

LA CONCILIACIÓN PRUD'HOMALE: DEL MITO A LA REALIDAD*

GILLES AUZERO

*Maître de conférences de la Université Montesquieu Bordeaux IV
COMPTRASEC UMR 5114 Francia*

EXTRACTO

El autor se encarga del estudio del papel de los Tribunales de *prud'hommes* existentes en Francia, su actuación en la solución de las diferencias que oponen a las partes en un conflicto. El estudio, entre otras cosas, valora la decadencia de la fase previa de conciliación, las causas que lo determinan a pesar de la pervivencia de una fuerte vocación conciliadora de la jurisdicción *prud'homale*. Por otro lado, el autor analiza las otras vías sustitutivas de la conciliación *prud'homale*, así como las medidas que podría adoptarse con vistas a revitalizar la fase previa de la conciliación en los conflictos laborales individuales.

* Traducido por Sonia Fernández Sánchez

ÍNDICE

1. Introducción

2. El fin del mito: la conciliación *prud'homale* como zona de “no derecho”; 2.1. La conciliación: una actividad regulada; 2.2. La conciliación: un acto que cierra la vía judicial

3. La confirmación de una realidad: la decadencia de la conciliación *prud'homale*; 3.1. La erosión de la fase previa de conciliación; 3.2. La sustitución de la conciliación por la mediación judicial

I. INTRODUCCIÓN

La conciliación *prud'homale* se enfrenta a una muy fuerte paradoja que, en la actualidad, resulta banal aclarar. En efecto, mientras que en Francia se encuentra de moda todo lo que se refiere al tratamiento no jurisdiccional de los litigios, como lo atestigua, por lo que refiere al Derecho de Trabajo, la aparición reciente de mediadores de toda especie¹, la conciliación *prud'homale* no cesa de declinar. Esta paradoja se afianza por el hecho que esta declive de la conciliación *prud'homale* tiende a confirmarse, mientras que la conciliación en general continúa siendo objeto de la atención del legislador, pero también y, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, no es del todo cierto que esta intervención del juez produzca los efectos obvios y veremos, al contrario, que es natural que se produzca el abandono de los *justiciables* de la conciliación *prud'homale*.

El Consejo *prud'homale*, cuya competencia está, en principio, limitada a los conflictos individuales nacidos del contrato de trabajo, es ante todo una jurisdicción dirigida a la conciliación. En efecto, así como lo indica de manera clara el artículo L. 511.1 del Código de Trabajo, la jurisdicción *prud'homale* soluciona las diferencias por la vía de la conciliación y no juzga más que en caso de fracaso de dicha búsqueda de un acuerdo². El intento de conciliación es, pues, la primera fase, obligatoria, de la instancia *prud'homale*. Por tanto, y en teoría, un proceso *prud'homale* que no tenga presente esta obligación debe ser declarado nulo. Sin embargo, esta no es la regla, el Tribunal Supremo se ha orientado hacia una regularización, cada vez más amplia, de la fase previa de conciliación olvidado. Esta reserva, sobre la cual volveremos más adelante, comprenderá sólo la fase previa de conciliación que se presenta como la esencia misma del Consejo de *prud'hommes* y con un carácter de orden público.

De otro lado, es importante subrayar que la conciliación *prud'homale* no constituye una excepción en nuestro sistema jurídico. En efecto, el Libro primero del nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC, en adelante), consagrado a las «disposiciones comunes a todas las jurisdicciones», contiene un título sexto denominado «la conciliación», que se abre con el artículo 127 disponiendo que “las partes pueden conciliarse, por ellas mismas o a iniciativa del juez, a lo largo de toda la instancia”³. Sin embargo, en virtud del artículo R. 516.0

¹ MOIZARD, N.: «Un retour en grâce des médiateurs?», Dr. soc., 2002, p. 325.

² Artículo L. 511-1.1^{er} del Código de Trabajo: «Los consejos de *prud'hommes*, jurisdicciones electivas y paritarias, reglan a través de la vía de la conciliación las diferencias que se puedan dar con ocasión de todo contrato de trabajo sometido a las disposiciones del presente Código entre los empresarios, o sus representantes, y los trabajadores a su servicio. Juzgan las diferencias con respecto a las cuales la conciliación no ha obtenido resultado».

³ Precisamos que la instancia se define como la fase de un proceso constituida por una sucesión de actos procedimentales, iniciando con el acto introductorio de instancia y terminando con el juicio (Diccionario del vocabulario jurídico, bajo la dirección de R. Cabrillac, Litec, 2002).

del Código de Trabajo, las disposiciones generales recogidas en el NCPC, en sus artículos 127 a 131, no deben ser tenidas en cuenta en relación con las disposiciones específicas establecidas en materia *prud'homale*. El procedimiento *prud'homale* se opone así a la regla general y facultativa de conciliación, sustituyéndola por la conciliación *prud'homale* en una fase previa obligatoria, que no puede ser confiada a una tercera persona, pues sólo el juez puede llevarla a cabo. La conciliación es obligatoria, pues, para el juez *prud'homal* antes que el caso sea presentado ante el Tribunal. Aparte de ello, además de la conciliación obligatoria, la conciliación es posible a lo largo de toda la instancia. Puede, así, ser realizada por la oficina judicial e igualmente por los consejeros, como ante la instancia judicial (réfères).

De este modo podemos valorar toda la importancia de la vocación conciliadora del Consejo de *prud'hommes*, inicialmente concebido como una verdadera justicia de paz del trabajo⁴. Esta inclinación a la conciliación subsiste tanto en los textos como en el espíritu, los consejeros *prud'hommes* subrayan la importancia de la conciliación en su conjunto, tanto se trate de los representantes de los empresarios como de los trabajadores. Incitar a las partes a un acuerdo, tal sería su primera vocación. Sin embargo, los hechos son testarudos y demuestran que hay una cierta fosa entre las proclamaciones y otras peticiones de principio y los resultados concretos de la vocación conciliadora precedentemente evocada. En efecto, actualmente menos del 10% de los asuntos, en los interviene los consejos de *prud'hommes*, concluyen con una avenencia de la conciliación⁵. Sin embargo, esta cifra debe ser valorada con mucha precaución, pues en la misma sólo se contabilizan los procesos verbales de conciliación propiamente dichos. Ahora bien, como veremos más adelante, ésta no es la única fórmula posible para una conciliación que iniciarse frente al Consejo de *prud'hommes* y que no tenga que concluir en la vía judicial propiamente dicha. El fracaso de la conciliación es patente, de forma que la fase de conciliación tiene hoy en día como principal efecto alargar la duración de la instancia.

El aspecto más sorprendente de todo esto parece residir en el número extremadamente pequeño de conciliaciones con relación a los acuerdos amistosos que se producen a lo largo de la instancia, desde luego difícilmente cuantificable de manera precisa, pero en todo caso relativamente importante. También, por iconoclasta que pueda parecer, este fracaso de la conciliación *prud'homale* parece residir esencialmente en el hecho de que no se trata propiamente hablando de un modo alternativo de solución de los conflictos. En efecto, si por un modo alternativo se entiende un tratamiento de situaciones de conflicto, y de litigios en particular, a través de un medio distinto a una intervención judicial del Estado y conforme al Derecho de éste⁶, nos parece que tal no es el caso de la conciliación *prud'homale*. Es verdad que esta última no podría ser descrita como una solución jurisdiccional por actuación de un juez público. Pero no podría ocultarse que en materia de conciliación obligatoria, el ambiente se asemeja mucho a un proceso, siendo imposible solucionar el conflicto en esta fase conforme a criterios de equidad, pues necesariamente han de aplicarse reglas de Derecho. El Tribunal Supremo lo ha recordado recientemente una sentencia de capital importancia de 28 de marzo de 2000⁷. Esta proscrito de esta conciliación obligatoria todo

⁴ A. Cottureau, «Les Prud'hommes au XIXe siècle: une expérience originale de pratique du droit»: *Justices*, 1997, n.º 8, p. 9.

⁵ Para un estudio profundizado, aunque un poco antiguo, sigue siendo de actualidad, Ph. Clément, A. Jeammaud, E. Serverin y F. Venin, «Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux»: *Dr. soc.* 1987, p. 55.

⁶ *Vid.*, en este sentido, J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2002, § 1075.

⁷ Cass. soc., 28 mars 2000: *Dr. soc.* 2000, p. 661, obs. M. Keller; *D.* 2000, p. 537, note J. Savatier.

acuerdo que no se someta a las reglas de Derecho, en cuyo caso hemos de preguntarnos si debe aún extrañarnos el fracaso y declive de esta conciliación. La respuesta es sin ninguna duda negativa. Y se comprende entonces la promoción de la mediación judicial, la que se admitirá como un verdadero modo alternativo de solución de los conflictos, al menos en el espíritu de sus defensores.

En definitiva, nos parece que este panorama es correcto, porque a partir de ahora se ha terminado definitivamente con el mito de la conciliación obligatoria como zona de “no Derecho”, que por este lado incluso confirma la realidad de la decadencia de esta.

2. EL FIN DE UN MITO: LA CONCILICACIÓN *PRUD’HOMALE* COMO ZONA DE “NO DERECHO”

Por conciliar se entiende el hecho de poner de acuerdo, de inducir a entenderse a las personas con opiniones e intereses dispares⁸. Tal es, fundamentalmente, la misión del intento de conciliación. Así lo indicaba ya una vieja circular ministerial de 1796: “los miembros del órgano de conciliación no deben perder de vista la finalidad de su institución, (...) son simples mediadores, que no tienen otra misión más que la de evitar (...) el proceso al que las partes se encuentran amenazadas. Sus funciones, puramente conciliadoras, hacen desaparecer por completo su presunto carácter de jueces (...) que se guarden pues de sustituir el peso, siempre peligroso, de su propia opinión frente a la libre voluntad de cualquiera de las partes; que no se instituyan como árbitros de la controversia, si las propias partes no los convierten en tales (...)”⁹. Estas recomendaciones conservan aún hoy todo su valor, aunque deben ser bien comprendidas.

Así, como ha indicado el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de marzo de 2000, “la conciliación, fase obligatoria de la instancia *prud’homale*, es un acto judicial que implica una participación activa del órgano de conciliación para la búsqueda de un acuerdo entre las partes que preserve los derechos de cada una de ellas”. El Tribunal Supremo señala a continuación que “este acto no puede ser válido más que si el órgano de conciliación ha cumplido su función habiendo verificado, principalmente, que las partes estaban informadas de sus derechos respectivos”. Esta motivación demuestra, de manera relativamente clara, que la conciliación *prud’homale* no puede efectuarse de cualquier forma, sino que debe, al contrario, hacerse con el respeto de algunas reglas. Más precisamente, se encuentran así precisadas la misión del juez conciliados y el análisis que conviene hacer del proceso verbal de conciliación. Ello mismo confirma la distinción entre la actividad de conciliación y el acto de conciliación resultante, que analizamos inmediatamente a continuación¹⁰.

2.1. La conciliación: una actividad regulada

Considerada como actividad, la conciliación ha sido poco estudiada por las obras especializadas que prefieren concentrarse sobre su resultado¹¹. Es verdad que el mismo Código

⁸ Definición propuesta por el *Petit Robert*.

⁹ A. Cottureau, *op. cit.*, p. 15. El autor renvía a una Circular de 26 26 Brumaire an V, citada por Boncenne, 1828, *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, E.-P.-J. Catineau, t. I, p. 294.

¹⁰ Distinción propuesta por Ph. Clément, A. Jeammaud, E. Serverin y F. Vennin, en «Les règlements non juridictionnels des litiges *prud’homaux*», *op. cit.*

de Trabajo apenas se refiere a la cuestión. Sólo el artículo R. 516.13 menciona que el órgano de conciliación escucha a las partes en sus explicaciones y “se esfuerza por conciliarlas”. El Tribunal Supremo, fundándose en esta norma, afirma que el órgano de conciliación debe participar de manera activa en la búsqueda de un acuerdo entre las partes. Esta precisión apenas se presta a discusión, en tanto que es evidente. Pero la sentencia de 28 de marzo de 2000 va más allá de esta recomendación, le otorga otro sentido y con ello una importancia considerable.

En efecto, según el Tribunal Supremo, el acuerdo en el que puede desembocar la conciliación ha de preservar los derechos de cada una de las partes. En consecuencia, el alto Tribunal afirma que este acto no puede ser válido más que si el órgano de conciliación ha cumplido su función, “habiendo verificado, principalmente, que las partes estaban informadas de sus derechos respectivos”. Tal parece ser el papel mínimo del órgano de conciliación: informar a las partes de sus derechos, con el fin de que éstas no se comprometan a la ligera. Sin embargo, el trabajador no había obtenido como contrapartida de su desistimiento más que las sumas que le eran de todas formas debidas. El Tribunal Supremo aprueba, por tanto, la decisión del Tribunal de apelación que a su vez había señalado que los jueces conciliadores no habían cumplido su función.

La función del juez conciliador es esencialmente pedagógica. No le corresponde solucionar el litigio, sino que debe indicar que en la situación que le han sometido, el empresario actúa conforme a Derecho de tal forma, mientras que el trabajador tiene el derecho de invocar tal garantía, o de reclamar tal prestación. En otros términos, el acuerdo buscado se puede alcanzar en la ignorancia, sino en la transparencia. Tal como resalta un autor, “la fase previa de conciliación no puede ser la búsqueda de un compromiso cojo, apartado de la regla de Derecho, fundado sobre no se sabe qué equidad”¹². La sentencia comentada mejor podría recordar que si la conciliación es un modo de solución no jurisdiccional, no puede ser un modo de solución no jurídico¹³.

El órgano de conciliación debe aconsejar a las partes sobre sus específicos derechos, con el fin de que el acuerdo que pueda resultar de la conciliación sea equilibrado. Esta exigencia comporta varias consecuencias. Demuestra, en primer lugar, que la conciliación no es una zona de la regla de “no Derecho”, sino que al contrario una avenencia sólo puede ser alcanzada con respeto a las reglas de Derecho. En segundo lugar, implica que los consejeros prud'homaux disponen de una sólida formación jurídica como para poder informar eficazmente a las partes sobre sus derechos respectivos. Ahora bien, y la crítica comienza aquí a pesar, apenas es necesario subrayar que tal formación no siempre está a la altura de las circunstancias, no obstante los esfuerzos que se realizan. Existe en esto un obstáculo material de entidad en la aplicación de la regla enunciada por el Tribunal Supremo. Además, podemos preguntarnos ¿Cómo podría proceder el órgano de conciliación a la información de las partes sobre sus derechos, mientras que es el proceso judicial que pone fin al conflicto el que determinará la existencia y la magnitud de estos derechos? ¿Debemos entonces

¹¹ *Vid.*, por ejemplo la obra de referencia de J. Villebrun y G.-P. Quéant, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3^{me} éd., 1998.

¹² M. Keller, *op. cit.*, p. 63.

¹³ M. Keller, *ibid.*

considerar que la conciliación tiende aquí a convertirse en una especie de “pre-juicio”? Si tal es el caso, no podemos hacer otra cosa que afirmar que el ambiente en el que se desarrolla la conciliación se asemeja notablemente al proceso judicial propiamente dicho.

El Tribunal Supremo, guardián de la aplicación del Derecho, se ha negado a tener cuenta estas obligaciones y obstáculos materiales para afirmar que la misión del juez conciliador es, en primer lugar, la de aconsejar a las partes. Y conviene tener presente el espíritu de que, lejos de ser una simple regla de conducta, esta regla se convierte en una exigencia de fondo, puesto cuando se produzca un incumplimiento por parte de los conciliadores de informar a las partes de sus derechos respectivos, se verificará una nulidad del procedimiento verbal de conciliación.

2.2. La conciliación: un acto que cierra la vía judicial

En caso de éxito de la conciliación, es decir, en caso de acuerdo sobre todos los aspectos de la demanda inicial, incluso aquellas introducidas a lo largo de la audiencia, se desemboca en el documento de avenencia. Este último debe mencionar el tenor del acuerdo alcanzado por las partes. Debe ser firmado, por tanto, después de haber sido releído por las dos partes personalmente o por sus representantes. Esta conciliación se llama “total”, por oposición a la conciliación “parcial”, limitada a uno o varios aspectos de la demanda, las partes siguen en desacuerdo sobre las otras. En este caso, el documento de avenencia los aspectos de la demanda que se concilian y los que quedan sin conciliar.

Para las reclamaciones que se concilian, el documento de avenencia comporta las mismas consecuencias que si hubiera tenido lugar una conciliación total. Hasta fecha reciente, era clásico considerar, a este propósito, que el documento de avenencia ponía fin a la instancia *prud’homale*, lo que excluía que el Consejo de *prud’hommes* pudiera tratar de una manera o de otra de los aspectos de demanda conciliadas¹⁴. El Tribunal Supremo había juzgado que ningún recurso puede interponerse contra una conciliación¹⁵. Sólo parecía abierto a los *justiciables* que deseaban atacar el contenido del documento de avenencia, el pesado procedimiento de falsedad documental frente al Tribunal de primera instancia, prevista en los artículos 303 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Civil. Este clásico esquema es puesto en duda por la decisión del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000, sobre la cual será preciso volver.

Tal como hemos dicho brevemente en párrafos anteriores, el Tribunal Supremo admite que la validez de una avenencia de conciliación puede ser atacada por una nueva acción frente al Consejo de *prud’hommes*, siempre que no se cumplan las condiciones de validez de la avenencia. Estas son dos. La primera, ya anunciada, reside en la exigencia de una información a las partes sobre sus derechos respectivos por parte del conciliador. La segunda condición se refiere menos al acto como fruto de la actividad conciliadora del juez, que al acto en sí¹⁶. Este acto, que procede de la voluntad de las partes, debe ser analizado como una convención, o bien como un contrato. Como tal, se somete a las condiciones de validez de toda

¹⁴ J. Villebrun y G.-P. Quéant, *op cit.*, pp. 395-396.

¹⁵ Cass. soc., 15 décembre 1971: Bull. civ. V, p. 737; Ass. plén., 4 juillet 1997: Dr. soc. 1997, p. 978.

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, M. Keller, *op. cit.*, p. 663.

convención y singularmente a la teoría de los vicios del consentimiento. Tal habría podido ser el camino seguido al respecto y que ha dado lugar a la sentencia de 28 de marzo de 2000. Así, el trabajador habría podido invocar un error, en ausencia de información sobre sus derechos. Sin embargo la sentencia ha preferido situarse en el terreno de la causa. En efecto, considerando que el contenido de la avenencia de conciliación es idéntica a una transacción, era indispensable que a la concesión del trabajador correspondiese una concesión del empresario; en ausencia de ésta el desistimiento no tenía contrapartida, y por tanto carecía de causa. El Tribunal Supremo ha aprobado este trámite: el Tribunal de apelación habiendo resaltado la ausencia de contrapartida al desistimiento del trabajador, había resuelto que el acuerdo la avenencia alcanzada era nula por esta simple razón.

Evidentemente, no podemos evitar acercarnos a esta solución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las exigencias impuestas a los jueces en la búsqueda de las concesiones recíprocas necesarias para la validez de esta convención¹⁷. La sentencia de 28 de marzo de 2000 procede así a una identificación de las condiciones del acuerdo de conciliación con las correspondientes a la transacción.

En definitiva, la solución aportada por el Tribunal Supremo deja un sentimiento agríndice. Conforme a la misma nos parece fundamental que un acuerdo no se realice al margen del Derecho, lo que supone que debe proibirse la solución en equidad. No obstante, se debe reconocer que esta solución es poco favorable al desarrollo de la conciliación ¿Es ello inevitable? Se puede, en efecto, interpretar que si el papel de la conciliación ha sido, desde el principio, lograr la paz, “este tipo de justicia carismática tiende a ejercerse mal, ya que las reglas de Derecho son numerosas”¹⁸. Será, en todo caso, gracias al Tribunal Supremo que ha sido posible proteger al trabajador frente a una renuncia por su parte de los derechos que le corresponden, conforme a la legislación de orden público, aun cuando tendremos que lamentar que tal criterio sea poco favorable al desarrollo de la conciliación que se realiza por el procedimiento “*prud'homale*”¹⁹, lo que no hace, a fin de cuentas, sino confirmar la realidad de la decadencia de la conciliación *prud'homale*.

3. LA CONFIRMACIÓN DE UNA REALIDAD: LA DECADENCIA DE LA CONCILIACIÓN *PRUD'HOMALE*

La decadencia de la conciliación obligatoria es patente y las estadísticas lo demuestran. Así, podemos afirmar que, hoy en día, menos del 10% de los asuntos presentados frente al Consejo *prud'homale* se saldan con una avenencia de conciliación²⁰. Tal cifra no es suficiente, sin embargo, para poner en duda el fomento de la conciliación en el procedimiento *prud'homale*, entendiendo que es preciso tener presente que la avenencia en conciliación no es la única forma de expresarse esta voluntad conciliadora. Conviene, en efecto, subrayar,

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, Cass. soc., 27 mars 1996: Bull. civ. V, n.º 124; Dr. soc. 1996, p. 741, note H. Blaise; Cass. soc., 6 avril 1999: RJS 5/99, n.º 662.

¹⁸ A. Supiot, «Le déclin de la conciliation *prud'homale*»: Dr. soc. 1985, p. 225.

¹⁹ Conviene sin embargo, no alejarse de todo realismo, en el sentido que esta solución nos parece en práctica constituir más una regla de conducta para los jueces *prud'homaux*, que un cortafuegos, un «hilo» en la dirección de los trabajadores que reconocería demasiado fácilmente los derechos que les corresponden por la ley.

²⁰ A título de elementos de comparación, se puede señalar que en 1811, por 1000 asuntos registrados, 747 han sido conciliados en despacho particular. En 1980, este número era de 105. Cfr. A. Cottereau, *art. prec.*, tableau p. 14.

con otros autores²¹, que el número de allanamientos o de desistimientos en la instancia no son más que el resultado de una conciliación que, para efectuarse fuera de la sede judicial, con frecuencia habrá sido iniciada por el juez. Este “desplazamiento” de la conciliación fuera de la conciliación *prud’homale* constituida a este efecto, evidentemente no está exento de significado. Así, como ya hemos dicho, la explicación principal parece encontrarse en la prevalencia de la regla de Derecho en el seno mismo de la fase previa de conciliación. No debe, a partir de ahora, asombrar que algunos preconicen un recurso a la mediación judicial, deseando sin duda que éste sea el medio de permitir un recurso a la equidad bajo la protección de un tercero que no será el juez. En otros términos, frente a la erosión de la fase previa de conciliación corresponde una promoción de la mediación judicial.

3.1. La erosión de la fase previa de conciliación

La erosión de la fase previa de conciliación obligatoria es la consecuencia de una multiplicidad de factores, algunos de los cuales ya han sido analizados. Parecen derivar de informaciones más sociológicas que escapan de la competencia del jurista. Así, por ejemplo, de la inutilidad de la intervención de los profesionales del derecho durante el proceso *prud’homal* o incluso de la existencia de posibles estrategias sindicales. La decadencia de la conciliación *prud’homale* parece también ser tributaria de la “judicialización” de la jurisdicción *prud’homale*, traduciéndose, principalmente, ya lo hemos subrayado, en la integración de la fase obligatoria de conciliación en el proceso judicial propiamente dicho, llevada a cabo por el Decreto de 12 de septiembre de 1974. El órgano de conciliación se ha visto así dotado de poderes jurisdiccionales que le apartan de su vocación puramente conciliadora²². Incluso si todos los aspectos de la demanda que inician la fase procesal propiamente dicha deben ser objeto del intento de conciliación, se dispensarán de esta fase previa las demandas reconventionales presentadas por el defensor, así como las demandas nuevas (C. trabajo, art. R. 516-2). Por otro lado, la formación *prud’homal*, cuyo éxito es considerable, no está subordinada a ningún intento de conciliación previa, puesto que se trata de una instancia distinta²³.

Sin embargo, algunas precisiones no deben hacer pensar que la conciliación no sería fomentada por el legislador francés. Bien al contrario, las normas dejan entrever que se confía en una conciliación de las partes. Así, el artículo R. 516.27 del Código de Trabajo considera la posibilidad de una conciliación ante la oficina judicial, mientras que en virtud de los artículos R. 516.23 y 24 del mismo cuerpo legal, el consejero instructor puede igualmente conciliar a las partes. Además, es necesario constatar que la solución amistosa goza de una prioridad declarada de la fase *prud’homale*, al menos en la letra y el espíritu de los textos.

Si volvemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede renunciarse a un sentimiento agrídulce que ha conducido a considerar que esto apenas es favorable al desarrollo de la conciliación *prud’homale*. Podemos, por supuesto, considerar que algunas soluciones manifiestan la preocupación de nuestra jurisdicción suprema por revalorizar la conciliación

²¹ Ph. Clément, A. Jeammaud, E. Serverin y F. Venin, *op. cit.*

²² Art. R. 516-18 del Código de trabajo.

²³ Esto no significa que un acuerdo no pueda ser constatado entre las partes.

previa²⁴. Tal parece ser el caso de la jurisprudencia que prescribe que ninguna transacción puede ser válidamente concluida entre el empresario y el trabajador, antes de dar cumplimiento al procedimiento de despido, de forma que la solución amistosa del litigio sólo pueda efectuarse cuando el consejo de prud'hombres interviene en la fase de conciliación entre las partes²⁵. Esta jurisprudencia nos parece, sin embargo, que tiene poco peso frente a las decisiones previstas en la comentada de 28 de marzo de 2000, respecto de la que hemos podido constatar su carácter tan nocivo para un resurgimiento de la conciliación *prud'homale*²⁶.

Igualmente, podemos sentar en el banco de los acusados a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite de manera cada vez más amplia la regulación de la fase previa de conciliación obligatoria. Así, si, en el caso de que se haya desarrollado un asunto sin dar cumplimiento a la fase previa de conciliación, la oficina judicial subsana esta omisión a lo largo del procedimiento, invitando a las partes a explicarse sobre el fondo del asunto, el Tribunal Supremo considera que ha desaparecido cualquier perjuicio desde el momento en que se ha producido la reparación en lugar de inadmitir a trámite la demanda²⁷. La Sala de lo social va aún lejos, puesto que considera la subsanación de la conciliación como una obligación, incluso en la fase de la apelación. Un Tribunal de apelación, por consiguiente, no puede declarar la nulidad de un procedimiento prud'homal por el solo motivo de que no se ha dado cumplimiento a la fase previa de conciliación, de igual forma que el Tribunal Supremo establece la obligación del juez de apelación de proceder él mismo a un intento de conciliación antes de resolver sobre el fondo del asunto²⁸. No se puede negar que esta jurisprudencia certifica la decadencia de la conciliación previa. Sin embargo, y así como lo ha afirmado un autor, no se pone en duda el carácter de orden público de la conciliación, sólo el carácter previo de esta, que ya no existe²⁹.

En fin de cuentas, la fase previa obligatoria de la conciliación ha experimentado una erosión profunda tanto de hecho como de derecho, que no pone para nada en duda la vocación conciliadora de la jurisdicción *prud'homale*, también reafirmada tanto por la ley como por la jurisprudencia, a la que están vinculados los magistrados prud'homaux. Siendo así, lo que nos parece sintomático de una evolución, es el desplazamiento de la conciliación que se calificará “de institucional” hacia una conciliación mucho más informal. La explicación más racional de este desplazamiento parece encontrarse en la preeminencia de la norma jurídica durante la fase previa de la conciliación obligatoria, preeminencia recordada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2000.

Esta sentencia, redefiniendo el intento de conciliación, tiene tal trascendencia que permite, incluso cuando la conciliación se salde con un fracaso, la presentación de un asunto y

²⁴ *Vidn*, en este sentido, G. Chabot, «Remarques sur la vocation conciliatoire des juridictions prud'homales»: D. 2002, chron., p. 2140.

²⁵ Cass. soc., 29 mai 1996: D. 1997, p. 49, note J.-P. Chazal. *Vid.*, pero a propósito de un trabajador protegido: Cass. soc., 3 avril 2001: JCP E 2002, p. 34, note C. Puigelier. Se puede avanzar, de forma más provocante, que si la transacción era pura y simplemente prohibida, aquella podría reforzar la conciliación.

²⁶ *Contra*, G. Chabot, *op. cit.*, p. 2141.

²⁷ Cass. soc., 18 nov. 1998: Bull. civ. V, n° 507, RJS 1/99, n.° 97.

²⁸ Cass. soc., 12 déc. 2000: Bull. civ. V., n.° 422.

²⁹ D. Boulmier, «Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale: id ou déni de justice?», Dr. ouvrier 2002, p. 185.

la formulación precisa de las pretensiones de las partes. Un verdadero proceso podrá comenzar ante el juez de instancia, mientras que con demasiada frecuencia no comienza más que ante el Tribunal de apelación³⁰. En todo caso, esto conduce a reafirmar que la conciliación obligatoria asume el aspecto de un proceso, sin tener tal naturaleza.

3.2. La sustitución de la conciliación por la mediación judicial

Conforme los términos del artículo L. 131.1 del nuevo CPC, “el juez encargado de un litigio puede, después de haber admitido a trámite la demanda de las partes, designar una tercera persona con el fin de escuchar a las partes y de confrontar sus puntos de vista para permitirle encontrar una solución al conflicto que les opone”. Esta disposición siendo de aplicación general, se debe interpretar que es aplicable en toda la jurisdicción cualquiera que sea el orden correspondiente, sea en materia civil, mercantil, social, rural o *prud’homale*, en primera instancia o en apelación, incluido el juez de *référé*. Parece, por consiguiente, que la mediación puede ser efectuada en los conflictos individuales de trabajo. No obstante, tal afirmación merece serias reservas o, al menos, de importantes precisiones.

En primer lugar, parece evidente que el órgano de conciliación no podría designar un mediador que llevara a las partes a alcanzar un acuerdo negociado, a pesar de la generalidad del artículo L. 131.1 del nuevo CPC. La obligación de un intento previo de conciliación sería, en efecto, se producirá en muy pocas ocasiones.

Por contra, cuando la conciliación se produzca ante la oficina judicial son admisibles más dudas. En primer lugar, se puede indicar que la designación de un mediador por la oficina judicial exigiría una composición paritaria del órgano de conciliación y, por tanto, debería estar excluida dicha mediación. En segundo lugar, y sobre el fundamento del artículo L. 511.1 del Código de Trabajo —que dispone, recordémoslo, que “los consejos de *prud’hommes* solucionan a través de la conciliación las diferencias que pueden suscitarse con ocasión de todo contrato de trabajo (...). Juzgan las diferencias respecto de las que no tiene éxito la conciliación”—, se puede indicar que, para los consejos de *prud’hommes*, no existen otras vías de solución de los conflictos que la conciliación *prud’homale* o el procedimiento *prud’homal*. Estaría, por consiguiente, excluida la conciliación y la mediación judicial delegadas a una tercera persona. El artículo L. 511.1 establecería un régimen distinto del derecho común.

Estos argumentos no carecen de importancia. No son suficientes para excluir todo recurso a la mediación judicial ante el órgano de la jurisdicción *prud’homale*. Siendo así, suponiendo que tal trámite fuese permitido, es fundamental señalar que ese modo de solución de las diferencias individuales no podría constituir una nueva zona de no derecho, abandonada a la equidad. Un autor, preocupado por preservar al trabajador contra toda renuncia intempestiva a los derechos que le atribuye la ley, ha podido, de manera convincente, demostrar que la mediación judicial podría eludir la exigencia de orden público³¹. Esta loable preocupación parece haber sido hasta ahora atendida por el Tribunal Supremo, en la medida en que ha extrapolado la solución adoptada por la Sala de lo social en su decisión de 28 de marzo de 2000.

³⁰ En este sentido, M. Keller, *op. cit.*, p. 663.

³¹ Ch. Radé, «L’ordre public social et la renonciation du salarié», *Dr. soc.* 2002, p. 931.

En efecto, en la medida en que la conciliación no es más que la especie de un género más amplio, se puede considerar con fundamento que si la conciliación o la mediación resultan de la intervención de un tercero designado por el juez con el acuerdo de las partes, con base en el artículo L. 131.1 del nuevo CPC, los criterios contenidos en la sentencia objeto de estudio se impondrán a fortiori. Debería, por tanto, declararse nulo el acuerdo por el cual el trabajador no obtuviera ninguna contrapartida a cambio de su compromiso, con obligación para el juez de informar, por adelantado, a las partes sobre sus derechos específicos. Esta solución, que nos parece imponerse, relegaría en el limbo otra vez toda veleidad de recurso a la equidad.

En suma, debemos confesar que no somos favorables, tratándose al menos de los litigios individuales, a recurrir a la mediación judicial frente al juez *prud'homal*. Pues, no vemos en qué forma este modo alternativo de solución de los litigios presentaría una ventaja segura sobre la fase previa de la conciliación obligatoria. Se podría, desde luego, indicar que en materia de mediación se produce la designación de un tercero, lo que aleja un poco al justiciable del Tribunal y del contexto del proceso, que se ha podido manifestar en materia de conciliación *prud'homale*. Este argumento nos parece, sin embargo, de poco valor si se tiene en cuenta el hecho de que la mediación judicial, como su nombre indica, se hace bajo el amparo del juez.

Otro argumento, sin duda menos confesable, consistiría en decir que la mediación judicial es un medio cómodo de eludir la vinculación de la norma y de favorecer una vuelta a la equidad. Pero, tal como hemos indicado, los criterios formulados por la sentencia de 28 de marzo de 2000 nos parecen que deben ser aplicados a la mediación, igual que los principios de Derecho procesal³². En otros términos, mediación y conciliación deberían recibir el mismo tratamiento, en la medida en que se les calificara como de carácter jurisdiccional.

La conclusión de todo esto podría consistir en la idea de que, contrariamente a lo que a veces se piensa, los modos de solución alternativa de los litigios no son sinónimos de recurso a la equidad, evidentemente desde que el juez es llamado a intervenir en la materia, directa o indirectamente. Y es preciso entonces concluir, como epílogo, que “el recurso a otros lugares o actos de solución puede ser libremente practicado, y todo puede ser convenido, a condición de que los protagonistas sean igualmente tratados allí y ¡qué ninguno de ellos haya optado por un consejo de *prud'hommes!*”³³.

³² *Vid.*, en este sentido, G. Chabot, *op. cit.*, p. 2143.

³³ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., 2002, p. 1192, nota 5.