencias del árbitro habrían de ceñirse a las materias propias de tal negociación, respecto de las cuales la Administración ha perdido, ministerio legis, la potestad de determinación unilateral, sin que pueda alegarse, en contrario, su posibilidad de transigir y, por consiguiente, de abandonar en favor de un tercero que resuelva con carácter dirimente asuntos de su competencia exclusiva. De este modo (y *ex arts.* 20 y ss. Ley 9/1987 y 88 Ley 30/1992) "el laudo arbitral no sería sino el propio acuerdo de las partes logrado a través de la decisión de un tercero, participando por ello de idéntica naturaleza y régimen jurídico, pudiendo ser recurrido o no aprobado por los mismos motivos, según se refiera a un pacto o a un acuerdo".

¹³ Ya se ha reseñado la posición doctrinal favorable, *ex Convenio*, núm. 151 OTI, a la existencia incluso de un arbitraje obligatorio. *Vid.*, por todos, LÓPEZ GANDÍA, J., "La negociación colectiva...", cit., pág. 23, con cita bibliográfica de apoyo en nota 26 y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit. págs. 469-470.

¹⁴ Sobre las cuales informa extensamente DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 105; a saber: 1) Que las partes acudan al mismo, constatada la experiencia de un *impasse* en la negociación, sin necesidad de previamente pasar por otros medios que podrán resultar más respetuosos con la autonomía negocial. 2) Que una vez agotada sin éxito la mediación informal se acuda a la solución arbitral. 3) Que sólo tras agotar la mediación formal que seguiría a la informal sería factible acudir voluntariamente a un tercero imparcial con facultades dirimientes.

¹⁵ Siempre y cuando el árbitro no sea una persona que pertenezca a la institución encargada de la mediación informal o al órgano que supervise el proceso negocial. DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 106.

bién en posibles desarrollos de la normativa autonómica) una necesaria flexibilidad para combinar distintos medios de solución extrajudiciales por una misma persona y en un mismo procedimiento o en la mediación y arbitraje ("med-ab"), como combinación sobre todo entre mediación informal y arbitraje (aunque también pudiera construirse tal combinación si existiera similitud de procedimiento, por más que ello llevaría a entender que las partes hayan de acordar que el mediador formal y el árbitro fueran la misma persona)¹⁶.

El esquema defendido¹⁷ se articularía así en torno a tres órganos distintos:

1) Una mediación independiente y profesional cuya credibilidad se deriva de su capacidad de persuadir a las partes y que no intervendría nunca ni en la mediación formal ni en el arbitraje.

2) La mediación instada debería tener poder de decisión en cuanto a los efectos del procedimiento, siendo de su competencia la ordenación del proceso negocial, en general, y de los medios de solución extrajudiciales en particular; no limitando su función a mero asesoramiento, sino pudiendo extenderse –de oficio o a instancia de parte– a la imposición de su obligatoriedad. No podrá confundirse ni con la mediación informal ni con la intervención de un tercero neutral.

3) La intervención tanto en la mediación formal como en el arbitraje (voluntario u obligatorio) de un tercero neutral e independiente que no forme parte de ninguno de los organismos anteriores y que poseerá capacidad de decisión –vinculante o no– sobre el fondo del asunto¹⁸.

¹⁶ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit. págs. 106 a 108.

¹⁷ DEL REY GUANTER, S., loc. ult. cit., págs. 110-111.

¹⁸ Otros asuntos importantes quedarían pendientes, habida cuenta el silencio legal. Sistematizando la mejor doctrina al respecto existente (*vid.*, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 467-469; MONTOYA MELGAR, A., "El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo", *redt*, núm. 5, 1981 págs. 14 y ss.; MUÑOZ CAMPOS, J., "El arbitraje laboral", *RL*, núm. 1, 1988, págs. 9 y ss.) podrían obtenerse las conclusiones siguientes:

1. Su finalización quedará a la decisión de las partes, quienes habrán de pronunciarse en torno a las cuestiones a someter al árbitro, la forma, procedimiento y plazos en los que debe ser emitido el laudo.

2. En las materias en las cuales la decisión final no fuera competencia de la Administración, el arbitraje únicamente podrá imponer el compromiso de la Administración de realizar todas las acciones posibles al objeto de conseguir que lo establecido por el árbitro se lleve a la práctica.

3. La legitimación tanto para decidir la intervención del árbitro como para seleccionar las materias sobre las cuales se solicita la resolución depende de si se trata de conflictos jurídicos o de intereses: en el supuesto de los conflictos jurídicos parece que únicamente se encontrarán legitimados aquéllos que hayan sido parte en el acuerdo o pacto (lo contrario implicaría atribuir a un tercero,

ajeno al instrumento negocial, la decisión última en torno a un conflicto en concreto: a lo que se debe añadir que quien suscribió el acuerdo y se encuentra llamado a administrarlo bien pudiera quedar excluido precisamente de la solución de un conflicto de interpretación o aplicación del mismo); por contra, y en los supuestos de intereses legítimos, serán los sujetos que lo estén para concluir el acuerdo o el pacto, según las reglas generales y/o específicas que se hubieran establecido al respecto.

4. Habida cuenta el carácter voluntario del procedimiento, la elección del árbitro habrá de producirse de común acuerdo de las dos partes, siendo tal libertad la mejor garantía en la neutralidad del árbitro.

5. La naturaleza y eficacia del laudo arbitral es similar a la del acuerdo o pacto que sustituye, en tanto derivado del previo acuerdo de las partes en someter la cuestión a arbitraje. Y ello sin perjuicio de su posible impugnación para el caso de exceso en la función arbitral o en los límites establecidos a su intervención, ya en su contenido, ya en el procedimiento.

2. Su articulación y funcionalidad práctica se encuentra enormemente mediatizada por la propia estructura y diseño de la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública¹⁹, pudiendo detectarse dos momentos básicos de intervención²⁰:

a) *Impasse* inicial en el cual las partes, aun cuando se encuentran alejadas de sus objetivos finales, consideran factible una evolución (ya por su sólo esfuerzo negocial ya con la ayuda

¹⁹ En magnífica síntesis efectuada por DEL REY GUANTER, S., ("Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 65 a 70) se ofrecen hasta once factores diversos provenientes de la estructura negocial que condicionan decisivamente el diseño de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, a saber:

1. La tendencia básica y homogeneizadora de la Ley 9/1987 (y de la Ley 7/1990 que la reforma) no tiene en cuenta suficientemente las peculiaridades que la negociación colectiva puede presentar sobre todo en el marco de la administración legal, que va a afectar de modo importante a los medios extrajudiciales de solución, "en tanto que los mismos son muy 'sensibles' en su organización y desarrollo a la dimensión de la unidad de negociación en cuestión".

2. Al tratarse de una negociación aún en sus primeras fases se facilita enormemente la incorporación de medios extrajudiciales no ya sólo a la norma sino al proceso negocial en la Función Pública, convirtiéndola en "un componente natural y necesario en las múltiples situaciones de *impasse*".

3. La homogeneidad subjetiva en las partes negociadoras en la función pública puede permitir el desarrollo de unos criterios básicos mínimos en torno a la regulación y utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos que habilite una vertebración, al tiempo uniforme y diferenciada, para los diferentes niveles de negociación colectiva funcionarial.

4. En tanto el proceso negocial no se encuentra mínimamente articulado, y no se aportan puntos de referencia temporales, la mediación -sobre todo- se

encontrará con un diseño normativo que dificulta su funcionalidad, en tanto carecerá de parámetros a través de los cuales se considerase existente la situación de *impasse* que habilite la actuación del mediador.

5. Siempre ha de tenerse en cuenta la compleja y diversa estructura negocial, centralizada en los ámbitos estatal y autonómico y dividida en múltiples microunidades negociales -con menores funcionarios afectados, lógicamente- en las entidades locales.

6. La delimitación de determinadas materias que no van a poder ser objeto de negociación, frente a otras que sí son susceptibles de serlo, dificulta la aplicación de medios extrajudiciales en comparación con el sector laboral, pues tal delimitación se convierte en fuente continua de conflictos para el mediador; ello por no considerar que indudablemente la reducción de materias susceptibles de ser ofertadas como propias alternativas disminuye la posibilidad de emitir una propuesta aceptable para ambas partes (y ello a pesar de que la Ley 7/1990 simplifica estos problemas al incluir la negociabilidad de los incrementos retributivos y de materias cuya ordenación precisa normas con rango de ley, y flexibiliza ciertos ámbitos de conflictos jurídicos posibilitando así una mayor flexibilidad en la interpretación del acuerdo por el tercero).

7. Ex art. 32 k) se atribuye a acuerdos y pactos la posibilidad de contemplar y regular los medios extrajudiciales de solución de conflictos, por más que no se hayan considerado expresamente como la manifestación superior de las exigencias derivadas de la autonomía colectiva.

8. La aplicación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos de intereses se ve afectada por la existencia de determinadas peculiaridades para su conclusión, tales como la exigencia de aprobación expresa y final de los acuerdos, que lleva a estimar la posible aparición de conflictos no ya sólo a partir de posibles diferencias en la mesa de negociación, sino en la propia ratificación del acuerdo obtenido, provocando una mayor complejidad tanto sustancial como procedimental en los medios extrajudiciales de solución de conflictos, al objeto de adecuarlos a los dos centros de decisión.

9. La posibilidad de que fracasado el proceso negociador retome el poder decisor, la Administración (art. 37.2) lleva, entre otras consecuencias, a la necesidad de redefinir para este concreto ámbito el concepto de *impasse* final, que no puede ser referido a una situación negocial final bloqueada -pues nunca lo estará- sino a la actuación en la cual la Administración va a poder entender unilateralmente el fracaso del proceso negociador y establecer las condiciones de trabajo que van a regir para los funcionarios.

10. Ausencia de claridad normativa en torno a la administración de los acuerdos colectivos. La posibilidad de establecer comisiones de seguimiento (art. 35 in fine) y de acudir a un mediador en los conflictos derivados del cumplimiento de acuerdos y pactos (art. 38) no potencia suficientemente la negociación colectiva como cauce apropiado para autorregular los medios extrajudiciales de la solución de conflictos y dificulta su articulación.

11. No existe en el sistema español un órgano negocial independiente que supervise la negociación en la función pública, a pesar de la experiencia positiva a nivel comparado, que muestre su operatividad sobre la base de su especialización, independencia, rapidez y conocimiento inmediato -por más que sometido al control del poder judicial-.

²⁰ Altamente aclaratorio resulta el gráfico sobre el proceso y resolución de conflicto en la negociación colectiva de la función pública ofrecido por DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 81.

de un tercero neutral), siempre teniendo en cuenta que no existe una declaración formal de *impasse* por lo que las partes pueden reaccionar ante este inicial desacuerdo, bien considerando de mutua conformidad la posibilidad de continuar la negociación, con o sin la ayuda de mediadores, bien pasar directamente a una posición de *impasse* final, de confrontación; b) un *impasse* final, al que como se ha podido observar, se puede acceder con gran rapidez dada la ausencia de espacios y actos intermedios antes de llegar al final lógico del desacuerdo definitivo; y ello por cuanto cabe pensar que "a pesar de que el ordenamiento desista de una solución al respecto con demasiada prontitud y simplicidad... llegando a un final no integrado y negativo... sin haber establecido apenas otras vías que unan la ramificación del desacuerdo con la del acuerdo... (existiendo) sólo una de tales conexiones, que es el caso de la mediación, y ello en el supuesto de mutuo acuerdo", cabe considerar que "prever sólo la mediación en su vertiente más formal parece una posición demasiado parca respecto a un tema y en un ámbito tan relevante"²¹, más cuando "la mediación es efectiva en un tipo determinado de *impasse* y lo es menos en otros"²², debiendo preconizarse, en consecuencia, la oferta de diversas alternativas que puedan especificarse -en este caso sólo en la negociación colectiva, ex. art. 38 Ley 9/1987- a través de la intervención de una instancia independiente que considere las concretas circunstancias en presencia²³.

3 La mediación que se contempla presenta dos rasgos fundamentales: de un lado, es una mediación voluntaria, "en tanto que depende de la voluntad no de una de las partes, sino de las dos, que ha de concurrir al respecto; de otro, es de iniciación 'interna', "como opuesta a aquellos supuestos de mediación obligatoria bien sea en los que una de las partes está conforme pero se cuenta con la oposición de la otra, bien sea contra el deseo de ambas partes"²⁴.

²¹ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., págs. 82-83, quien más allá de lo dicho considera que "existe una falta de coraje e imaginación, más censurable cuando el sector funcional tendrfa que haber servido al ámbito privado en la implantación de tales medios... y es fruto de esa simplicidad, el Ordenamiento parece asumir... el establecimiento de una uniformidad de respuesta frecuente a situaciones conflictivas generalmente muy diferenciadoras".

²² DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.* pág. 83.

²³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

²⁴ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 85. Puesto que nada establece la norma acerca del carácter público o privado del mediador se concluye por la doctrina que "si uno de los requisitos imprescindibles para los buenos oficios de un mediador es su imparcialidad, entonces la mediación del art. 38 ha de tener

carácter privado, esto es, que no podrá recaer en un tercero que tenga carácter de autoridad pública, en tanto que, objetivamente, su conexión con una de las partes -la Administración Pública- sería evidente". DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., págs. 249-250; GONZÁLEZ-ORTEGA, S., "Los medios...", cit. pág. 47 y OJEDA AVILÉS, A., "La negociación...", cit., pág. 32 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 335, éstos invocando la exigencia de imparcialidad derivada del Convenio 151 OIT, que excluye a las autoridades públicas desvinculadas del sector en conflicto.

La anterior opinión debe matizarse por cuanto, de un lado, no toda autoridad se encuentra directamente vinculada a una de las partes de la negociación como para que pueda reputarse parcial y, en consecuencia, según el ámbito del conflicto colectivo, algunas autoridades públicas pueden quedar descartadas o no como mediadoras según su implicación en el mismo; y, de otro, bien pudieran existir organismos *ad hoc* para la mediación cuya profesionalidad, experiencia y conocimiento técnico de la materia pudiera hacerlos especialmente idóneos para mediar en un conflicto colectivo en la función pública, sin que ello signifique comprometer su imparcialidad. Todo ello sin considerar que, habida cuenta la voluntariedad del recurso a la mediación y la libre elección del mediador -que habrá de ser de mutuo acuerdo-, el criterio de las partes será el mejor y único juicio importante sobre su imparcialidad, sin importar su carácter privado o público, si bien en este

caso no intervendrá en calidad de tal. GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, págs. 447-448.

²⁵ Cabe significar, no obstante, que un sector doctrinal se cuestiona el carácter voluntario de la mediación en los conflictos de intereses, pues si la alternativa a la mediación no es sino la determinación unilateral de las condiciones de trabajo (*ex. art. 37.2 Ley 7/1990*), cabría plantear hasta qué punto el que dependa de este último la decisión no atenta a lo dispuesto en el art. 8 del Convenio 151 OIT, en el cual se exige negociar la terminación de los conflictos no vatorios sometidos a procedimientos independientes e imparciales (LÓPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva...", *cit.*, pág. 23 y OJEDA AVILÉS, A., "La negociación colectiva...", *cit.*, pág. 31). En este sentido, la fórmula interpretativa, salir de ese *impasse*, sería precisamente la de considerar el sistema de regulación unilateral como último paso en la determinación de las condiciones de trabajo (GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 460), es decir, en caso de desacuerdo, primero habría de intentarse la mediación y, sólo cuando ésta fracase, podría la Administración dictar un Reglamento unilateralmente para suplir el vacío normativo. El deber de negociar de buena fe que rige toda negociación parece exigir una solución de este género, pese a la literalidad del art. 38; (SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R. *op. cit.*, págs. 334-335).

²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.* págs. 433 a 435.

²⁷ Y ello sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que un

El aludir a la voluntariedad de la mediación no deja de ser una tautología, pues en la práctica sólo puede ser voluntaria, habida cuenta las recomendaciones del mediador no vinculan nunca a las partes y, en todo caso, se fundamenta siempre en la disponibilidad y confianza de las partes respecto del mediador²⁵. Así, sistematizando las manifestaciones de la voluntariedad, cabría señalar dos momentos de la misma²⁶:

Las partes "podrán" en un primer momento instar el nombramiento de un mediador, lo que excluye cualquier obligatoriedad en someterse a la intervención de un tercero ajeno al conflicto. Resulta claro, por tanto, que cualquiera de las partes podrá proponer acudir a un mediador, pero para su actuación se hará necesario el consentimiento de la otra.

En segundo lugar, la elección del concreto mediador tendrá lugar "de común acuerdo", sin que se prevea una posible nominación heterónoma del mediador en el caso de que las partes consintieran en acudir a la mediación pero discreparan en la elección de la concreta persona²⁷.

Cabe significar adicionalmente que la voluntariedad preside igualmente la evolución del procedimiento de mediación, pues, una vez iniciado, sólo continuará si las partes lo estiman conveniente²⁸, y si bien la mediación podrá cumplir otras funciones vinculadas a la publicidad del proceso, la oposición de una de las partes reducirá la posibilidad de acuerdo final y hará que los esfuerzos efectuados se diluyan en meras recomendaciones, cuyo fin no será sino la ineficacia²⁹.

pacto o acuerdo pueda establecer los mediadores a los que acudir en caso de conflicto colectivo, ya con carácter general, ya con carácter particular para determinados conflictos colectivos. SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 336.

²⁸ Consiguientemente también las partes podrán volverse atrás, igualmente de mutuo acuerdo, decidiendo no continuarla. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 434.

²⁹ Importantes resultan así las reflexiones efectuadas por DEL REY GUANTER, S., ("Los medios...", *cit.*, pág. 86-88), quien señala al respecto:

1. Que "si no la mediación obligatoria sí al menos habría que considerar como necesario un período durante el cual el tercero mediador pudiera convencer a las partes sobre los imperativos y consecuencias positivas de su labor".

2. "Existe, además, otra razón que puede aconsejar la mediación obligatoria, (pues) tiene entre sus muchas virtudes el ser cauce para 'salvar la cara' en determinados momentos del proceso negocial... Aceptar la intervención de un tercero, no por propia voluntad sino por exigencias de la Ley, e incluso hacer recaer la necesidad de aceptar una determinada posición como consecuencia de tal intervención, supone una vía de desplazamiento de responsabilidad".

3. En la medida en que el art. 38 no muestra datos suficientes como para calibrar el sistema escogido para nombrar el mediador cabría propugnar que "la necesaria aceptación del mediador en sí por las partes... no significa que no pueda existir una instancia externa independiente que se encargue de los aspectos procedimentales más idóneos para tal selección y de presentar a las partes el o los candidatos más idóneos".

4. Frente a su precedente, la Ley 7/1990 establece la posibilidad de que no exista un sólo mediador, sino varios "mediadores", en previsión a interpretar³⁰ bien como la posibilidad de nombrar más de un mediador para que actúen sucesivamente, bien como la de que actúen simultáneamente más de un mediador en una propia mediación plurisubjetiva; en cualquier caso como un supuesto excepcional, pues si bien en determinados supuestos la complejidad de los asuntos puede hacer aconsejable que varios neutrales expertos en distintos ámbitos objetivos absuelvan sus posiciones sobre las concretas circunstancias en presencia y las razones argumentadas por las partes en aras a un mayor rigor en la decisión final, no debe olvidarse que "la mediación es esencialmente una labor personal -unipersonal, para ser más exacto-, que se funda principalmente en las características técnicas de un individuo, que actúa en base a su conocimiento, intuición y, sobre todo, a su 'crédito personal' respecto a las partes. Su aceptabilidad y, más aún, la confidencialidad en todo el proceso no parece que puedan normalmente desarrollarse en toda su extensión con varios mediadores"³¹, por no aludir a las dificultades sustantivas y procedimentales que se introducirán en las ya de por sí complejas tácticas de mediación.

5. El instrumento de la mediación previsto en el art. 38 -en positiva previsión incorporada por la Ley 7/1990- puede aplicarse a todo tipo de conflicto, cualquiera que sea su naturaleza, sin que se establezcan exclusiones previas y dejando a las circunstancias presentes, en el caso concreto, la determinación de su viabilidad o inviabilidad.

En efecto, se admite su operatividad tanto en los conflictos de intereses -los originados por la imposibilidad de llegar a acuerdo en la negociación- como en los conflictos jurídicos -los que surjan en el cumplimiento de los acuerdos y pactos³²-.

En lo que se refiere a los primeros parece claro que la mediación puede constituir una vía de solución de los conflictos originados en el proceso negocial ordenado a fijar las condiciones de trabajo de los empleados públicos, vinculándose así directamente a lo previsto en los arts. 30 y ss.: es evidente, por tanto, que si unas materias pueden formar parte de contenido de la negociación, también sobre ellas puede operar la mediación, una vez producido el conflicto. No resulta tan clara, por contra, su virtualidad operativa respecto a las materias sometidas a consulta; en efecto, mientras un núcleo de autores³³ entiende que también en estos supuestos se ha de aceptar la vía solutoria de la mediación, considerando que las posibilidad de

³⁰ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 88.

³¹ DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación", cit., pág. 290. "El mediador puede y debe recibir toda la información concerniente al caso directamente de las partes implicadas, y no con personas interpuestas, en tanto que, a falta de un poder de emitir decisiones vinculantes, toda su fuerza se basa en el contacto directo, a efectos de persuasión, con las propias partes". DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 89.

³² Según se reseña por la doctrina, en los últimos años se observa una significativa evolución en los ordenamientos jurídicos orientada a extender la mediación a los conflictos jurídicos que tradicionalmente habían sido reservados al arbitraje, en lo que se ha denominado "*grievance mediation*", subyaciendo a tal opción la idea de que bajo todo conflicto jurídico existe un conflicto de intereses y, en este caso, se pretende a través de la mediación alcanzar un compromiso a este efecto a partir del cual poder abortar la aplicación e interpretación del precepto en cuestión. DEL REY GUANTER, S., "Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 90-91.

³³ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., pág. 248.

³⁴ Singularmente GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios", cit., pág. 44.

³⁵ Pues así lo permite tanto la dicción literal del art. 34, como razones de eficacia, búsqueda de consenso previo a la decisión o elusión de conflictos. Tan sólo razones de orden público podrían evitar convertir en negociable lo que sólo es objeto de consulta. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 441.

³⁶ Vid. argumentación última y repercusiones de esta tesis por extenso en GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, págs. 441-444.

³⁷ Siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 435 y ss. DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", cit., págs. 290-292 y "Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 91 y ss. y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R., "Los derechos sindicales...", cit., págs. 336-337.

³⁸ Defendido por algunos autores entendiendo que "permite fijar más claramente los términos del conflicto, identificar los problemas suscitados, dar más relevancia, sistematización y base argumental a las propuestas del mediador y facilitar la toma de posición de las partes en relación a la misma". GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 435.

³⁹ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 435.

⁴⁰ Significativamente BEATO ESPEJO, M., "Función pública y organización administrativa", Cáceres (Universidad de Extremadura), 1992, pág. 171 y, sobre todo, GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 436-437, autor al que se sigue en esta exposición.

su utilización en la consulta a la que se refieren los arts. 33 y 34 son muy limitadas, a no ser precisamente que sea para resolver conflictos sobre la procedencia de la misma consulta en vez de la negociación; otros, en cambio, mantienen sin matices que puesto que las materias no son susceptibles de negociación, tampoco puede operar en ellas la mediación, cuyo objeto no es sino un acuerdo que no tiene por qué darse en este caso. Un último sector³⁴ distingue, por último, entre aquellas materias sometidas a consulta sobre las que la decisión última corresponde a la Administración Pública –que podrían ser negociadas con las organizaciones sindicales³⁵– y aquellas respecto de las cuales la Administración carece de la capacidad de decidir en última instancia; ahora bien, desaparecida la reserva de ley y la autorización de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas –que en el supuesto de decisiones que implicasen el incremento de disponibilidades presupuestarias preveía el art. 33 de la Ley 9/1987–, este segundo núcleo de materias desaparece y, en consecuencia, esta tesis vendría a coincidir con la inicialmente expuesta³⁶.

6 En cuanto al desarrollo procedimental de la mediación (al que sólo se refiere el párrafo 3º del art. 38, estableciendo, que "las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato"), y habida cuenta la ausencia de la determinación reglamentaria a que alude el art. 38.2 Ley 9/1987, cabe hacer referencia a los siguientes aspectos más señeros³⁷:

A) El mediador no sólo deberá proponer, sino que las propuestas deberán hacerse públicas inmediatamente. Se da así continuidad por la Ley 7/1990 a la filosofía básica del precepto y, a pesar de que se elimina el requisito de su escritura³⁸, se mantiene un proceso altamente "intervencionista" y "publicado"³⁹.

En efecto, el hecho de que el mediador haya de hacer recomendaciones o propuestas dota ya su intención de un importante formalismo –por más que pudiera ser ciertamente flexibilizado, en tanto se admitiese que no excluye una mediación más informal por el mismo o distinto mediador con anterioridad a tal fase–, pero la obligación de que además tengan que ser publicadas acentúa tal carácter formal, en una nota que abre la polémica entre sus defensores y sus detractores.

Entre los primeros⁴⁰ se extiende lo oportuno de la misma –dirigida a los "terceros interesados": los funcionarios públicos afectados o la opinión pública general– en tanto "se pretende con ello forzar la seriedad y la buena fe en la negociación, evi-

tar comportamientos conflictivos sin fundamento real o de escasa entidad, eliminar actitudes injustificadas de rechazo a las soluciones propuestas y forzar, en fin, una mejor y más sólida argumentación de las posiciones respectivas utilizando para ello el control colectivo y social representado por los funcionarios públicos directamente interesados y por la opinión pública... Con ello se condicionan, obviamente, las posturas de las partes en la propia negociación y se pretende evitar, utilizando el control social en términos preventivos, un conflicto innecesario o poco justificado, excesivamente enconado o prolongado en el tiempo".

Para los segundos⁴¹ la publicidad no sólo acentúa el carácter formal –acercándola peligrosamente a la figura del *fact finding*– sino que elimina “del proceso de mediación el arma más poderosa de un mediador en sentido estricto, la confidencialidad en su relación con las partes”, en tanto “las partes no estarán dispuestas normalmente a revelar sus posiciones últimas, sus posibles niveles de concesión, a una persona que va a poder utilizar tal información para la realización de recomendaciones públicas”. Se mantiene, además, que la publicidad de las propuestas –y también de la oposición de las partes– no siempre supone un elemento de presión para éstas, pues “el papel de la opinión pública en el proceso negocial varía acentuadamente según factores tales como la dimensión de la comunidad, el nivel de acceso del público a los medios de información, la forma en que éstos presentan la información respecto al conflicto en cuestión, la naturaleza de las materias que se discuten, la percepción de la sociedad respecto a las partes, etc.”⁴².

B) También –y lógicamente– continúa la filosofía del precepto respecto a la necesidad de que la oposición de las partes se haga pública de inmediato (no ya “de forma razonada y por escrito” –aunque la publicidad de la oposición de las partes parece al menos exigir una toma de posición escriturada y mínimamente razonada⁴³ –). La finalidad es idéntica a la reseñada y correlato lógico –tanto en los argumentos a favor como en contra– de la obligación que pesa sobre el mediador.

C) Respecto de la referencia concreta a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de publicidad cabe efectuar una diferencia según ésta afecte a las propuestas del mediador o a las de la oposición de las partes⁴⁴:

En lo que se refiere a la publicidad de las propuestas del mediador cabría considerar que la responsabilidad ha de pesar sobre el que interviene como tercero y centraliza las informaciones y tomas de posición de las partes en relación con sus propuestas, ante la ausencia de intervención de un órgano pú-

⁴¹ Por todos, DEL REY GUANTER, S., “La nueva regulación...”, cit., págs. 290 y ss. y “Los medios extrajudiciales...”, cit., págs. 91 y ss. autor de quien provienen las reflexiones sistematizadas en el texto.

⁴² Al respecto, el autor significa su carácter especialmente inapropiado en los conflictos derivados de la aplicación, interpretación y cumplimiento de los acuerdos y pactos. “Si ya de por sí resulta en muchos casos inefectiva e inconveniente en el supuesto de los conflictos de intereses, en el de los jurídicos tales características se acentúan en extremo. Puede ser que, en el caso de conflictos jurídicos colectivos de enorme transcendencia y que hayan provocado o vayan a provocar medidas de presión, tal publicidad pueda ser en ciertos casos conveniente. Pero en la mayoría de los conflictos jurídicos colectivos y, sobre todo, en la totalidad de los conflictos jurídicos individuales, tal publicidad carece de sentido. Piénsese en la ‘noticiabilidad’ que, en general y en circunstancias normales, puede poseer un conflicto entre la Administración y un colectivo determinado dentro de sus cientos de miles de funcionarios respecto a una controversia sobre la jornada de trabajo a cumplir o a una diferencia salarial, y el interés que la opinión pública puede tener en presionar en un determinado sentido en esa controversia”. DEL REY GUANTER, S., “La nueva regulación...”, cit., pág. 292.

⁴³ DEL REY GUANTER, S., “La nueva regulación...”, cit., pág. 290 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 337.

⁴⁴ Siguiendo a DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., págs. 436-437.

blico como tercero ajeno al conflicto. No se puede extender tal responsabilidad a la Administración o a los sindicatos, pues ello implicaría, en primer lugar, prescindir de reconocer el interés adicional que pudiera tener el mediador –no se olvide la objeción expuesta de la confidencialidad– en que sus propuestas sean conocidas para que pueda ser valorada tanto su intervención como el esfuerzo desarrollado para obtener el acuerdo; y, en segundo término, significaría poner en manos de la Administración una información de la cual podría hacer un uso interesado, de oportunidad y parcial.

En lo que se refiere a las consecuencias vinculadas al incumplimiento de la obligación, dar publicidad cabe entender que no influirá sobre el proceso de mediación, haciendo surgir, a lo sumo, una posible responsabilidad del mediador por incumplimiento de una obligación legal.

D) La ley no efectúa ninguna ordenación temporal del proceso mediador, no señala ningún momento concreto para dar inicio al mismo (por lo que las partes disfrutarán de plena libertad para poder intentarla a lo largo del proceso negociador o de la aplicación del pacto o acuerdo colectivo) ni para designar al mediador o dar respuesta a las propuestas de éste.

Esto se vincula a la *preocupación relativa* del legislador por la rapidez en la solución del conflicto, que singularmente se expresaba en el art. 38.2 de la Ley 9/1987 al establecer la necesidad de enviar las respuestas de las partes en el plazo de quince días, y que se mantiene en la obligación de hacer públicas las propuestas del mediador y la oposición de las partes “de inmediato”, pero que encuentra inconvenientes para su propia eficacia, primero en los obstáculos ya apuntados, y segundo en la ausencia de parámetros temporales para la negociación, pues la única referencia temporal existente en la norma es que se haya originado, por imposibilidad de acuerdo o por cumplimiento de lo acordado (sin perjuicio de admitir la mediación “preventiva”, mediante la presencia de un tercero cuya actuación está destinada a evitar que se planteen situaciones de conflicto⁴⁵). Y todo ello sin perjuicio de reconocer que más importante que la delimitación pre o post conflictual “es la fijación de la mediación con carácter previo o posterior a la declaración o existencia de *facto* de un *impasse* final y, relacionado con ello, con anterioridad o posterioridad al ejercicio de una medida de presión”⁴⁶, por cuanto la mediación puede intentarse en cualquier momento a lo largo del proceso de determinación de las condiciones de trabajo, sin que la norma exija un momento procesal concreto para ello, transcurrido el cual no pudiera ya tener lugar, en lo que,

⁴⁵ DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 94.

⁴⁶ DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 95.

sin duda, es la muestra más cuestionada⁴⁷ de una necesaria flexibilidad de la mediación, por cuanto si bien las partes pueden determinar la mediación tanto después de un *impasse* inicial o de un *impasse* final –habida cuenta no se contiene declaración expresa al respecto y no se conoce formalmente tal situación– cabe considerar que “tal discrecionalidad, que dudamos que deba ser conveniente mantener no obsta para que el Ordenamiento pudiera mostrar una preferencia determinada, y ella, sin duda debería dirigirse a la mediación previa a un *impasse* final”⁴⁸, de forma que bien pudiera sostenerse que “la mediación encuentra su punto de inicio más favorable con anterioridad a la declaración de huelga (que) cumple la trascendente misión de establecer un plazo límite para el éxito de la mediación en sí, y que sirve para acumular presión sobre las partes lo que es de máxima utilidad en la estrategia mediadora”⁴⁹.

Por lo demás, y según se ha anticipado, la fórmula más apropiada para potenciar la eficacia de la mediación se encuentra en dotarla de criterios flexibles y poco formalistas, que pueden incluir la realización previa a la mediación formalizada de unas tareas de acercamiento entre las partes y propuestas provisionales (mediación informal) e, incluso, tras agotar las fases de mediación previstas en el art. 38, mantener la posibilidad de que las partes puedan seguir intentando otros medios extrajudiciales –incluso la propia mediación con el mismo o un nuevo mediador– de solución del conflicto⁵⁰.

⁴⁷ Si bien defendida, entre otros, por GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los medios...”, cit., pág. 437.

⁴⁸ Cuando aún no ha existido una ‘petrificación’ en las posiciones de las partes y cuando las típicas tensiones del proceso negocial han deteriorado gravemente la relación de confianza e incluso de cordialidad entre las partes. DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 96.

⁴⁹ Pues una vez se han desencadenado las medidas de presión “su función se va a centrar en recomponer la relación negocial y reducir la extensión de tales medidas. En este caso, la presión sobre las partes vendrá dada por el límite de perjuicio que pueda soportar y por los beneficios que se deriven tanto de una terminación de estas medidas como de la consecución de un compromiso en sí”. DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.*, pág. 96.

No en vano, “la función de esta mediación es esencialmente limitar o retrasar, acelerando la solución de los conflictos, la posibilidad de que, por la parte funcional se adopten medidas de presión... En este sentido, debemos señalar la importancia que puede tener en la Función Pública el establecimiento de ‘períodos de espera’ en la adopción de tales medidas, de forma que, durante un plazo determinado, las partes hayan de negociar o acudir a la mediación antes de que estas últimas puedan ser utilizadas”. DEL REY GUANTER, S., “Comentarios...”, cit., pág. 252.

⁵⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los medios...”, cit., pág. 435. De ahí lo sugerente de la propuesta formulada de *lege ferenda* por DEL REY GUANTER, S., (“Los medios...”, cit., págs. 98 y ss.), interpretando la posibilidad de que las CCAA desarrollen una regulación que, respetando el contenido del art. 38, lo perfeccione

y lo complementa, y de que la negociación colectiva pueda perfeccionar y desarrollar medios complementarios, adaptándolos a las distintas relaciones negociales, en una diversidad flexible de los mismos siempre perfectamente coordinados y acotados en el tiempo, de forma que se incentive en la práctica su utilización, y que bien pudiera pasar no tanto por la utilización de fórmulas puras (conciliación, mediación, arbitraje...), cuanto combinación de distintos medios extrajudiciales por una misma persona y en un mismo procedimiento (como sucede con la combinación mediación informal-arbitraje, e incluso mediación formal-arbitraje –siempre que exista similitud de procedimiento–). Exigiendo, en cualquier caso, una perfecta delimitación de las instancias heterónomas que pueden intervenir en el proceso negocial en la función pública.

⁵¹ Así GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 445, rechazando con contundentes argumentos que la opción acerca de la intervención del mediador, así como la elección concreta del mismo, no requiriesen de tal nivel cualificado de acuerdo (no así, lógicamente, la decisión de asumir o rechazar sus propuestas), pensando que su papel se limita a hacer propuestas que, en última instancia, deberán ser aceptadas por las partes.

⁵² SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R., "Los derechos sindicales...", cit., pág. 336. Ha de observarse, no obstante, que en los conflictos de interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos un sector doctrinal plantea el problema de si, por la parte sindical, la mayoría necesaria podría integrarse también por quienes, con derecho a estar presentes en la mesa de negociación, no suscribieron, sin embargo, el acuerdo (o, lo que es lo mismo, si la administración del acuerdo o pacto corresponde únicamente a los firmantes o también a quienes sin hacerlo se ven igualmente afectados por el mismo, habida cuenta su eficacia general). Se admite así que, mientras un enfoque contractualista (que tenga en cuenta la naturaleza del acuerdo de aceptación de las propuestas del mediador) llevaría a afirmar que la administración del acuerdo corresponde sólo a los firmantes, un enfoque normativo (que considere su aplicación general y la negociación como algo dinámico, no limitado al momento de elaboración del acuerdo) podría conducir a aceptar que incluso quienes no firmaron el acuerdo o pacto pudieran contribuir a decidir la intervención del mediador, a designarlo y, en última instancia, a aceptar sus propuestas. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit. págs. 446-447.

E) Conforme se ha anticipado (y prevé el art. 38.1 Ley 9/1987), para acordar la mediación y elegir al mediador o mediadores son las administraciones públicas y los sindicatos, a los que se refieren los arts. 30 y 31.2 de la propia ley, los facultados.

En este sentido resultarán competentes para decidir la intervención del mediador y su elección, tanto de la parte sindical como de la Administración, quienes estén legitimados para suscribir los pactos y acuerdos, en cada caso, y con las reglas que se establezcan, también en cada caso para ello⁵¹; "ello es lógico, dado que la aceptación de las propuestas del mediador o mediadores constituye un 'sucedáneo' de acuerdo"⁵².

7. Ante el silencio de la ley (y a diferencia de lo que se prevé en los arts. 17 y 18 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo –inaplicable a los funcionarios–), cabría sostener⁵³ que la parte sindical puede utilizar medidas de presión (singularmente la huelga) antes, durante o después de la mediación, en la medida en que ésta no es sino un instrumento auxiliar de la negociación.

8. La finalización de la mediación únicamente podrá producirse de dos formas: con su fracaso o con su éxito.

En el supuesto de que la mediación fracase en su objetivo de dar fin al conflicto⁵⁴ no cabrá sino buscar su solución a través de otras vías⁵⁵: mediante otros medios de solución de los conflictos colectivos (conciliación, arbitraje, decisión administrativa o intervención judicial), entre los que no puede excluirse un nuevo intento de mediación; o bien a través de la propia continuación de la negociación, si resultara factible. Sí importa dejar constancia al respecto –y según se ha expuesto– del relieve que puede alcanzar el fracaso de la negociación colectiva en orden a la posibilidad de acudir a la decisión administrativa unilateral prevista en el art. 37.2 para ordenar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

⁵³ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., pág. 252 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R., "Los derechos sindicales...", cit., pág. 336.

⁵⁴ Y ello tanto si sucede en su fase inicial, cuando una de las partes no acepta acudir a este instrumento de solución de conflictos (que, según se ha dicho es voluntario); o cuando acordada la mediación no existe acuerdo en torno a la persona del mediador, ya, por último, cuando en su fase final ambas partes –o una de ellas– no acepten las propuestas del mediador.

⁵⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 448. Los mismos medios, pero clasificados según se trate de conflictos colectivos de intereses o jurídicos, en SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R., *op. cit.*, pág. 337.

En el supuesto de que la mediación tenga éxito, y acepten las partes, las propuestas del mediador, sus consecuencias variarán según se trate de un conflicto jurídico o de intereses. En el primer caso, la interpretación alcanzada en el acuerdo adquirirá "la misma eficacia que si el resultado hubiera sido fruto exclusivo de la negociación entre las partes"⁵⁶, "comprometiendo de igual forma y con el mismo alcance a las partes en conflicto y a todos los interesados o afectados por la misma"⁵⁷. En el segundo, y tratándose de un conflicto de intereses, ha de subdistinguirse a su vez, de un lado, lo ocurrido sobre materias sometidas a consulta respecto de las cuales la Administración haya admitido la negociación, supuesto en el cual el acuerdo únicamente comprometerá a la Administración a regular una materia de una determinada manera o a impulsar que tal acuerdo se traduzca en las oportunas normas o resoluciones parlamentarias⁵⁸; y, de otro, lo obtenido sobre materias susceptibles de negociación, que pondrá final al conflicto y tendrá la misma naturaleza y régimen jurídico que el acuerdo o pacto directo de las partes, y para su conversión en norma jurídica habrá de seguir el mismo camino que éstos⁵⁹. 

⁵⁶ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit. pág. 252.

⁵⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 449.

⁵⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 448-449.

⁵⁹ SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R., *op. cit.*, pág. 337