

# BALANCE GENERAL DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS LABORALES

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de Temas Laborales*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

## RESUMEN

**Palabras clave:** conflictos laborales, extrajudicial, mediación, arbitraje

El presente estudio efectúa una valoración de conjunto de la regulación, tanto legal como convencional, de los procedimientos de resolución de conflictos laborales a través de la mediación y arbitraje, intentando ofrecer una panorámica general de los mismos. Por tanto, se intenta analizar los aspectos más destacados de una regulación marcadamente dispersa de manifestación de muy diversa naturaleza, desde los procedimientos autónomos y voluntarios hasta los mecanismos heterónomos y obligatorios, tanto de los acuerdos interprofesionales autonómicos como del estatal, desde los que atienden a los conflictos colectivos como a los de carácter individual, desde los que se desenvuelven en el ámbito del sector privado como los correlativos en el empleo público sea personal laboral o funcionario, tanto los que afectan a los trabajadores subordinados sometidos a la legislación laboral como a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, tanto desde la perspectiva de su regulación sustancial como del control judicial. En esa clave no se pretende efectuar un estudio al detalle del régimen jurídico de cada una de estas manifestaciones, lo que se deja para su análisis por los artículos que se integran en el presente número monográfico de la Revista dedicado a esta temática. Sobre todo, el enfoque es el de poder efectuar una valoración de las luces y sombras de la regulación actual, del que se puedan formular las propuestas a nuestro juicio más adecuadas de reforma legislativa en orden a su perfeccionamiento.

## ABSTRACT

**Key words:** labor disputes, extrajudicial, mediation, arbitration

This study makes an overall assessment of the regulation, both legal and conventional, of the procedures for the resolution of labour disputes through mediation and arbitration, trying to offer a general overview of them. Therefore, an attempt is made to analyse the most outstanding aspects of a markedly dispersed regulation of a very diverse nature, from autonomous and voluntary procedures to heteronomous and obligatory mechanisms, both of the regional and national agreements, from those which deal with collective conflicts to those of an individual nature, from those who work in the private sector as well as those who work in the public sector, whether they are employees or civil servants, both those who affect subordinate workers subject to labour legislation and those who are economically dependent self-employed workers, both from the perspective of their substantive regulation and judicial control. This key does not intend to carry out a detailed study of the legal regime of each of these manifestations, which is left for analysis by the articles that are included in this monographic issue of the Review dedicated to this topic. Above all, the focus is to be able to make an assessment of the lights and shadows of the current regulation, from which proposals can be formulated that in our opinion are the most appropriate for legislative reform in order to improve it.

**ÍNDICE**

1. UN ASENTADO PILAR INSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES
2. INSUFICIENCIAS Y RESISTENCIAS A SU PROFUNDIZACIÓN
3. HACIA UN SISTEMA COMPLETO E INTEGRADO DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS
4. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS
  - 4.1. Conflictos en el empleo público
  - 4.2. Trabajadores autónomos económicamente dependientes
5. BLOQUEOS NEGOCIALES
6. DESCUELQUE Y MODIFICACIÓN CONVENCIONAL
7. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y PERÍODOS DE CONSULTA
8. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES
  - 8.1. Viabilidad de los procedimientos autónomos para los conflictos jurídicos
  - 8.2. La implementación por parte de los Acuerdos interprofesionales
  - 8.3. El juego de la prescripción y caducidad como factores desincentivadores
  - 8.4. Consideraciones acerca de los arbitrajes individuales
  - 8.5. Efectos jurídicos e impugnación de avenencias y laudos

## **1. UN ASENTADO PILAR INSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES**

Los procedimientos de mediación y arbitraje en la resolución de los conflictos laborales, a pesar de incorporarse de manera tardía a nuestro sistema de relaciones laborales, constituyen hoy en día una pieza clave en el entramado institucional del funcionamiento del sistema. En efecto, nuestro marco normativo en el ámbito de las relaciones laborales comenzó por el establecimiento del régimen de representación de los trabajadores en la empresa (1976 y 1980), derecho de huelga (1977), negociación colectiva (1980), libertad sindical (1985), y sólo posteriormente de forma desarticulada comenzó a establecer un régimen jurídico inicial de resolución extrajudicial de conflictos laborales, que requirió un proceso lento de asentamiento a través de la extensión a lo largo de toda una década de los acuerdos interprofesionales que completaron el modelo de mediación y arbitraje en los conflictos colectivos.

Los diferentes procedimientos de mediación y arbitraje se fueron introduciendo de forma deslavazada conforme se intervenía en la regulación sustancial que determinaba el objeto de la mediación o el arbitraje: arbitraje en caso de huelgas con grave afectación a la economía cuando se aprobó la regulación durante la transición política del derecho de huelga<sup>1</sup>, junto a los mecanismos

<sup>1</sup> Art. 10 párrafo 2 Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE 9 de marzo), de Relaciones de Trabajo. Sobre el particular, en este número de la Revista, Arbitrajes en huelgas con grave repercusión sobre la economía nacional.

administrativos de resolución de los conflictos colectivo<sup>2</sup> (1977); la introducción de mecanismos administrativos de consulta, mediación y arbitraje al hilo de la nueva configuración de la Administración Laboral (1979)<sup>3</sup>; adaptación del proceso laboral al modelo constitucional (1980) actualizado posteriormente (2011); reforma del título del Estatuto de los Trabajadores relativo a la representación de los trabajadores en la empresa y con el mismo el arbitraje en materia electoral<sup>4</sup>, la incorporación de la institución del descuelgue salarial y con el mismo el arbitraje con tal motivo<sup>5</sup>, los procedimientos de mediación y arbitraje en los períodos de consultas<sup>6</sup>, ante bloqueos negociales<sup>7</sup> o bien de aplicación e interpretación de los convenios colectivos<sup>8</sup>, incluidas las controversias de carácter individual relativas a la interpretación y aplicación de los convenios colectivos<sup>9</sup>, así como el ya agotado arbitraje con ocasión del proceso de sustitución de las antiguas Ordenanzas Laborales<sup>10</sup> (1994), regulación integral de las funciones y de la actuación de la Inspección de Trabajo con atribución de competencias en materia de mediación y arbitraje (1997 y 2015)<sup>11</sup>, reforma del modelo concursal español y especialidades de la mediación y arbitraje en caso de empresas en situaciones de insolvencia colectiva (2003) y su posterior refundición (2020)<sup>12</sup>, diseño del modelo de empleo público y apertura a la mediación y arbitraje en este

<sup>2</sup> Arts. 17 ss Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE 9 de marzo), de Relaciones de Trabajo.

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero (BOE 6 de febrero), de creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

<sup>4</sup> Arts. 76 ET y 127 ss. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (texto refundido aprobado por RD Legislativo 36/2011, de 10 de octubre, BOE 11 de octubre). Sobre el particular, en este número de la Revista, J. Gorelli Hernández, El arbitraje electoral: aspectos conflictivos.

<sup>5</sup> Art. 82.3 ET; RD 1362/2012, de 27 de septiembre (BOE 28 de septiembre), por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Por todos, en este número de la Revista, J. L. Monereo Pérez y P. G. Ortega Lozano, Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues.

<sup>6</sup> Art. 85.1 Estatuto de los Trabajadores.

<sup>7</sup> Art. 86.3 Estatuto de los Trabajadores.

<sup>8</sup> Art. 91.2 Estatuto de los Trabajadores.

<sup>9</sup> Art. 91.5 Estatuto de los Trabajadores. Sobre el particular, en este número de la Revista, F. Navarro Nieto, El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.

<sup>10</sup> Disposición transitoria 6ª Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995.

<sup>11</sup> Art. 12.3 Ley 23/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>12</sup> Art. 176 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE 7 de mayo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

ámbito (2007)<sup>13</sup>, regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente y medios de solución extrajudicial en este ámbito (2007)<sup>14</sup>, sucesivas reformas laborales que incidían instrumentalmente sobre la materia (2010, 2011 y 2012), reforma del proceso laboral con afectación a la materia (2011).

Al propio tiempo, el modelo legal, por lo que afecta a los sistemas voluntarios de resolución de conflictos sobre todo de naturaleza colectiva, gira en torno a la atribución de una función clave a la autonomía colectiva, en una labor que va más allá de la mera implementación técnica de las aperturas hacia la mediación y arbitraje en este tipo de conflictos laborales. Estos acuerdos interprofesionales autonómicos arrancaron desde inicios de la década de los años ochenta, si bien no adquirieron pleno impulso y generalización al conjunto de los ámbitos hasta que no se produjo la intervención legal de mayor alcance en cuanto al fomento de la mediación y el arbitraje a partir de mediados de la década de los años noventa del siglo pasado. Por ello, las previsiones legales al efecto no eran plenamente actuables hasta tanto no viniesen diseñados los diferentes sistemas autonómicos y estatal de resolución de conflictos laborales. Fueron preciso la aprobación del conjunto de 18 acuerdos interprofesionales (los 17 autonómicos más el de ámbito estatal<sup>15</sup>) para que quedase completado el panorama legal en su conjunto. Aunque no fuese el primero en el tiempo, desde luego el Acuerdo en el ámbito estatal ha actuado como texto guía y orientador del conjunto de los acuerdos adoptados a nivel autonómico, lo que permite tomarlo como referente principal a estos efectos, tanto el inicial como sus sucesivas renovaciones<sup>16</sup>. Al final, se construye todo un puzle normativo, en el que acaban encajando las diferentes piezas, tanto desde la perspectiva de intervención legal en los diversos conflictos para los que

<sup>13</sup> Art. 45 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Sobre el particular, en este número de la Revista, P. Gómez Caballero, Especialidades de los procedimientos autonómicos de solución de conflictos en el ámbito de los funcionarios públicos.

<sup>14</sup> Art. 18 Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE 12 de julio), del Estatuto del Trabajo Autónomo.

<sup>15</sup> Para los autonómicos, por todos, en este número de la Revista, C. Molina Navarrete, Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de convergencias y divergencias 30 años después. M. Sepúlveda Gómez y M. Rodríguez-Piñero Royo, Balance del sistema extrajudicial de resolución de conflictos en Andalucía (SERCLA).

<sup>16</sup> Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de 25 de enero de 1996 (BOE 8 de febrero de 1996). A éste le siguió el ASEC II de 2001 (BOE 26 de febrero), el ASEC III de 2004 (BOE 29 de enero de 2005), el ASEC IV de 2009 (BOE 14 de marzo), hasta el actual de 2012. V Acuerdo de Conflictos Laborales (ASAC V), de 7 de febrero de 2012 (BOE 23 de febrero), modificado y prorrogado en su vigencia por Acuerdo de 23 de junio de 2016 (BOE 21 de julio). VI Acuerdo de Conflictos Laborales, ASAC V (sistema extrajudicial), de 26 de noviembre de 2020 (BOE 23 de diciembre). Por todos, en este número de la Revista, S. Olarte Encabo, El VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales: consolidación y avance.

se prevé su posible canalización a través de la mediación o el arbitraje, como de la interacción entre la norma estatal y la negociación colectiva.

Eso sí, debe tenerse presente que esta última interacción es un proceso vivo, en constante proceso de cambio, por cuanto que las diversas reformas legales están llamando a la correspondiente puesta al día de los textos de los diferentes acuerdos interprofesionales. Más aún, la propia experiencia aplicativa de los concretos procesos tanto negociales y consultivos como de las practica de los procesos de mediación y arbitraje permiten un diagnóstico de resultados, de los que derive una reflexión acerca de las posibilidades de extensión más amplia tanto de la mediación como del arbitraje en la resolución de los conflictos laborales. Finalmente, esa sucesión de acuerdos interprofesionales, por renovación de los mismos, no se limita a una mera puesta al día, sino que adicionalmente va mostrando una decidida voluntad de profundización en la funcionalidad de estos instrumento, con el deseo por parte de los interlocutores sociales de que los órganos de gestión de tales procedimientos vayan asumiendo un papel relevante de fomento y promoción de la negociación colectiva por esta vía. Ejemplo paradigmático de esto último lo constituye el último acuerdo estatal, donde se detecta incluso una voluntad de ir más allá del terreno estricto de la mediación y arbitraje, para adentrarse en el terreno de estimular la actividad de quienes negocian en sus respectivas unidades de negociación, así como sugerir el desarrollo de contenidos o alentar actitudes proactivas en la gestión de todo lo concerniente a la negociación colectiva<sup>17</sup>.

Ante todo, nos encontramos con una normativa legal habilitante de tales procedimientos de solución, con reglas que fomentan su desarrollo y protagonismo, por mucho que, como advertiremos más adelante, se trata a estas alturas todavía de una normativa con cierto tipo de insuficiencias e imperfecciones que lastran el impulso que les permita adquirir su plena potencialidad. Se trata de una normativa dispersa a lo largo de diversos textos legales, tanto de Derecho material, esencialmente el Estatuto de los Trabajadores, como de Derecho procesal, esencialmente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Como complemento a lo anterior, los acuerdos interprofesionales de implementación de la normativa legal han precisado el régimen jurídico de tales procedimientos, con una regulación más completa, que otorga elementos suficientes de seguridad jurídica al entramado en su conjunto, igualmente, como apuntaremos más adelante, a pesar de que con el paso del tiempo se detectan cierto tipo de imprecisiones técnicas que provocan en estos momentos significativas incertidumbres. El reparto competencia entre el acuerdo estatal y los correlativos

<sup>17</sup> Art. 4.1 VI ASAC.

autonómicos da como resultado que del orden del 90 % de los asuntos vengan tramitados los autonómicos, mientras que tan sólo el 10 % se canalizan por medio del. Teniendo en cuenta que, a tenor de la estructura descentralizada de la negociación colectiva con peso importante de los convenios de ámbito autonómico o inferior frente a los estatales, así como las reducidas dimensiones de las empresas dentro de la estructura económica del país, es lógico que sean notablemente limitados las mediaciones y arbitrajes de ámbito estatal. Eso sí, al propio tiempo, los conflictos colectivos tramitados a través del acuerdo estatal tienen un valor cualitativamente más relevante, en la medida en que tienen impacto sobre un mayor número de trabajadores y, al propio tiempo, abordan asuntos de superior alcance en cuanto a su repercusión general sobre el sistema de relaciones laborales. Del mismo modo, el resto de los arbitrajes gestionados al margen de los Acuerdos interprofesionales también se gestionan a nivel más local o autonómico: el hecho de que las elecciones sindicales tengan como unidad electoral de referencia el centro de trabajo y no la empresa determina el desarrollo de arbitrajes a ese nivel legal, el hecho de que los descuelgues convencionales en mayor medida afecten a pequeñas y microempresas muestra ese resultado, incluso los arbitrajes en caso de huelga con grave repercusión económica en muchas ocasiones presenta una actuación territorial limitada, lo que determina similares ámbito de impacto de los arbitrajes que se producen. Sin olvidar tampoco que de establecerse procedimientos de arbitraje de conflictos individuales, estos nunca son competencia de las instancias de gestión estatal sino de los autonómicos.

Comparados los diversos acuerdos, puede resultar que la estructura organizativa puede variar significativamente, como también puede ser diferente el perfil personal de quienes actúan como mediadores o como árbitros conforme a lo previsto en los diferentes acuerdos interprofesionales. Sin embargo, más allá de lo anterior, también es cierto que en esa comparación entre ellos se detecta un alto índice de convergencia. En concreto, se aprecia un notable grado de influencia mutua y perceptible proceso de mimetismo regulativo.

El hecho de que la centralidad de estos procedimientos sea resultado de los ya mencionados acuerdos interprofesionales determina la presencia de un fuerte aval a los mismos por parte de los interlocutores sociales. Ello les otorga un respaldo reforzado de legitimidad, en la medida en que tales sujetos van a ser al propio tiempo los diseñadores, los usuarios y protagonistas del desarrollo de tales procedimientos. Ciertas desconfianzas de los interlocutores sociales en su origen quedan en gran medida superadas al ser los propios interlocutores sociales quienes implantan y gestionan tales procedimientos de resolución de conflictos.

De igual forma, el hecho de que la Administración laboral se involucre en la puesta en marcha de tales procedimientos, por la vía de asumir su colaboración

aportando medios materiales e incluso a veces personales para la gestión de los diversos sistemas, da lugar a que igualmente se vean reforzados. Ello puede afirmarse en igual medida respecto de los arbitrajes en materia electoral. Debe tenerse presente de manera especial que el punto de partida histórico en nuestro país era el de un muy intenso intervencionismo por parte de la Administración laboral en el desarrollo de los conflictos colectivos laborales, a partir de una fuerte impronta política en su resolución. Por tanto, la expansión de los procedimientos de mediación y arbitraje de referencia se ha tenido que venir asentando progresivamente sobre la base de un necesario repliegue de la actuación de la Administración en este terreno. Sólo queda como excepción los arbitrajes obligatorios muy singulares en caso de huelgas que afectan gravemente a la economía, así como en estos momentos todavía al intervencionismo administrativo indirecto para el caso de los arbitrajes de descuelgue, si bien es deseable que esto como anomalía tienda a desaparecer en alguna próxima reforma laboral en esta materia.

Finalmente, también es preciso que, refiriéndonos ahora en concreto a los conflictos colectivos de índole jurídica, haya una percepción de su utilidad y complementariedad con la intervención judicial, de modo que la mediación y el arbitraje no se contemplen como antagónicos o marginadores de la solución jurisdiccional, sino esencialmente como mecanismos de búsqueda extrajudicial de resolución de los conflictos, que sólo haga necesario acudir a la vía judicial allí donde fracase la oportunidad de encuentro pacífico entre los propios sujetos involucrados en el conflicto. De ahí que igualmente haya sido preciso un proceso de maduración en la comprensión de la funcionalidad de estos procedimientos, a los efectos de que los mismos sean percibidos por el poder judicial como un instrumento de superación de escenarios patológicos en el desarrollo de los procesos de negociación colectiva y, en general, de superación de desacuerdos entre representantes de los trabajadores y empresarios.

En términos conclusivos de este apartado, puede afirmarse que los mecanismos de solución de conflictos colectivos laborales, especialmente los canalizados a través de las mediaciones, han alcanzado una función decisiva en el desarrollo de nuestras relaciones laborales, con un elevado consenso en cuanto al valor positivo de los mismos dentro del entramado institucional de las relaciones colectivas de trabajo. En términos emblemáticos, puede destacarse que se logra un elevado número de avenencias dentro del conjunto de las mediaciones que se tramitan, especialmente si dejamos al margen aquellas que se formalizan a los meros efectos de cumplimiento del trámite formal respecto de una decisión ya prefijada y cerrada bien de acudir a la vía judicial o bien de dar paso a una convocatoria de huelga. Incluso se detectan en muchas ocasiones resultados que estadísticamente deberían engrosar el número de avenencias, pues se constata que la propuesta de mediación, aun no formalmente asumida en el trámite, después es

la acordada en fase posterior al cierre de la mediación. Pero, sobre todo, el índice más significativo del éxito de estos procedimientos se comprueba en la fase de seguimiento, dado que se constata que entre el 85 % y el 96 %, según los años, de las avenencias logradas se cumplen estrictamente en los términos acordados por las partes en conflicto, lo que indica la influencia decisiva que tienen estos procedimientos para resolver de manera efectiva la discrepancias que dieron lugar en su origen al desencuentro entre las partes<sup>18</sup>.

## **2. INSUFICIENCIAS Y RESISTENCIAS A SU PROFUNDIZACIÓN**

A pesar de todos los elementos positivos y de éxito previamente destacados, también se advierte que la potencialidad plena de tales procedimientos es muy superior a la desplegada hasta el presente en estos años de experiencia aplicativa de los Acuerdos, que permite afirmar al propio tiempo la presencia de algunas deficiencias y resistencias que aconsejan ir más allá de lo logrado hasta el momento. Entre las insuficiencias comprobadas, pueden indicarse, a nuestro juicio, las siguientes.

Ante todo se advierte el hecho de que, frente al amplio listado tipológico de conflictos colectivos atribuidos a los procedimientos de resolución, en la práctica los que se gestionan vienen concentrados exclusivamente en dos asuntos: en primer lugar, los conflictos colectivos relativos a la interpretación y aplicación jurídica representan entre el 70 % y el 78 % del total de los asuntos tramitados por el SIMA; en segundo lugar, las huelgas convocadas sometidas a previo procedimiento de mediación vienen a representar entre el 18 % y el 20 %. Como se puede comprobar, tienen en común ambos supuestos que se trata de conflictos para los que los Acuerdos o la legislación vigentes exigen acudir a un intento de resolución amigable de mediación, bien previo a la vía judicial el primer caso, o bien previo al ejercicio efectivo del derecho de huelga en el segundo caso. Ciertamente, tal circunstancia de obligatoriedad refuerza la intensidad en la concentración de estos dos asuntos, pero, al propio tiempo, no puede considerarse que sea la única explicación, especialmente que sea tan reducido el número de asuntos tramitados en relación con las otras cuestiones. Especialmente no lo es, por cuanto que el porcentaje de asuntos tramitados es muy reducido, cuando no marginal, respecto del resto: entre el 0,5 % y el 4,5 % para los períodos de consulta; entre el 0,6 % y el 2 % para las impugnaciones de convenios colectivos; entre el 0,3 % y el 1,7

<sup>18</sup> Las cifras recogidas en el presente estudio refieren, salvo que se indique lo contrario, a los Informes anuales de seguimiento, donde se recogen los principales resultados del SIMA, que aparecen en la página web de la Fundación (fsima.es), si bien los datos suministrados por las correspondientes estructuras organizativas autonómicas al respecto son a grandes trazos iguales. Hasta hace unos años, también el Ministerio de Empleo publicaba datos agregados de todos los sistemas de resolución de conflictos, de enorme utilidad e interés, pero que por desgracia se ha cortado la serie.



% para los descuelgues de convenios colectivos. Incluso en este último caso de los descuelgues convencionales es más significativo el muy escaso número de acuerdos de avenencias logrados, más allá del número de asuntos tramitados. Es cierto que el dato puede tener cierta distorsión, porque depende del número de conflictos en su conjunto que surjan en relación con cada uno de estos tipos de conflictos, siendo el dato definitivo para conocer la funcionalidad de los procedimientos de mediación el porcentaje de estas respecto del total de cada asunto y no respecto del total en su conjuntos de asuntos tramitados por estos procedimientos. Eso sí, en todo caso los porcentajes son tan reducidos que ello permite afirmar que las mediaciones han logrado extenderse en el caso de los conflictos jurídicos y de los previos a las huelgas, pero que tienen una funcionalidad de todo punto marginal para el resto de los asuntos que pueden ser objeto de estos procedimientos de mediación. En definitiva, resulta bastante fundado afirmar que los procedimientos de mediación apenas han logrado implantarse en estos otros tipos de asuntos, y algo está fallando, demostrando carencias e insuficiencias al respecto: periodos de consulta, impugnación de convenios, bloqueo negocial y descuelgues convencionales<sup>19</sup>. No es fácil identificar las causas que determinan este resultado, siendo probable que sean varias acumuladas y no una única, pero, sobre todo, ya de por sí resulta significativo que, más allá de los datos publicados, en muy pocas ocasiones se ha reflexionado ni valorado este dato.

Entre los arbitrajes que se tramitan al margen de los acuerdos interprofesionales, destacan por su importancia numérica los referidos a la materia electoral. Sin necesidad de aportar datos estadísticos relevantes, destacan dos elementos de los que deriva la decisiva importancia de estos arbitrajes en el control de legalidad de los procedimientos electorales, así como de una valoración marcadamente positiva por parte de su protagonistas y de la propia doctrina: el carácter obligatorio como trámite excusable de la revisión de legalidad, unida a la escasísima litigiosidad judicial derivada de la posible impugnación judicial de los laudos dictados de forma amplísima tanto por motivos de forma como de fondo.

El segundo elemento fáctico sobre el que hay coincidencia es el del escaso número de procedimientos arbitrales tramitados por la generalidad de los sistemas. Es cierto que el fomento de los procedimientos autónomos se debe orientar con especial intensidad hacia las mediaciones, dado que es en ellas donde los legítimos representantes de las partes asumen plenamente su responsabilidad de lograr el encuentro por la vía de la avenencia y es cuando de manera más genuina nos encontramos ante una expresión de la autonomía colectiva; mientras que, por contraste, el arbitraje es siempre una manifestación de debilidad de la capacidad

<sup>19</sup> Respecto de la impugnación, por todos, en el presente número de la Revista, C. Sáez Lara, Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos.

de acuerdo entre las partes, introduce la delegación en la decisión de un tercero y, por tanto, queda bastante relativizado que se pueda hablar de una manifestación de procedimiento autónomo de resolución de conflictos. A pesar de ello, siempre es preferible propiciar algún espacio de juego al arbitraje en nuestro sistema de relaciones laborales, tanto en los conflictos jurídicos que permite reducir la excesiva judicialización de las relaciones laborales, como en los conflictos de intereses, que superan situaciones de bloqueos y de deterioro de las relaciones de entendimiento entre las partes. A partir de tales premisas, puede igualmente concluirse que el modelo no ha logrado su plenitud de desarrollo cuando resulta tan pobre la utilización de los procedimientos arbitrales en nuestro sistema de relaciones laborales. En igual medida, son variadas las causas que determinan la falta de potenciación del procedimiento arbitral, probablemente más situadas en el terreno de la cultura sindical y empresarial que derivadas de carencias institucionales, por mucho que también algunos déficits se pueden detectar en este terreno también.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, a pesar de que a partir de inicios de los años noventa se introdujeron en la normativa estatal las reglas claves que permitieron poner en marcha con seguridad jurídica los sistemas tanto de mediación como de arbitraje, sin embargo también en este ámbito con el paso del tiempo se han detectado cierto tipo de deficiencias, que incluso se han acentuado en los últimos años.

De un lado, la intervención jurídica se realizó sobre un principio de intervención mínima, que condujo a retoques importantes pero actuando sobre cuerpos normativos diversificados, de manera aislada y, en sentido negativo, con ausencia de una regulación sistemática e integrada; en particular, ello ha dado lugar a que la experiencia haya ido demostrando que no hay en estos momentos una regulación completa, correctamente engarzada, que dé respuesta plena a todas las fases y necesidades tanto de la mediación como del arbitraje.

De otro lado, se han producido en los últimos años determinadas reformas legislativas concebidas para hacer frente al nuevo escenario económico o empresarial, con finalidades específicas de actuar en el terreno material de atender a los requerimientos económicos, que no han tenido en cuenta el impacto indirecto que ello pudiera tener sobre el funcionamiento cotidiano de los procedimientos de mediación y arbitraje. Dicho de otro modo, al margen de que no haya sido la voluntad del legislador, con este tipo de reformas de manera colateral se han producido efectos de obstaculización de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos colectivos. A tenor de ello, en la práctica el resultado ha sido el de desincentivar el mantenimiento del rol influyente que han tenido desde su origen estos procedimientos. Así, a título ejemplificativo, ese desincentivo es

palpable a resultas del actual régimen jurídico del descuelgue de convenios, de la vigente lógica de potenciación de los mecanismos unilaterales de flexibilidad interna, de la reducción de los supuestos de obligatoriedad de la conciliación y mediación preprocesal, unida al juego de los reducidos plazos de caducidad de la acción judicial en ciertos supuestos.

Finalmente, se ha comprobado cómo el funcionamiento de estos procedimientos en el ámbito del sector público, por mucho que formalmente se aplique en sede teórica la regulación contemplada en la legislación laboral para el sector privado, presenta notables especialidades a tenor de los condicionantes de la actuación propia del empleador público. En estos casos, no se puede forzar una aplicación pura y sin adaptaciones de la legislación laboral establecida al efecto, por lo que se requieren reglas particulares y expresas para los conflictos cuando interviene como interlocutor el empleador público. La ausencia de reglas propias para estos casos ha derivado en muchas ocasiones en un retraimiento en este ámbito del uso de los procedimientos de mediación y mucho más de los arbitrajes, más allá de la voluntad de las partes de pretender acudir a los mismos. Incluso reformas recientes han frenado su uso por la vía de los hechos, más allá de la interpretación del concreto alcance que tales reformas pueden tener como efecto deseado o no deseado por el legislador con sus cambios legales.

Si este panorama se puede afirmar respecto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en mayor medida se puede constatar respecto de los procedimientos de mediación y arbitraje entre los funcionarios públicos propiamente dicho, donde no se ha pasado más allá de un mero reconocimiento en el Estatuto Básico del Empleado Público (2007), sin que se haya llegado a iniciar la elaboración del desarrollo reglamentario anunciado para estos procedimientos, necesario para su efectiva implementación y, en todo caso, con experiencias prácticamente marginales de desarrollo de tales mecanismos en el ámbito de la función pública.

Como puede resultar fácil de comprender, una perspectiva opuesta debe adoptarse a los efectos de valorar los arbitrajes que se puedan producir en el caso de huelgas de grave afectación de la economía. En estos casos no movemos en el territorio antagónico del precedente, de modo que si los anteriores procedimientos arbitrajes han de valorarse de la perspectiva esencialmente de lo fisiológico, estos últimos arbitrajes en caso de huelgas muy singulares en cuenta a cómo se desarrollan se sitúan claramente en el terreno de lo patológico. Por tanto, el hecho de que este tipo de arbitrajes se presenten en nuestro sistema como marginales, cuando no excepcionales, por mucho que sea su impacto mediático, lo cierto es que ha de valorarse como correcto. Nos encontraríamos, por tanto, ante un escenario de funcionamiento anormal de nuestras relaciones en el caso de que se detectase que

este tipo de arbitrajes se incrementa más allá de lo supuestos como hemos indicado excepcionales en los que se desarrollan actualmente. En todo caso, aunque sean marginales los supuestos en los que se utilizan, su enorme trascendencia debe llevar a una reflexión acerca de la necesidad de adecuación de su regulación al modelo constitucional y adaptación a sistema de reparto competencial autonómico en la materia. Sin desconocer la dificultad que ello comporta, derivado de la necesidad de aprobar a tal efecto una norma con el rango de Ley orgánica, así como de las permanentes resistencias políticas y sindicales a una intervención en este terreno, no está de más destacar que la regulación es insuficiente y de todo punto anticuada en elementos clave de su regulación: delimitación de la situación excepcional justificativa, autoridad competente para imponer el arbitraje, exigencias formales y sustanciales en la designación del árbitro, suspensión o no del ejercicio de huelga durante su tramitación, efectos del laudo arbitral, causas y procedimiento de impugnación del laudo.

Con la misma perspectiva, aunque lo sea por motivos diferentes, tampoco cabría situar en el terreno de lo positivo un posible incremento de los mecanismos de arbitraje obligatorios para los casos de descuelgues de convenios colectivos, que igualmente han de situarse en el terreno de lo patológico. Dejando en estos momentos al margen las propuestas orientadas a suprimir el arbitraje actual por parte de los organismos de composición tripartitos (sindicatos, empresarios y Administración laboral), lo cierto es que la intervención por parte de estos se sitúa cuando menos en el terreno de lo anómalo, siendo deseable que en todo caso estos descuelgues se verifiquen en las fases previas que permiten alcanzar acuerdos directos entre las partes o bien zanjar la discrepancia ante los sistemas autónomos de resolución de conflictos. A mayor abundamiento, un funcionamiento adecuado de la negociación colectiva comportaría que ésta pudiera introducir mecanismos de gestión anticipada del cambio que, o bien conjurase los riesgos de crisis empresariales que forzasen al descuelgue o bien que los propios convenios contuviesen sus propios mecanismos de respuesta ante las crisis que no hicieran necesario adoptar el descuelgue salvo en situaciones críticas inesperadas y bruscas.

Finalmente, una perspectiva cualitativa diversa debe adoptarse respecto de los arbitrajes individuales, donde tampoco a nuestro juicio cabe una efectuar un diagnóstico negativo por el hecho de que el arbitraje se mantenga en el territorio de lo marginal. De un lado, por cuanto que en este terreno de lo individual tiene una influencia más decisiva el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se trata de conflictos jurídicos, donde la primacía a nuestro juicio personal debe corresponder a la solución judicial. De otro lado, por cuanto que cuando se trata de conflictos de intereses difícilmente cabe convencer a la parte empresarial a que se anime a canalizar sus desacuerdo con el trabajador por la vía del arbitraje, siendo más comprensible que ello se resuelva por la vía interna de los canales de

reclamación en el seno de la empresa o, en su caso, por la vía de la intervención de los mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus competencias legales. Sólo cabría una potenciación decisiva del arbitraje en los conflictos individuales para casos muy singulares de conflictos de intereses que pueden desembocar en bloqueos por ausencia de poderes unilaterales empresariales, como son los casos emblemáticos aunque no exclusivos de la fijación del período de disfrute de las vacaciones o de cambio de modalidad contractual, o bien respecto de conflictos con trabajadores singulares con elevado poder contractual más cercano a las situaciones clásicas de juego tradicional de la autonomía individual de la voluntad.

### **3. HACIA UN SISTEMA COMPLETO E INTEGRADO DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS**

A partir de lo anterior, entendemos que resulta oportuno adoptar medidas que logren un relanzamiento de los procedimientos de mediación y arbitraje para los conflictos que hemos situado en el terreno de lo fisiológico, centrándonos sobre todo en los conflictos colectivos que son resultado de la aplicación de los acuerdos interprofesionales. Tales medidas deben serlo de naturaleza diversa, desarrollándose tanto en el terreno de lo legal como de estrategias o actitudes por parte de los interlocutores sociales.

De un lado, procede detectar cuáles son las insuficiencias legales presentes en la regulación vigente, procediendo a acometer una intervención legislativa de respuesta a las mismas. La forma más adecuada al efecto es, dejando al margen los arbitrajes de carácter obligatorio (electoral y en huelgas de afectación grave a la economía sobre todo), así como de los arbitrajes individuales incorporar una regulación integrada de la materia, que, tal como se ha sugerido desde varias posiciones en la doctrina, podría articularse a través de un nuevo título específico dentro del Estatuto de los Trabajadores<sup>20</sup>. No se trataría de una mera labor técnica de agrupamiento de las reglas dispersas sobre la materia a lo largo de toda la normativa laboral, sino, además de visualizar de manera unitaria la regulación al efecto de manera integrada, sobre todo para forzar una respuesta completa a cada una de las manifestaciones de conflictos colectivos por la vía de la mediación y el arbitraje. En efecto, al no existir en estos momentos una regulación integrada, para ciertos aspectos (mecanismo de iniciación del trámite de mediación y arbitraje, plazos de desarrollo, interrupción de los plazos de prescripción, conexión con la intervención judicial, eficacia de lo acordado, procedimientos de

<sup>20</sup> Por todos, Grupo FIDE, Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales, en Derecho de las Relaciones Laborales, diciembre 2016, pg. 1070.

impugnación judicial, remisiones a la negociación colectiva para su desarrollo, etc.) se contempla una respuesta para cierto tipo de conflictos pero no para todos ellos.

A partir de esta intervención legal, procedería una adaptación y puesta al día de los textos de los acuerdos interprofesionales, que en algunos casos se han ido actualizando a resultas de la experiencia detectada, pero que otros no lo han hecho así.

#### **4. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS**

Los Acuerdos interprofesionales han tendido a incluir dentro de su ámbito de aplicación a la totalidad de los trabajadores sometidos a la legislación laboral, sin ningún tipo de exclusión. No obstante, de un lado, existen algunos espacios de posible exclusión y, al propio tiempo, cabe pensar en una opción expansiva adicional más allá de los trabajadores sometidos a la legislación laboral. Ello puede centrarse sobre todo en el empleo público y en los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

##### **4.1. Conflictos en el empleo público**

Uno de los asuntos más particulares hoy en día en el desarrollo de las relaciones laborales es el que afecta a los empleados públicos. Se detecta que se trata de uno de los ámbitos en los que hay mayor actividad sindical, a resultas de factores variados, como son el elevado número de empleados en los centros de trabajo, la fuerte presencia sindical, la actitud y estrategias singulares del empleador público. Ello provoca que exista un elevado potencial de conflictos colectivos que podrían canalizarse a través de estos procedimientos.

A tal efecto, resulta obligado diferenciar tres grupos de empleados del sector público, pues su situación puede ser bien diferenciada en relación con la aplicación de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos: 1) personal al servicio de entidades de Derecho privado, pero cuya titularidad es de alguna Administración Pública y que, por ello, se ubican dentro del sector público; 2) personal laboral sometido a la legislación laboral vinculado directamente a la Administración Pública o a otras entidades de Derecho Público; 3) empleados al servicio de la Administración Pública que tienen la condición de funcionarios públicos o de personal estatutario, excluidos por tanto del ámbito aplicativo del Estatuto de los Trabajadores.

Respecto del personal al servicio de las entidades de Derecho Privado de titularidad pública, los mismos podrían integrarse en los procedimientos de mediación y arbitraje de los acuerdos interprofesionales sin mayores dificultades,

si bien no puede pensarse que quepa una aplicación automática y sin matices del conjunto de las reglas establecidas a estos efectos por la legislación laboral. En efecto, las especialidades derivadas del régimen del personal al servicio de un empleador público (por mucho que tenga la condición de entidad mercantil de Derecho Privado) comportan especialidades no menores que requerirían de una expresa toma en consideración.

En segundo lugar, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y entidades de Derecho Público, al someterse a la legislación laboral a todos los efectos, de principio también podría canalizar sus discrepancias conforme a los mecanismos de mediación y arbitraje contemplados en la legislación laboral<sup>21</sup>. No obstante, una reciente jurisprudencia de Tribunal Supremo extensiva del principio de correspondencia en la negociación colectiva respecto de las Administraciones Públicas puede plantear problemas de que los acuerdos interprofesionales puedan ser objeto de aplicación directa en este ámbito. Aunque no se aborde directamente este asunto por las sentencias en cuestión, las mismas vienen a establecer el criterio de que las asociaciones empresariales con presencia en los convenios colectivos del sector privado no ostentan legitimidad para negociar en representación de las Administraciones Públicas y, por tanto, en base justamente al principio de correspondencia negocial, los convenios por ellas firmados no pueden ser de aplicación directa al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas<sup>22</sup>. Dejando al margen otras especialidades a describir posteriormente, la aplicación por analogía de esta jurisprudencia al asunto aquí enjuiciado conduciría a afirmar que los acuerdos interprofesionales no pueden incluir de manera automática dentro de su ámbito de aplicación a este personal laboral al servicio de la Administración; dicho de otro modo, la única forma de hacerlo es la contemplada en el ASAC, conforme a la cual se requiere de un acuerdo expreso de adhesión entre los sindicatos representativos en ese ámbito y la propia Administración Pública, si bien también habría que advertir que el ASAC en concreto incurre en el error de remitirse al art. 45 EBEP cuando este no es de aplicación a este personal<sup>23</sup>. De este modo, resulta obligado efectuar una lectura finalista del precepto, entendiendo que el ASAC permite incorporar dentro de su ámbito de aplicación al personal laboral de la Administración General del Estado de manera específica (e independiente de lo que suceda con los funcionarios públicos) por medio de acuerdos interprofesionales, de convenios colectivos

<sup>21</sup> Sobre el particular, en este número de la Revista, M. N. Moreno Vida, Las especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el sector público: personal laboral.

<sup>22</sup> SSTS 6 de mayo de 2019, rec. 406/2018, ECLI:ES:TS:2019:1956; 9 de julio de 2020, rec. 4608/2018, ECLI:ES:TS:2020:2638.

<sup>23</sup> Art. 4.4 VI ASAC.

celebrados conforme a lo estipulado en el Estatuto de los Trabajadores, sin referencia alguna al art. 45 EBEP. Formalmente sería posible que ello se realizase por medio de un mero acto de adhesión conforme a la figura prevista a estos efectos en la legislación laboral (art. 92.1 ET); sin embargo, como se indicará más adelante, resulta más aconsejable la celebración de acuerdos interprofesionales o convenios colectivos específicos que atiendan al cúmulo de especialidades que se presentan respecto del personal laboral al servicio de la Administración Pública, entrando en sus contenidos diferenciados y no una mera aplicación automática de lo contemplado para los acuerdos interprofesionales.

Por lo demás, caso de que no se produzca dicha adhesión, la única alternativa sería que los procedimientos de resolución de tales conflictos se tramiten a través del procedimiento preconstitucional de conflictos colectivos previstos en el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (arts. 17 ss.). El problema a estos efectos no es sólo que se trate de una regulación preconstitucional por la fecha de su aprobación, sino que establece un modelo poco acorde con los parámetros de nuestro vigente sistema de relaciones laborales basado en la autonomía colectiva y, por ende, con el necesario repliegue de la Administración laboral en el desarrollo de los procesos de negociación y conflicto entre los interlocutores sociales; por mucho que la autoridad laboral desde el punto de vista subjetivo intente en estos casos mediar con una actitud de imparcialidad y neutralidad, lo cierto es que, objetivamente, no deja de tener la condición de Administración Pública y en estos casos es la propia Administración Pública quien interviene como parte empleadora y, por ende, necesariamente se produce una colusión de intereses de modo que difícilmente en estos casos el mediador puede separarse de su condición próxima al empleador. A mayor abundamiento, la regulación al efecto resulta muy parca, con grandes lagunas, obsoleta en su adaptación al modelo actual: ausencia de reconocimiento expreso de legitimación para iniciarlo a las organizaciones sindicales, falta de correspondencia con la regulación estatutaria en materia de negociación colectiva especialmente por lo que se refiere a la correspondencia entre las mayorías necesarias para el acuerdo y la eficacia de la avenencia, desconocimiento de la actual estructura autonómica del Estado; confusión en la remisión de los conflictos jurídicos directamente a la intervención judicial pero contemplando al propio tiempo la posible intervención de la autoridad laboral, no precisar los conflictos colectivos de intereses a los que abarca, falta de conexión con el procedimiento estatutario de descuelgue de convenios colectivos, declaración como inconstitucional del laudo arbitral de resolución de conflictos de intereses atribuido en su origen a la autoridad laboral, falta de desarrollo del arbitraje previo compromiso voluntario entre las partes. Por ello, todo ello está reclamando cuando menos una reforma legal que atienda a estos



indiscutibles problemas de implementación de la mediación y el arbitraje en este terreno.

El tercer grupo que hemos mencionado refiere a aquellos que tienen la condición de funcionarios públicos en el sentido estricto del término. La naturaleza jurídica de los acuerdos interprofesionales condiciona su ámbito de aplicación por lo que refiere a los sujetos afectados por los conflictos que se tramitan a través del mismo. En efecto, se trata de un Acuerdo Interprofesional sometido a la regulación de los convenios colectivos del Estatuto de los Trabajadores, siendo en concreto un Acuerdo sobre materia concreta de los previstos en el art. 83.2 ET. Ello implica que su ámbito de aplicación no puede ir más allá del ámbito de aplicación de la negociación colectiva regulada por el Estatuto de los Trabajadores. En particular, excluyéndose a los funcionarios públicos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y, en particular, de los convenios colectivos de su título III, también han de quedar al margen de los procedimientos de mediación y arbitraje los conflictos profesionales que puedan afectar a las relaciones de los funcionarios públicos con la Administración Pública que actúa como su empleadora. Es cierto que la normativa específica sobre funcionarios sí que contempla la posibilidad de que se acuerde la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 45 EBEP) e incluso que algunos acuerdos interprofesionales pretendan facilitar la canalización de la mediación y arbitraje para ellos por la vía ya apuntada de un acuerdo de adhesión entre sindicatos de la función pública y la propia Administración Pública<sup>24</sup>. Eso sí, a diferencia de lo que sucede para el personal laboral, esa adhesión sólo lo podría ser a los efectos de la utilización de los medios personales y materiales del organismo de gestión de los procedimientos, pero de imposible adhesión a la regulación contenida en dichos acuerdos interprofesionales respecto del desarrollo de la mediación y el arbitraje. Respecto de esto último, que es lo fundamental, rigen las normas propias y diferenciadas para la función pública, por mucho que las mismas puedan presentar ciertas concomitancias con las recogidas dentro de la legislación laboral. Por ello, lo más importante es que hasta el momento presente, salvo error u omisión, no existen experiencias sobre el particular, sin que se haya aprobado la normativa reglamentaria que se anuncia en la correspondiente normativa, que es la que se hace imprescindible para un funcionamiento pleno de tales sistemas mediación y arbitraje en la función pública (art. 45 EBEP). Las especialidades en estos casos son mucho más acentuadas y requerirían de un proceso de maduración más complejo en cuanto a las especialidades que se deben establecer en estos casos, si bien resulta indiscutible que caben influencias mutuas en el caso de que se opte por su puesta en práctica, particularmente de toma en

<sup>24</sup> Art. 4.4 VI ASAC.

consideración de la experiencia ya efectiva en el ámbito del sector privado, con todas las cautelas que siempre requiere una traslación de uno a otro ámbito<sup>25</sup>. Por todo ello, estamos aún bastante lejos de poder materializar esta posibilidad, por la complejidad que ello implica.

Para concluir, es obligado hacer referencia a las especialidades que requiere el desarrollo en estos momentos de los procedimientos de mediación y arbitraje para el personal del primer grupo (personal laboral al servicio de entidades de Derecho privado de titularidad pública) y para la incorporación dentro de los sistemas autónomos del personal del grupo segundo (personal laboral al servicio de la Administración General del Estado). Si bien a ambos se les aplica a todos los efectos la legislación laboral, concurren determinados imperativos externos, derivados de la condición de poder público del empleador y por tanto sometido a condicionantes de Derecho Público, que obligan a introducir cierto tipo de especialidades en el desarrollo de los correspondientes procedimientos.

Ante todo, en esta materia concurren condicionantes constitucionales de primer nivel, que en todo caso vinculan tanto a los acuerdos que puedan alcanzar de manera directa las organizaciones sindicales y el empleador público en este caso, como, por efecto derivado, a las resoluciones de sus conflictos que se pueden alcanzar por vía de avenencia en una mediación o de laudo en un arbitraje. Baste con referirnos en términos resumidos a los siguientes condicionantes legales: el sometimiento al principio de igualdad de trato por parte de los poderes públicos más allá de la genérica prohibición de discriminación que vincula tanto a poderes públicos como privados (art. 14 CE); la imprescindible selección tanto para el ingreso como para la promoción del personal, conforme a principios de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad (arts. 23 y 103.3 CE); la fijación de la totalidad de los gastos públicos a través de la Ley General de Presupuestos Generales del Estado (art. 134.2 CE), de lo que deriva entre otras consecuencias que la fijación de los topes de incrementos retributivos se fije legalmente y con importante condicionamiento a la negociación colectiva del personal laboral.

Complementariamente a ello, ha de tenerse en cuenta que uno de los parámetros básicos de la actuación de la Administración Pública y de las entidades dependientes de la misma reside en que éstas someten su actuación a principios de actuación reglada, con intensa restricción de la capacidad de actuación discrecional. Ello tiene una repercusión directa sobre los contenidos de lo negociable por las partes, tanto de manera directa como indirecta por vía de la mediación y el

<sup>25</sup> Sobre el particular, J. Cruz Villalón, *La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública*, en AA. VV., *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas* (E. Gamero Casado y M. Rodríguez-Piñero Royo coords.), Mergablum, Sevilla 2006, pgs. 25 ss.

arbitraje. Como consecuencia inmediata los procesos negociales siempre han de someterse al régimen institucional contemplado en la legislación vigente, lo que, unido al precedente principio de igualdad de trato, supone, en concreto, que en el ámbito del sector público sólo cabe celebrar convenios colectivos estatutarios de eficacia general y, en sentido negativo, quedan vedadas formas atípicas de negociación como son los convenios extraestatutarios de eficacia limitada; por efecto derivado, lo mismo sucederá con las avenencias y laudos derivados de los procedimientos de resolución de conflictos, lo que supone que estos siempre y en todo caso habrán de tener eficacia general, lo que condiciona de manera refleja los requisitos de legitimación y acuerdos de las representaciones sindicales en su seno.

Todo lo anterior ha de tener su correlativa plasmación de especialidades en el desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje en este ámbito, que podemos resumir del modo siguiente.

En cuanto al tipo de conflictos colectivos tramitables por esta vía, de principio puede considerarse que la lista habitualmente contemplada en los acuerdos interprofesionales puede trasladarse con las adaptaciones correspondientes al ámbito del empleo público, aunque lo sea con algunas exclusiones, bien derivadas de imposibilidades materiales o por regímenes especiales establecidos para los mismos. Respecto de lo primero, al no poder declararse en situación de concurso las entidades de Derecho Público no es posible hacer uso de este supuesto. En cuanto a lo segundo, al existir un procedimiento específico unilateral de inaplicación del convenio colectivo del personal laboral de las Administraciones (art. 32.2 EBEP) que, aunque se presenta yuxtapuesto y no excluyente formalmente del procedimiento contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, materialmente lo hace inviable<sup>26</sup>. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que expresamente se prohíbe que la Administración Pública reconozca de manera directa la condición de empleados contratados irregularmente como indefinidos no fijos, remitiéndose expresamente sólo a la declaración judicial<sup>27</sup>. Ello implica con toda seguridad que los procedimientos de mediación no pueden por vía de la avenencia abordar tales conflictos. Al mismo tiempo concurren dudas de si pueden llevarse a cabo por vía de laudo, pues de un lado el precepto de referencia está exigiendo de manera explícita un reconocimiento judicial y el compromiso arbitral puede suponer una

<sup>26</sup>J. Cruz Villalón, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en *Temas Laborales* nº 117 (2012), pgs. 13 ss. Sobre la corrección dentro de nuestro modelo de este mecanismo de inaplicación unilateral, STS 26 de octubre de 2015, rec. 276/2014.

<sup>27</sup>Disp. adic. 34ª Ley 3/2017, de 27 de junio (BOE 28 de junio), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

forma fraudulenta de ocultar una voluntad de reconocimiento directa; aunque también cabría argumentar de contrario que los laudos en nuestro ordenamiento gozan de eficacia jurídica asimilada a las sentencias firmes cuando se trata como en el presente caso de conflictos jurídicos, al mismo tiempo que es cometido del árbitro garantizar que por el procedimiento no se incurre en un fraude de ley que siempre sería revisable y controlable por vía judicial.

Sería necesario concretar los sujetos legitimados para iniciar los procedimientos. De parte empresarial resulta imprescindible excluir a las asociaciones empresariales, por cuanto que las mismas no pueden considerarse como representativas de las Administraciones Públicas e incluso en relación con las entidades de Derecho Privado vinculadas a la Administración lo oportuno es que las mismas en todo caso se circunscriban a conflictos de ámbito empresarial y en ningún caso a conflictos sectoriales en los que intervengan las Administraciones Públicas. Al mismo tiempo, sería oportuno que se estableciese con claridad y de manera expresa la concreta instancia que en cada caso en representación de la parte empleadora estaría facultada para iniciar el procedimiento, bien lo sea de mediación o de arbitraje. Como variante específica, ello podría incluir la identificación de un concreto sujeto facultado, pero siempre con un trámite previo de autorización por instancia superior de la celebración del compromiso arbitral.

En la medida en que sólo cabe que avenencia y laudo que resuelven estos conflictos tengan eficacia idéntica a la de los convenios colectivos de eficacia general, ello debe incidir sobre las exigencias de legitimación en la iniciación del procedimiento ya señaladas. En concreto, respecto de la representación sindical, sería necesario precisar que la celebración del compromiso arbitral requeriría ostentar las mayorías de legitimación y de votación exigidas para la celebración de un convenio colectivo estatutario, conforme a las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Junto a la dualidad ordinaria o clásica de la mediación y el arbitraje, cabría introducir una fórmula intermedia entre ambas, que se podría denominar de mediación “reforzada”: sin llegarse a configurar como un arbitraje, pues la última palabra la conservarían las propias partes en conflicto, se aproximaría en cierto modo a ello, a una especie de “laudo de voluntario cumplimiento”, cuyo rechazo requeriría de la correspondiente motivación. En tal caso, el mediador debería proceder a presentar a las partes su propuesta por escrito, acompañada de las razones y fundamentos que le han determinado a formular dicha propuesta. Frente a la propuesta escrita del mediador, las partes deberían contestar, con un respuesta que igualmente debería efectuarse por escrito y motivadamente.

Sería oportuno contemplar un procedimiento específico de designación tanto de mediadores como de árbitros, tanto por lo que se refiere a la representación

de la Administración empleadora como de las representaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas en el mencionado ámbito.

Las avenencias y laudos que resuelvan conflictos colectivos de bloqueos negociales y, en general, aquellos que gocen de los efectos jurídicos propios de los convenios colectivos están sujetos a idénticos límites sustanciales de incrementos de los costes laborales, salariales y extrasalariales, impuestos por las correspondientes disposiciones presupuestarias de fijación del gasto público. Por ello, las avenencias y laudos que resuelven conflictos colectivos de bloqueos negociales deben someterse al control previo establecido respecto de la autoridad presupuestaria a los efectos de verificar que los mismos no superan los límites de costes laborales impuestos por las disposiciones presupuestarias vigentes.

El control administrativo efectuado en algunos casos por la autoridad presupuestaria respecto del cumplimiento de los límites de incremento de costes laborales, a pesar de tener el carácter de control de legalidad, no agota ni impide el sucesivo control judicial por causas de ilegalidad diversas a la relacionada con los límites presupuestarios. De ahí que debería contemplarse tanto la vía específica de revisión judicial de los actos de control de la legalidad por parte de la autoridad presupuestaria como su encaje con el sucesivo control judicial de lo decidido en avenencia o laudo cuya legalidad no corresponde revisar a la autoridad presupuestaria.

Finalmente, la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía judicial, con la exclusiva exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa, al mismo tiempo que se exige del sometimiento a la conciliación administrativa previa en aquellos casos en los que se exija el agotamiento de la vía administrativa, plantea dificultades en el desarrollo de la mediación en estos casos, particularmente en la exigencia de su obligatoriedad tal como se contempla actualmente en los acuerdos interprofesionales<sup>28</sup>. Ciertamente que la obligatoriedad de la vía preprocesal se mantiene en el caso de los litigios que se tramiten conforme al procedimiento de conflictos colectivos (art. 156 LJS). Eso sí, para el resto de los supuestos rige de principio la voluntariedad; ello no impediría la tramitación de los procedimientos de mediación, pero con el indiscutible riesgo de que en tales casos no se interrumpen los plazos de prescripción, salvo que de mutuo acuerdo así lo pacten las partes (art. 64.3 LRJS). Esta sería una primera manifestación de lo que advertimos al inicio de determinado tipo de reformas concebidas con finalidad diversa, en este caso propiciar la celeridad del acceso a la vía judicial en

<sup>28</sup> Arts. 64 y 69 LJS, conforme a la redacción dada por la disp. final 3ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE del 2 de octubre), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

el ámbito de la Administración Pública, pero que no se tiene en cuenta la repercusión que ello puede tener de desincentivo de los procedimientos extrajudiciales y que, indiscutiblemente, impiden el juego de la obligatoriedad prevista en los acuerdos interprofesionales para determinados supuestos.

A la vista de todo lo anterior, a nuestro juicio, resulta conveniente que se precisen todas las especialidades antes enumeradas, lo que sólo se lograría con plena seguridad jurídica por la vía de la celebración de los oportunos acuerdos interprofesionales específicos en el ámbito del sector público, que procedan a desarrollar e implementar las singularidades de la articulación de los procedimientos de mediación y arbitraje en el ámbito del personal laboral al servicio del sector público, lo sea al servicio de entidades privadas de titularidad pública o del personal laboral directamente vinculado al servicio de la Administración General del Estado.

#### **4.2. Trabajadores autónomos económicamente dependientes**

La normativa específica de los trabajadores autónomos económicamente dependientes prevé igualmente la posibilidad de que para los mismos se establezcan procedimientos extrajudiciales, tanto de mediación como de arbitraje, para la resolución de sus discrepancias (art. 18 LETA). Es importante advertir, ante todo que, aunque no lo diga expresamente, dichas disposición está referida a los conflictos jurídicos, pues lo refiere como trámite obligado previo a la vía judicial y los efectos tanto de la avenencia en mediación como del laudo en el arbitraje los asimila a los propios de sentencia y de eficacia ejecutiva procesal, que es lo propio de los conflictos jurídicos. Nada se regula respecto de los conflictos de intereses, si bien nada impediría que se desarrollasen mediaciones y arbitrajes para este otro tipo de discrepancias, bien es cierto que sobre la anomia legislativa en el marco de la normativa estatal; por ejemplo, sería posible contemplar que por esa vía se pudiera acudir en caso de bloqueos en los procesos de negociación de acuerdos de interés profesional. Incluso lo que se contempla respecto de los conflictos jurídicos es muy escaso. En parte ello podría venir integrado a través de lo que las partes acordasen por vía de los acuerdos de interés profesional, que en sede teórica podrían diseñar el funcionamiento de los mismos, tanto para los conflictos jurídicos como para los de intereses. Bien es cierto que la propia falta de consistencia de los propios acuerdos de interés profesional lo dificultaría en gran medida. En particular, debe tenerse en cuenta el escaso número de acuerdos de interés profesional existentes, su ámbito necesariamente empresarial, así como la falta de consistencia de los sujetos firmantes, tanto empresas clientes como organizaciones de representación colectiva de estos profesionales, lo que pesa con especial impacto en que resulte especialmente difícil que a través de tales acuerdos de interés profesional se logre instaurar por sí sólo un sistema

extrajudicial de resolución de conflictos para estos colectivos. No es casual por ello que en estos casos se relativice la obligatoriedad de acudir a la conciliación preprocesal en estos casos para los conflictos jurídicos; ante estas dificultades se suele entender que lo relevante es que la parte demandante haya intentado cumplir con el trámite preprocesal, aunque no haya encontrado en la práctica canal idóneo para ello<sup>29</sup>.

En definitiva, sería preciso un impulso mayor y un mayor desarrollo legal para que este tipo de procedimientos pueda llegar a arrancar entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

A estos efectos, no cabe la menor duda de que resulta bienintencionado el compromiso alcanzado en el seno del ASAC para que el SIMA pueda poner a disposición de estos autónomos sus medios personales y materiales. Sería incluso deseable que esa fórmula se extendiese al resto de los sistemas autonómicos. La última versión del ASAC incluso ha avanzado en el compromiso ofrecido, dado que basta la voluntad de trade y empresas clientes para que se produzca este resultado<sup>30</sup>, omitiendo el sistema precedente que permitía un veto de oposición a través de la Comisión de seguimiento del ASAC que, en el único caso en el que se intentó de pasado provocó un injustificado bloqueo en la práctica<sup>31</sup>.

Eso sí, a semejanza de lo que sucede con los funcionarios públicos, lo anterior no comporta una adhesión como tal al régimen del acuerdo interprofesional, sino como hemos indicado un mero ofrecimiento de puesta a disposición de los medios personales y materiales del órgano de gestión. Para el régimen jurídico de la mediación y el arbitraje lo que corresponde es la aplicación de la práctica totalidad de las reglas civiles sobre los mismos, con todas las carencias que ello implica. En los mismos términos a lo que sucede con los funcionarios públicos, estos acuerdos interprofesionales presentan como premisa que se desarrollan en relación con los conflictos sometidos a la legislación laboral y, por tanto, requisito imprescindible es que nos situemos en el ámbito de aplicación del trabajo subordinado incluido dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Por propia naturaleza los acuerdos interprofesionales no pueden incluir dentro de sus procedimientos a los trabajadores por cuenta propia regidos por el Estatuto del Trabajo Autónomo, ni siquiera pueden incluir específicamente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes por el mismo motivo de quedar fuera del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>29</sup> SAN 24 de abril de 2014, proc. 55/2014, ECLI:ES:AN:2014:1800.

<sup>30</sup> Art. 4.5 VI ASAC.

<sup>31</sup> STS 30 de noviembre de 2015, rec. 367/2014, ECLI:ES:TS:2015:5687.

Incluso emergen problemas respecto de los arbitrajes en conflictos individuales. En sede judicial se discute acerca del alcance de la previsión legal en torno a la voluntariedad del arbitraje (art. 18.4 LETA), pues mientras que para algunas sentencias ello comporta la imposibilidad de imponer vía contrato entre trade y empresa cliente el sometimiento a un arbitraje<sup>32</sup>, otros admiten que la voluntariedad no se opone a que el compromiso arbitral se perfeccione por anticipado a través de clausula expresa en el contrato civil o mercantil que une a ambas partes<sup>33</sup>. A nuestro juicio la segunda de las posiciones resulta más acertada, tanto por una lectura sistemática del precepto relativo a la voluntariedad, que no impone que sea por medio de un compromiso alcanzado en caliente sino que lo admite también en frío previo al surgimiento de la controversia, como a tenor de la aplicación supletoria de la normativa a la que se dirige (Ley de arbitraje y Ley de Transportes) que permiten perfectamente este tipo de compromisos por anticipado. En todo caso, este elemento ahonda en la necesidad de una regulación desde la norma estatal más amplia y clarificadora, que no se resuelve con el fácil expediente de adherirse a los sistemas extrajudiciales existentes para los trabajadores asalariados.

## 5. BLOQUEOS NEGOCIALES

Las controversias derivadas de los bloqueos en el proceso de firma de los convenios colectivos son de las que requieren de un indudable impulso, a los efectos de lograr un mayor protagonismo de los procedimientos autónomos. A la vista del escaso peso porcentual que los mismos tienen dentro de las mediaciones que se tramitan en su seno, resulta bastante evidente que éstas tienen una escasa intervención en la negociación colectiva. A pesar de que para estas controversias la regla generalizada es que resulta de aplicación la regla de la obligatoriedad de la mediación cuando lo solicita una de las partes, parece que ello tiene un escaso impacto en la práctica, en la medida en que nada presiona a las partes para solicitar la mediación, a diferencia de lo que sucede en el caso de los conflictos jurídicos que se convierte en un trámite previo inexcusable a la vía judicial, o bien de las convocatorias de huelgas que requieren haber agotado el procedimiento de mediación con anterioridad a su comunicación formal.

La flexibilidad connatural al proceso negocial comporta la presencia de pocas reglas en cuanto al modo de desarrollo de la negociación misma y la canalización, en su caso, de algunos bloqueos por parte de estos procedimientos

<sup>32</sup> STSJ, Aragón, 27 de noviembre de 2013, rec. 545/2013, ECLI:ES:TSJAR:2013:1284; 28 de febrero de 2014, rec. 94/2014, ECLI:ES:TSJAR:2014:205.

<sup>33</sup> STSJ, Cataluña, 6 de noviembre de 2014, rec. 3154/2014, ECLI:ES:TSJCAT:2014:11439.



voluntarios. Por ello, a nuestro juicio en esta materia no se detectan obstáculos regulativos que dificulten la mediación o en su caso el arbitraje.

La propia normativa estatal exige que una de las controversias de ineludible regulación a través de los acuerdos interprofesionales de resolución de conflictos deben ser las relativas a bloqueos negociales, debiendo establecerse procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes en el procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo. En particular incluye la necesidad de contemplar el régimen jurídico del arbitraje, expresando si el mismo tendrá carácter voluntario u obligatorio, incluso contemplando que si no se indica nada al respecto se entiende que el arbitraje tendrá el carácter de obligatorio (art. 86.3 p.3 ET). No obstante, en la práctica todos los acuerdos interprofesionales a estas alturas contemplan el arbitraje como voluntario. No es que por nuestra parte estemos sugiriendo que vía acuerdos interprofesionales se incluya el carácter de obligatorio de los arbitrajes, pues ello resultaría invasivo en exceso respecto de la libertad de negociación de las respectivas mesas de negociación, pero sí que podría ser recomendable que progresivamente los textos de los convenios colectivos más maduros en esta materia fuesen incorporando cierto tipo de compromisos de sometimiento al arbitraje en determinados escenarios de prolongado bloqueo negocial.

Es cierto que los acuerdos interprofesionales, siguiendo la estela de lo contemplado en la normativa estatal, incentivan en esta línea a los negociadores a reforzar el acceso a la mediación o al arbitraje, por medio de compromisos asumidos a través de los convenios colectivos. En concreto, se suele contemplar la posibilidad de que vía convenio colectivo se combine el procedimiento de mediación con el de arbitraje, o diversos supuestos de pactar por anticipado la obligatoriedad de sometimiento del bloqueo negocial a un arbitraje. En todo caso, a pesar de los incentivos por parte tanto de la normativa estatal como de los acuerdos interprofesionales a que los convenios colectivos introduzcan mecanismos eficaces de resolución de los escenarios de bloqueos negociales por la vía de la mediación y el arbitraje, lo cierto es que esas invitaciones a la negociación colectiva han sido muy marginalmente atendidas por las mesas de negociación. Al menos así se deduce de los resultados estadísticos ya indicados del escaso uso de los procedimientos autónomos a los efectos de la superación de los escenarios de bloqueo negocial. Y ello en absoluto se debe a que tales situaciones de bloqueo se produzcan de manera excepcional en nuestra práctica negocial, sino todo lo contrario; con el efecto añadido de que el bloqueo por su propia denominación y naturaleza no presenta fórmula alternativa al acuerdo entre las partes, lo sea directo o por vía de la mediación o indirecto por vía del arbitraje, de modo que la ausencia de canalización de los bloqueos por vía de los procedimientos autónomos no produce otra cosa que una indefinida parálisis de la negociación. De

ahí la necesidad de lograr la potenciación de que los interlocutores acudan la mediación y, en su defecto, al arbitraje allí donde se produzca un constatado bloqueo negocial, incentivando a que efectivamente se refuercen los compromisos al efecto dentro de los textos de los convenios colectivos. En todo caso, reiteramos, que en esta materia los frenos no derivan en modo alguno de las previsiones legales establecidas al efecto, sino exclusivamente dependen de la extensión en nuestro sistema de relaciones laborales de la cultura de la mediación y, en su caso, del arbitraje, extendiendo el convencimiento entre los negociadores de la bondad del sistema.

## **6. DESCUELQUE Y MODIFICACIÓN CONVENCIONAL**

La normativa específica sobre los descuelgues de los convenios colectivos va más allá de la mera inaplicación del convenio colectivo, pues implica adicionalmente fijar las condiciones de trabajo sustitutivas respecto de las que se venían aplicando hasta el momento presente. Por ello, se trata de una controversia singular, en la que se combinan elementos propios de los conflictos jurídicos con los correspondientes a los conflictos de intereses. Presenta la vertiente de conflicto jurídico en la medida en que se trata de comprobar la efectiva concurrencia de las causas justificativas previstas legalmente que facultan para la inaplicación convencional, al tiempo que presenta la perspectiva de conflicto de intereses en cuanto que se han de fijar en equidad las condiciones alternativas a las que regían hasta ese momento. Por ello, cualquier controversia en torno a tal materia presenta una dificultad acentuada, sin olvidar tampoco la trascendencia de la disparidad de intereses que se presenta en estos momentos tan críticos. Sin lugar a dudas incide sobre un momento especialmente delicado de la situación de la vida del convenio colectivo, sin desconocer el momento por el que puede pasar la empresa afectada. Desde el punto de vista jurídico afecta a un pilar básico de la configuración legal del convenio colectivo entre nosotros, por cuanto que incide sobre la eficacia vinculante del convenio colectivo y la alteración del equilibrio de condiciones de trabajo pactadas entre las partes en el momento de la firma del convenio colectivo. Ello explica que desde la introducción del procedimiento de descuelgue de convenios colectivos en nuestra legislación hace ya más de veinticinco años, a inicios de la década de los años noventa, ninguna de las respuestas dadas por el legislador y por la negociación colectiva haya logrado el consenso entre las partes; siempre ha sido una regulación especialmente discutida, cuando no rechazada cuando menos por uno de los interlocutores sociales, naturalmente desde posiciones diversas y, por tanto, con expectativas de regulación muy opuestas.

Especialmente controvertido ha sido el procedimiento de descuelgue establecido a partir de la reforma de 2012, tanto por lo que se refiere a las causas

justificativas como a la tramitación contemplada para el descuelgue. Posiblemente carezca de sentido a estas alturas resumir ese debate o volver sobre los aspectos más señalados de la discusión desarrollada tanto en el terreno doctrinal y judicial, como en el sindical y empresarial; carece sobre todo de sentido por cuanto que es algo ya suficientemente abordado, sobradamente conocido en todos sus elementos y, sobre todo, por cuanto que, a nuestro juicio, la regulación de la reforma de 2012 estuvo notablemente condicionada por el escenario de fuerte tensión durante los momentos más negativos de la precedente crisis económica. Dicho de otro modo, en estos momentos puede considerarse que, a pesar de que el descuelgue convencional debe ser un procedimiento de necesaria presencia en nuestro marco normativo de la negociación colectiva, independientemente del escenario coyuntural de crisis o de crecimiento del empleo, la fórmula vigente responde al momento concreto en el que se aprobó, por mucho que se presentó como una reforma de carácter estructural. De algún modo, todos eran conscientes de que la fórmula ideada de atribución a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos o a los órganos asimilados en las Comunidades Autónomas, de una importante responsabilidad final en el desenlace del procedimiento de descuelgue, constituía una fórmula heterodoxa, más allá del debate acerca de su constitucionalidad, que no casa en absoluto con las competencias y la funcionalidad propia de este organismo tripartito. Desde luego no casa con nuestro modelo ni de negociación colectiva ni de autonomía colectiva, un mecanismo de resolución de conflictos colectivos basado en el tripartismo, que sí puede ser más comprensible en algunos otros modelos nacionales, siempre singulares y basados en lógicas propias del corporativismo o neocorporativismo, abandonadas entre nosotros a partir de la instauración del actual modelo de relaciones laborales. Por ello, se ha dicho con razón que la intervención arbitral de la Comisión Consultiva “resulta disfuncional, correspondiendo celebrarlo a los procedimientos de solución extra-judicial o autónoma de los conflictos colectivos”<sup>34</sup>.

Puede entenderse que la precedente conclusión es de común aceptación en estos momentos, tanto por lo que refiere a la disfuncional intervención de la Comisión Consultiva y órganos homólogos de las Comunidades Autónomas, como sobre todo en cuanto a la idea de que el protagonismo por excelencia en la resolución última de estos conflictos debe corresponderles a los órganos derivados de los acuerdos interprofesionales reguladores de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos. Incluso puede deducirse que la propia regulación vigente contempla la posibilidad de que tales procedimientos asuman un papel destacado al respecto. Es cierto que ello requeriría como premisa la supresión del procedimiento arbitral encomendado a la Comisión Consultiva y

<sup>34</sup> Conclusiones del Grupo FIDE..., op. cit., pg. 1072.

órganos asimilados autonómicos, pues de lo contrario la mediación y el arbitraje de los procedimientos autónomos no aparecerían como la instancia última de intervención al efecto.

En todo caso, también debe resaltarse que lo anterior no constituye elemento suficiente. Prueba de ello es que, a pesar del apoyo por todos los interlocutores a los sistemas autónomos en estos conflictos, su intervención ha sido siempre residual, incluso en aquellas fases precedentes en las que no se contemplaba la intervención de la Comisión Consultiva y los homólogos órganos autonómicos. En definitiva, hay rémoras de mayor alcance que no acaban de propiciar un decisivo protagonismo de la mediación y del arbitraje voluntarios en estas controversias relativas al descuelgue convencional.

A tal efecto, sin necesidad de entrar en mayores detalles, podría afirmarse que las razones últimas son muy similares a las que concurren en el escaso uso de los procedimientos de mediación y arbitraje en los escenarios de bloqueo negocial. Por ello, entendemos que no mucho más se puede indicar respecto de la necesaria centralidad de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos en materia de descuelgue, más allá de trasladar aquí lo que se indicó y lo que se consideró necesario acometer para el caso de los bloqueos negociales.

Si acaso, merecería destacar que, en un escenario de desaparición de la intervención de la Comisión Consultiva y órganos autonómicos asimilados, podría adquirir especial relevancia la previsión contenida en el Estatuto de los Trabajadores, cuando se contempla como contenido necesario de cualquier convenio colectivo el establecimiento de “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo” (art. 85.3 c ET). Es significativo y debe llamarse la atención sobre el hecho de que, a pesar de tratarse de una materia contemplada desde tiempo atrás, aunque lo sea con diferentes redacciones, como contenido mínimo del convenio colectivo, en la práctica son muy pocos los convenios colectivos que atienden a ese mandato legal y, por añadidura, los pocos que contemplan reglas al respecto no pasan de meras declaraciones genéricas de voluntad de utilización de los procedimientos autónomos a los efectos de la resolución de conflictos colectivos, en ,uy escasas ocasiones proceden a establecer regulaciones específicas para los procedimientos de descuelgue empresarial; incluso cuando lo hacen no dejan de suscitar ciertas dudas de legalidad. Por ello, un primer paso necesario, aunque ciertamente no suficiente tampoco, sería que la autoridad laboral efectuase un control efectivo del cumplimiento del mandato legal a estos efectos, requiriéndoles a que atiendan

a completar la regulación convencional en los términos exigidos legalmente (art. 85.3 c ET).

## **7. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y PERÍODOS DE CONSULTA**

Respecto de la intervención en las discrepancias que se produzcan en las reestructuraciones empresariales (modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslado colectivo, transmisión de empresa, suspensión de la relación laboral por causas empresariales, despidos colectivos) y los períodos de consultas con los representantes de los trabajadores que se desarrollan como trámite previo a los mismos, incluidos los que se producen en las situaciones concursales, igualmente sería necesario analizar las razones determinantes de que se acuda de forma tan marginal a los procedimientos autónomos de resolución de conflictos, así como valorar las posibilidades de adoptar medidas adicionales de incentivo a los mismos.

Más allá de que en esta materia pueden existir causas similares a las que concurren en el caso de los bloqueos negociales, en este caso se presenta el elemento añadido de que la regulación actual no favorece que se utilice la mediación y, mucho menos, el arbitraje para canalizar una solución aceptable por las partes en conflicto. Desde luego no se puede desconocer que cuando se acentúa la opción por un modelo de flexibilidad no negociada, donde se le atribuye al empleador la facultad unilateral de adoptar las medidas de reestructuración empresarial, un escaso espacio se le puede ofrecer en la práctica a los procedimientos autónomos de resolución de conflictos. En todo caso, algunos elementos adicionales que obstaculizan el protagonismo que podrían tener mediación y arbitraje en estos conflictos deberían tomarse en consideración, al objeto de ponderar las posibilidades de contrarrestarlos.

En este ámbito en ocasiones pasa inadvertido que es en dos momentos bien diferenciados en los que puede producirse la intervención de los procedimientos atribuidos a los procedimientos autónomos: de un lado, en el curso del desarrollo del procedimiento de consulta con los representantes y antes de que el empleador adopte las medidas correspondientes; de otro lado, cuando el empleador ha adoptado las medidas y por vía de conflicto colectivo se procede a la impugnación de la decisión empresarial por entenderla no ajustada a derecho<sup>35</sup>. Por ser más precisos, la intervención en el primer caso aborda un conflicto de intereses, en tanto que la intervención en el segundo de ellos se refiere a un conflicto jurídico; no obstante,

<sup>35</sup> Para esta diferenciación de intervenciones, STS 22 de julio de 2015, rec. 130/2014, ECLI:ES:TS:2015:3433.

en el segundo caso su devenir puede no estar tan formalmente conectado con el objeto de la impugnación, por cuanto que en el seno del procedimiento autónomo las partes pueden acordar entrar en el fondo de la medida de reestructuración decidida por el empresario, de modo que estos (más allá de su legalidad o no) acepten modificar las medidas ya decididas por avenencia en mediación o por sometimiento a arbitraje. Complementariamente a ello, las partes intervinientes en el primer caso serían las mismas legitimadas para participar en el período de consultas, mientras que en el segundo caso serían las legitimadas para impugnar la decisión empresarial por el proceso especial de conflictos colectivos. La eficacia jurídica en el primer caso sería equivalente al del acuerdo entre las partes en el curso del período de consultas, en tanto que en el segundo caso sería asimilada a la de sentencia firme, salvo que en este segundo supuesto las partes abran paso a la posibilidad de reconsideración de las medidas ya acordadas en el sentido ya señalado, en cuyo caso se situaría más en el terreno de los efectos propios de un acuerdo en el período de consultas.

Respecto de la primera fase, el legislador de algún modo incentiva a los convenios colectivos a que incluyan en su clausulado procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas relativos a las medidas empresariales de reestructuración (art. 85.1 ET). No obstante, lo que da con una mano parece que lo quita con la otra, pues introduce algunas reglas en el régimen jurídico correspondiente que dificultan el juego de un mayor protagonismo de la mediación y el arbitraje en estos casos. En particular, en negativo, influyen sobre todo dos hechos acumulados.

De una parte, en estos casos parece que no entra en juego la obligatoriedad del sometimiento a la mediación en muchos supuestos prevista en los acuerdos interprofesionales para cuando la solicitud se produce por una de las representaciones, pues podría interpretarse que se trata de uno de los supuestos en los que la normativa estatal exige el acuerdo entre ambas partes. El escollo principal se encuentra en el hecho de que la regulación estatutaria en estos casos requiere que la sustitución del período de consultas por la mediación se produzca por acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores (arts. 41.4 p. 8; 40.2 in fine; 47.1 p. 12, 51.2 ET). Para el caso concreto de la mediación y el arbitraje en los procedimientos concursales, se requiere bien el acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores o su imposición por el Juez del concurso a instancia de una de las dos partes antes referidas (art. 176 Ley Concursal 2020). Ahora bien, si nos referimos en concreto a la actual regulación del acuerdo estatal, éste entrando en contradicción con la previsión legal, identifica como uno de los supuestos de obligatoriedad de la mediación por sometimiento de tan sólo una de las partes estos supuestos relativos a la superación de los desacuerdos entre las partes durante los períodos de consultas

(art. 13.7 p. 4 VI ASAC). La jurisprudencia, por su parte, sin advertir la posible contradicción entre lo previsto en la normativa estatal y lo contemplado en el ASAC, da por válido lo acordado en este último<sup>36</sup>.

De otro lado, quizás elemento más decisivo de todos, puede influir la reducida duración del período de consultas, que especialmente en los casos de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y de suspensión por causas empresariales se prevé de duración no superior a quince días (arts. 41.4 p. 1 y 47.1 p. 4 ET), de treinta días en el caso de los despidos colectivos de empresas de más de 49 trabajadores y quince en caso contrario (art. 51.2 p. 1 ET), sobre todo con la dificultad adicional de que el procedimiento de mediación o de arbitraje debe desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período (arts. 41.4 p. 8; 40.2 in fine; 51.2 ET). De ordinario, además, se entiende que el sometimiento a estos procedimientos no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la Ley (por todos, art. 13.4 p. 4 VI ASAC). A nadie se le escapa que un simple cómputo de los prolegómenos del periodo de consulta hasta constatar la ausencia de acuerdo directo entre las partes y los tiempos de tramitación de los procedimientos de mediación y arbitraje superan con creces los plazos establecidos en la legislación estatal para tales períodos de consulta.

Eso sí, a pesar de que la redacción en el texto legal es taxativa refiriéndose a que se trata de plazos máximos, la jurisprudencia ha dulcificado tales plazos, admitiendo que las partes son libres de pactar en cualquier momento por mutuo acuerdo la ampliación de tales plazos<sup>37</sup>. Con ello se ha hecho una lectura en el sentido de que tales plazos sólo tienen un alcance orientativo para las partes e imperativo si el empleador no quiere atender una solicitud de ampliación de los mismos efectuada por parte de la representación de los trabajadores. De este modo, resultaría perfectamente posible que las partes al mismo tiempo que inician un procedimiento de mediación y/o arbitraje procedan a acordar una ampliación de los plazos en los términos establecidos por el acuerdo interprofesional que resulte de aplicación. Eso sí, al propio tiempo la previsión legal, leída en sentido inverso, devalúa el efecto de la posible imposición de la mediación como obligatoria a solicitud de una sola de las partes, pues si la otra parte no acepta la ampliación de los plazos de tramitación de la mediación, esta deviene materialmente imposible en los términos que hemos referido anteriormente.

Respecto del segundo momento de intervención indicado (la impugnación de la decisión empresarial de reestructuración empresarial a la conclusión del

<sup>36</sup> Así, aunque lo sea *obiter dicta* y sin que el acceso a la mediación se haya producido sino en el otro momento de la impugnación, STS 22 de julio de 2015, rec. 130/2014, ECLI:ES:TS:2015:3433.

<sup>37</sup> De nuevo de manera implícita, STS 22 de julio de 2015, rec. 130/2014, ECLI:ES:TS:2015:3433.

período de consultas sin acuerdo entre las partes) también concurre una combinación de factores que, por su juego acumulado, provocan una significativa dificultad en la intervención de la mediación en estos casos: la presunta supresión de la obligación de la conciliación/mediación preprocesal en el caso de las decisiones relativas a impugnación de decisiones relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, unida a los perentorios plazos de caducidad de la acción de impugnación correspondientes.

En cuanto a la conciliación preprocesal/mediación preprocesal, nos encontramos que por un lado la regulación de la modalidad procesal aplicable al caso, el proceso de conflictos colectivos, exige de manera inexcusable el sometimiento al trámite preprocesal (art. 156.1 LRJS). Sin embargo, al propio tiempo, la regulación general sobre los trámites preprocesales cuando contempla las excepciones del requisito de la conciliación o mediación extrajudicial incluye los procesos que versen sobre “modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (art. 64.1 LRJS) y, adicionalmente, también se excluyen por la regulación del proceso especial de impugnación de despidos colectivos (art. 124.5 LRJS). A tenor de ello, y específicamente por lo que se refiere a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la jurisprudencia viene concluyendo que el art. 64.1 LRJS establece una excepción a la regla general contemplada en el art. 156.1 LRJS, de modo que interpreta que para las impugnaciones de las decisiones empresariales sobre modificaciones, aunque se acuda al proceso de conflictos colectivos no es precisa la conciliación/mediación preprocesal<sup>38</sup>. Desde el punto de vista de los procedimientos autónomos podríamos interpretar que nos encontraríamos, pues, en uno de los supuestos en los que es preciso el acuerdo entre las partes para acudir a la mediación extrajudicial antes de acudir a la impugnación judicial. Ha de destacarse que el hecho de que la norma no contemple como obligatoria la mediación preprocesal no significa que esta no pueda desarrollarse por acuerdo entre las partes; no es obligatoria pero es posible cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, lo que concurre sin lugar a dudas en este caso, en cuyo caso se contempla que se suspende el plazo de caducidad (art. 64.3 LRJS).

Eso sí, cuando no se alcanza el acuerdo entre las partes, entra en juego inexorablemente la segunda regla que anunciamos, la relativa a la caducidad de

<sup>38</sup> STS 9 de diciembre de 2013, rec. 85/13, ECLI:ES:TS:2013/6540; 16 de septiembre de 2014, rec. 251/13, ECLI:ES:TS:2014/44143; 16 de diciembre de 2014, rec. 263/13, ECLI:ES:TS:2014/45658. No obstante, en sentido contrario, considerando la mediación requisito preprocesal en estos casos, STS 22 de julio de 2015, rec. 130/2014, ECLI:ES:TS:2015:3433.



la acción. Ha de tenerse en cuenta que en los casos de impugnación de las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones rige un plazo de caducidad perentorio de veinte días, plazo que se computa desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización del período de consultas (art. 59.4 ET)<sup>39</sup>. De este modo, la jurisprudencia interpreta que en estos casos no se suspende el plazo de caducidad por la interposición de la conciliación previa al no ser ésta preceptiva<sup>40</sup>.

Como última alternativa en estos casos, de hecho aceptada por la jurisprudencia, sería viable que al mismo tiempo que se presenta la impugnación dentro del plazo de caducidad antes señalado, una de las partes iniciase el procedimiento de mediación extrajudicial. En esa hipótesis, de un lado, no podría rechazarse la admisión de la impugnación pues se hace dentro de plazo y no es necesario agotar la conciliación preprocesal; de otro lado, si en paralelo la mediación se tramita y se alcanza acuerdo entre las partes, la avenencia adquiere toda su eficacia jurídica y provoca por efecto derivado el archivo de los autos por desaparición del objeto del proceso.

## **8. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES<sup>41</sup>**

### **8.1. Viabilidad de los procedimientos autónomos para los conflictos jurídicos**

Las previsiones legales sobre esta materia respecto de los conflictos individuales son muy escasas, casi puntuales<sup>42</sup>. Por añadidura, esa escasa regulación en materia de conflictos individuales se percibe inicialmente dirigida en esencia al desarrollo de los procedimientos administrativos de conciliación y mediación como vía preprocesal, con atención secundaria a los procedimientos autónomos. De este modo, su enfoque ha sido el de abordar en exclusiva los conflictos de naturaleza jurídica (arts. 63 ss. LRJS). Por ello, vamos a centrarnos en los conflictos jurídicos individuales, sin mención alguna a los conflictos de intereses.

La regulación establecida al efecto prevé la posibilidad de que los procedimientos extrajudiciales de resolución de los conflictos se canalicen alternativamente bien por la vía de procedimientos administrativos o bien a través de los

<sup>39</sup> STS 12 de noviembre de 2015, rec. 182/2014, ECLI:ES:TS:2015/5528.

<sup>40</sup> STS 9 de diciembre de 2013, rec. 85/13, ECLI:ES:TS:2013/6540.

<sup>41</sup> Con más extensión, J. Cruz Villalón, Los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales individuales, en Revista Galega de Dereito Social nº 6, 36 páginas, 61-96 (2018) <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal>

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que no resultan aplicables a los conflictos laborales ni la Ley 5/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de mediación en asuntos civiles y mercantiles, art. 2.2, ni la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE 26 de marzo), de arbitraje, art. 1.4.

procedimientos autónomos establecidos por los acuerdos interprofesionales. La normativa presta su mayor atención a aquellas discrepancias para las que se exige el intento de conciliación-mediación previo al proceso laboral, dando la impresión de que constituyen la regla general. Sin embargo, en la práctica, se convierte en la excepción, dado el número tan elevado de excepciones a la imperatividad del procedimiento (art. 64.2 LRJS).

Desde luego, respecto de los supuestos excluidos de la conciliación/mediación como trámite preprocesal, hay supuestos en los que por su propia naturaleza se entiende que no es posible la transacción entre las partes, por lo que habría que entender que queda vedado el sometimiento a procedimiento alguno de conciliación o mediación preprocesal. Ello se entiende que sucede sobre todo cuando el litigio a plantear, en su caso, ante el orden social de la jurisdicción no se verifica a través de la aplicación de normas sustantivas de Derecho Privado, sino en aplicación de normas administrativas conforme a las cuales la Administración interviene en su posición tradicional de *imperium*. En otros términos, cuando la Administración actúa en el ejercicio de potestades administrativas en el sentido estricto del término. Dicho de otro modo, cuando a través del orden social se canaliza un proceso contencioso-administrativo y no de orden jurídico privado. En resumen, en todos los supuestos precedentes ha de concluirse que no sólo se excluye de la obligatoriedad de la conciliación, sino por propia esencia de la posibilidad del sometimiento voluntario a tales procedimientos de solución extrajudiciales.

En segundo lugar, aparecerían aquellos conflictos en los que, sin existir un impedimento por propia esencia del sometimiento a la conciliación-mediación preprocesal, la norma excluye la obligatoriedad del procedimiento preprocesal, que por tanto implican el posible sometimiento voluntario a tales procedimientos (art. 64 LRJS)<sup>43</sup>. Complementariamente a la normativa procesal, el Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales establezcan procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la resolución de conflictos individuales derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91.4 ET, en relación con el apartado 2 del mismo artículo). Para tales supuestos el precepto expresamente contempla que dichos procedimientos se establecen sobre la premisa de que “las partes expresamente se sometan a ellos”, por lo que ha de interpretarse que con ello la norma igualmente excluye un mecanismo de obligatoriedad en el sometimiento a los mismos.

<sup>43</sup> Cfr. STS 16 de diciembre de 2014, rec. 263/2013, ECLI:ES:TS:2014:5658.

A la luz de todo lo anterior, ha de resaltarse que cabe acudir a estos procedimientos establecidos por vía de los acuerdos interprofesionales, cuando no se establezca como obligada la vía preprocesal, siempre que la naturaleza del conflicto sea susceptible de avenencia, con el requisito de que se acceda voluntariamente y de común acuerdo entre las partes, en cuyo caso se suspenderán los plazos de caducidad y se interrumpirán los de prescripción (art. 64.3 LRJS).

En todos estos casos en los que se excluye la obligatoriedad, pero sí se admite el sometimiento voluntario por las partes, ha de interpretarse que los correspondientes preceptos se están refiriendo a la voluntad de los directamente afectados por el conflicto individual, por tanto, el concreto empleador y trabajador en cuestión. En sentido contrario, ha de entenderse que esa voluntad no puede ser sustituida por el acuerdo adoptado por los representantes sindicales y empresariales en el momento de pactar el correspondiente acuerdo interprofesional que introduce los procedimientos autónomos respecto de los conflictos individuales.

Por lo demás, al no establecer ninguna restricción expresa al efecto, puede entenderse que esa manifestación individual de voluntad de sometimiento previo a la conciliación-mediación no sólo se puede producir de manera expresa y para cada concreta discrepancia que surja entre las partes en caliente. De un lado, para estos asuntos siempre cabe la expresión de voluntad implícita, en caliente, articulada cuando una de las partes acuda al procedimiento, si la otra parte lo acepta acudiendo al acto de intento de avenencia, se entiende que se ha manifestado su consentimiento. Pero, además, estimamos igualmente posible un pacto '*ante tempus*' de compromiso en frío, por medio de cláusula específica en contrato de trabajo a través de la cual las partes se obligan a acudir para algunos concretos asuntos o para todos aquellos en los que rige la voluntariedad a tales procedimientos extrajudiciales de resolución de los conflictos.

Finalmente, de manera residual para el resto de los conflictos jurídicos individuales no relacionados previamente (ni como exceptuados ni como voluntarios) rige la regla general de sometimiento obligatorio al trámite previo preprocesal de conciliación-mediación. Eso sí, respecto de este tipo de asuntos, se detecta que en este tipo de conflictos el desarrollo de la tramitación preprocesal resulta en la práctica cuasi mecánica, aunque lo sea de signo diverso. Mecánica en el sentido de que el conciliador o mediador apenas tiene margen práctico para desarrollar efectivamente su función principal de tercero que propicia la posible avenencia entre las partes: en las más de las ocasiones, las partes acuden al trámite preprocesal con la posición a adoptar prácticamente cerrada y con muy escasas posibilidades de influencia en el acercamiento o no de las partes respecto de lo que es su posición inicial.

## 8.2. La implementación por parte de los Acuerdos interprofesionales

Aunque los procedimientos autónomos se centran inicio en la resolución de los conflictos colectivos, en el ámbito autonómico en algunos casos han incorporado a los conflictos individuales en mayor o menor medida<sup>44</sup>. El primer asunto a estos efectos es si la introducción del procedimiento autónomo se contempla como obligatorio, o bien se permite opcionalmente acudir al sistema de conciliación/mediación en sede administrativa. La normativa estatal a estos efectos ha provocado un cierto debate, al contemplar que el procedimiento preprocesal de resolución de los conflictos jurídicos individuales se articule alternativamente bien a través de conciliaciones-mediaciones en sede administrativa o bien canalizado a través de vías autónomas establecidas por medio de los acuerdos interprofesionales. Ahora bien, ese carácter alternativo puede ser concebido de dos formas bien diferentes: puede ser alternativo en el sentido de permitir que el interesado opcionalmente elija en cada caso a través de que canal (administrativo o autónomo) efectúa el intento de avenencia, o puede ser excluyente de modo que en un territorio rige un sistema administrativo o autónomo, sin perjuicio de que en este último caso la distribución se realice según materia. Tres hipótesis interpretativas cabía a estos efectos en sede teórica para el caso de que los acuerdos interprofesionales procedan introduzcan el procedimientos autónomo: 1) los acuerdos interprofesionales asumen a todos los efectos la gestión de los procedimientos de conciliación-mediación, provocando necesariamente una supresión en este ámbito del servicio administrativo que venía funcionando hasta el momento; 2) los acuerdos interprofesionales pueden declararse como la vía alternativa única en su ámbito de aplicación, sustituyendo a todos los efectos a la conciliación administrativa, canal este útil que se mantendría sólo en el caso de que el acuerdo interprofesional optase por un criterio limitado de materias para los que funciona el procedimiento autónomo, pero remitiendo a la vía administrativa sólo los asuntos que no son competencia del procedimiento autónomo; en esta segunda hipótesis queda a la voluntad de los negociadores sustituir o decidir mantener como compatible y simultánea la conciliación administrativa, opción que quedaría negada por la primera hipótesis; 3) los acuerdos interprofesionales pueden asumir la gestión de los procedimientos de conciliación-mediación, pero sin capacidad para suprimir el servicio administrativo, que debe pervivir en todo caso. A tenor de lo anterior se abrió un cierto debate judicial y doctrinal acerca de las posibilidades que admitía o vedaba la normativa estatal: o una asunción por los procedimientos autónomos necesariamente compatible con la pervivencia de los servicios administrativos en todo caso, o bien dejar a los interlocutores

<sup>44</sup> En estos momentos son los casos de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla y León, Islas Baleares, La Rioja, Navarra y País Vasco.

sociales decidir si desean establecer un sistema de compatibilidad o de sustitución a todos los efectos. A nuestro juicio, la segunda de las opciones es la que resulta más apropiada para la previsión legal y la lógica de la autonomía colectiva y a nuestro juicio con todo fundamento es la que finalmente ha acogido nuestro Tribunal Supremo<sup>45</sup>.

### **8.3. El juego de la prescripción y caducidad como factores desincentivadores**

El legislador procesal no ha ponderado los efectos que el juego de la prescripción y la caducidad de las acciones puede producir de desincentivo indirecto que ello puede llegar a provocar sobre la potencial eficacia de los procedimientos autónomos de evitación del proceso. La estricta exigencia de la voluntad conjunta de ambas partes cuando el trámite preprocesal no es obligado, puede provocar efectos de prescripción o de caducidad de la acción cuando es una sola de ellas la que pretende iniciar el trámite de conciliación-mediación, pues una actitud de pasividad de la otra parte puede desembocar en la imposibilidad sucesiva de la interposición de la demanda por haber prescrito o caducado la acción.

El modo como regulan este aspecto los Acuerdos interprofesionales es variado, consistiendo cuando se trata de conciliaciones-mediaciones voluntarias bien en que la iniciación del trámite haya de ser desde su inicio por voluntad conjunta de ambas partes, bien en permitir la iniciación del procedimiento por una de las partes presumiéndose el mutuo acuerdo implícito cuando la otra concurre a la citación para intentar la avenencia. A nuestro juicio, con una interpretación finalista del precepto y en aras de atender al objetivo fundado de evitar el proceso por vía del intento de avenencia, ambas fórmulas han de tenerse por válidas. No obstante, lo más importante a nuestro juicio reside en los inconvenientes derivados de ambos sistemas. En el primer caso, en la práctica viene a quedar a voluntad del empleador (de manera generalizada el demandado) la decisión de aceptar o no la propuesta del trabajador, mientras que, en el segundo caso, el trabajador al iniciar el procedimiento asume el riesgo de que no comparezca el empleador, con lo cual no se interrumpe la prescripción ni se suspende la caducidad, con lo cual puede ver posteriormente imposibilitada la interposición de la demanda.

Una solución práctica frente a lo anterior podría consistir en la interposición de la demanda simultáneamente al inicio del procedimiento de conciliación-mediación. De este modo, quedaría conjurado el riesgo de la prescripción o caducidad de la acción para el caso de que la parte empresarial no acepte la propuesta de tramitación voluntaria del intento de avenencia vía procedimiento autónomo, al mismo tiempo que si se alcanza avenencia siempre sería con carácter previo al

<sup>45</sup> STS 30 de julio de 2020, rec. 196/2018, ECLI:ES:TS:2020:2818.

acto de juicio y si hay transacción entre las partes decae la acción interpuesta por medio de la demanda.

En todo caso, siempre sería más conveniente llevar a cabo algún tipo de reforma legal, que busque una fórmula de equilibrio, en la que se pondere tanto la conveniencia del mantenimiento de la voluntariedad de la conciliación-mediación como requisito preprocesal, como también no se obstaculice la posibilidad de diseñar con eficacia los sistemas de solución autónoma que eviten una excesiva e innecesaria judicialización de los conflictos individuales.

Así, la norma podría contemplar el mantenimiento de la voluntariedad, pero estableciendo que la decisión unilateral de iniciación del mismo por parte del trabajador produce la interrupción de la prescripción y la suspensión de la caducidad, sin que este efecto se haga depender de la voluntad del empleador, pero sin tampoco obligar al mismo a comparecer en el acto de conciliación-mediación. A la postre, el que puede resultar perjudicado por una nunca amplia dilación del proceso debido es el posible demandante, es decir, el trabajador, de modo que si este prefiere intentar la conciliación no hay fundamento para obstaculizarlo, ni siquiera porque ello afecte levemente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

#### **8.4. Consideraciones acerca de los arbitrajes individuales**

Muy escasa es la atención prestada a los procedimientos de arbitraje individual. Debe recordarse que la Ley de arbitraje no es de aplicación a los arbitrajes laborales<sup>46</sup>, mientras que la normativa laboral apenas contempla regulación específica sobre esta materia. La única norma laboral existente al respecto, lo es de carácter general para todo tipo de conflictos, sean colectivos o individuales, jurídicos o de intereses, se trata de una norma bastante desfasada por cuanto que remite a órganos e instancias administrativos y judiciales ya desaparecidos y, lo más importante, queda como residual pues va referida exclusivamente a los arbitrajes administrativos y sin contemplar en nada la hipótesis de su diseño por parte de la negociación colectiva, con todo lo cual introduce más confusión que claridad jurídica<sup>47</sup>.

No obstante, tampoco se detecta ninguna norma laboral o procesal que expresamente prohíba la celebración de arbitrajes en relación con los conflictos laborales individuales. La regla general a estos efectos es que allí donde las partes puedan transar es lícito que sometan el asunto a un procedimiento arbitral. En

<sup>46</sup> Art. 1.4. Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE 26 de marzo), de arbitraje.

<sup>47</sup> Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

la medida en que la transacción está admitida en un procedimiento de conciliación-mediación, ha de interpretarse que todos estos supuestos son susceptibles de sometimiento a arbitraje vía procedimiento autónomo, más aún cuando los mismos se presumen vienen rodeados de superiores garantías frente a posibles renunciaciones a derechos reconocidos por normas estatales o convencionales indisponibles. Más aún, la propia normativa procesal, cuando establece las pocas reglas relativas al arbitraje laboral, lo hace de manera genérica respecto de cualquier tipo de arbitraje, sin referirse exclusivamente a los de carácter colectivo, por tanto, implícitamente abarcando también a los individuales (arts. 2.º h, 23.4, 64, 65, 68, 236 LRJS; art. 33.8 ET). Incluso hay momentos en los que la normativa se refiere de manera expresa a la posibilidad de dictar laudos arbitrales resolutorios de conflictos individuales, con expresa apelación a que éstos puedan derivar de procedimientos establecidos por los acuerdos interprofesionales de establecimiento de los procedimientos autónomos (art. 68.2 LRJS y art. 91.5 ET).

Eso sí, poca atención específica se le presta en los mencionados acuerdos interprofesionales. Los mismos se limitan, sin regulación específica alguna, a admitir que para aquellas materias para las que se prevé que su ámbito de aplicación se extiende a los conflictos individuales, los mismos son susceptibles tanto de sometimiento a los trámites de conciliación-mediación como a los de arbitraje. Lo más llamativo de los Acuerdos interprofesionales, es que estos procedan a establecer una regulación genérica de la tramitación del procedimiento arbitral, sin establecer especialidad alguna para cuando se trata de arbitrajes individuales. Así se detectan como reglas comunes a todos los arbitrajes lo relativo al modo de adopción de acuerdo voluntario de sometimiento al arbitraje; los sujetos legitimados para solicitar el arbitraje; la formalización del arbitraje; la actuación de los árbitros, incluida la tramitación del procedimiento arbitral, de sus plazos, así como la eficacia del laudo arbitral.

Conviene llamar la atención sobre el riesgo en el que se incurre con esta ausencia de previsión. Teniendo en cuenta la más que reducida experiencia existente hoy en día en materia de arbitrajes laborales individuales, los acuerdos interprofesionales deberían ser más cautos, intentando regular la materia con mayor precisión y con prevención frente a posibles usos desmedidos del procedimiento, en detrimento de lo que se debe fomentar por excelencia que son los procedimientos de conciliación-mediación y respecto de los arbitrajes poner el punto de atención sobre todo en los dirigidos a resolver conflictos colectivos.

En todo caso, la normativa vigente ofrece las pautas suficientes como para tener el esqueleto básico del desarrollo del arbitraje laboral en relación con los conflictos individuales.

Para empezar, sometiéndose con carácter general al principio voluntarista, la

legislación procesal los contempla a partir de la previa necesidad del compromiso arbitral entre las partes. Eso sí, ha de entenderse que dicho compromiso ha de adoptarse caso por caso en el momento en el que surja cada concreta discrepancia entre las partes. En la medida en que la transacción se ha de realizar por conflicto específico y en caliente, en sentido contrario no es posible un pacto general o por anticipado el frío de sometimiento de los conflictos jurídicos individuales a solución arbitral, pues estaría en juego una posible renuncia de derechos en la medida en que se afectaría directa y generalizadamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Además, la normativa procesal establece específicamente la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción por la suscripción de un compromiso arbitral, de modo que en estos casos el cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral; de interponerse un recurso judicial de anulación del laudo, la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte. Igual efecto se producirá aun cuando en el procedimiento arbitral se apreciase la incompetencia, reanudándose el cómputo de la caducidad desde la firmeza de la resolución que pusiera fin al arbitraje (art. 65.3 LRJS).

Al laudo se le otorga valor de título ejecutivo, en términos similares al de una sentencia. De este modo, expresamente se contempla que se equiparan a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales igualmente firmes, individuales o colectivos, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores (art. 68.2 LRJS).

### **8.5. Efectos jurídicos e impugnación de avenencias y laudos**

La normativa procesal precisa con la suficiente precisión los efectos jurídicos atribuidos a las avenencias y laudos, que son comunes con independencia de que se trate de procedimientos autónomos o logrados en otra sede. Tal precisión hace innecesario que nos detengamos en el comentario e interpretación de las reglas en cuestión. En concreto, la regla general común consiste en atribuirle a avenencias y laudos idéntica eficacia a una resolución judicial, gozando por tanto del valor equivalente a título ejecutivo (art. 67 LRJS).

Igualmente, claras son las reglas relativas a la impugnación judicial de las avenencias y laudos, de modo que tampoco requieren mayor comentario al respecto: las avenencias se impugnan mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad (art. 67 LRJS), mientras que para los arbitrajes se sustanciarán por los trámites del procedimiento



ordinario, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas (art. 65.4 LRJS).

Finalmente, por lo que se refiere a las previsiones en los acuerdos interprofesionales, tanto por lo que se refiere a la eficacia como a la impugnación de avenencias y laudos, ha de destacarse que las reglas precedentes tienen el carácter de normas de orden público y de derecho necesario. Dicho de otro modo, los acuerdos interprofesionales no pueden contener regla alguna sobre estos aspectos, ni siquiera en términos de matización o complemento. En la práctica suelen reproducir lo establecido legalmente, pero resultaría más oportuno que no fijasen nada o, a lo más, se limitasen a remitirse sobre el particular a lo previsto en la normativa estatal.