

LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE: PERFILES GENERALES EN MATERIA DE DERECHOS*

GIANNI LOY

*Catedrático de Derecho de Trabajo
Universidad de Cagliari (Italia)*

EXTRACTO

Entre los modelos de solución extrajudicial de conflictos laborales de carácter individual, se señala que el intento de conciliación es obligatorio como requisito prejudicial. El intento puede llevarse a cabo ante la Dirección Provincial de Trabajo, en sede sindical o, asimismo, en sede judicial. El arbitraje, en cambio, goza de una escasa difusión en Italia, debido a la existencia de una cultura tradicionalmente desfavorable; sin embargo, en los últimos años, sobre todo, gracias a una modificación del Código de Procedimiento Civil, el instituto del arbitraje, confiado a la negociación colectiva, aparece de tal forma incentivado. El objetivo del Gobierno actual, visto que el arbitraje no puede ser obligatorio según el artículo 24 de la Constitución, es el de consentir que pueda ser adoptado conforme al criterio de la equidad. El autor defiende que la difusión de estos instrumentos, justificada por la exigencia de reducir la carga judicial, pone en discusión la indisponibilidad de los derechos: las conciliaciones, en efecto, no son más que renunciaciones o transacciones de derechos que la ley considera indisponibles. En cuanto al arbitraje, el autor se plantea si puede o no existir un laudo adoptado conforme a criterios de equidad que no sea conforme a la disciplina legal en materia de derechos derivados de la relación laboral.

* Traducido por Sonia Fernández Sánchez

ÍNDICE

1. **Introducción. Los cambios en el Derecho de Trabajo entre “reformas” y “restauración”**
2. **Los diferentes institutos**
3. **La ausencia de una regulación estatal en materia de conciliación y arbitraje ante conflictos de carácter colectivo**
4. **La conciliación de los derechos individuales: modalidades, sedes y eficacia de la conciliación; 4.1. La conciliación administrativa; 4.2. La conciliación sindical; 4.3. La conciliación judicial**
5. **La reciente evolución del intento de conciliación: cómo un instituto facultativo se ha convertido en obligatorio; 5.1. El carácter extrajudicial del intento de conciliación; 5.2. Las modalidades de reconocimiento de ejecutividad de la avenencia; 5.3. La importancia asumida por el comportamiento de las partes**
6. **La naturaleza de la conciliación entre “mediación” y “transacción”**
7. **El arbitraje. La anomalía italiana entre arbitraje típico y arbitraje atípico; 7.1. La reciente evolución del instituto arbitral: Conciliación y arbitraje en las sanciones disciplinarias; 7.2. Recientes tendencias en materia de arbitraje; 7.3. La impugnación del laudo arbitral y su ejecutividad**
8. **Conciliación, arbitraje y proceso laboral; 8.1. Los principios inspiradores del proceso laboral; 8.2. El intento de conciliación y la duración del proceso laboral**
9. **El debate en curso y las perspectivas de ulteriores cambios**
10. **Algunas valoraciones acerca de la actual disciplina y la perspectiva de sucesivas modificaciones**
11. **¿Por qué las formas extrajudiciales de solución de los conflictos en materia laboral, salvo que no sean impuestas, no pueden conseguir el resultado querido?**
12. **La irrelevancia del sistema de impugnabilidad del laudo con el fin de una mayor difusión del arbitraje**
13. **El tema real es la modificación de uno de los principios generales del Derecho del Trabajo: la inderogabilidad**

1. INTRODUCCIÓN. LOS CAMBIOS EN EL DERECHO DE TRABAJO ENTRE “REFORMAS” Y “RESTAURACIÓN”

De entre los temas llamados a escena, en la Italia post-garantista de los últimos años, ocupa un puesto relevante el relativo al sistema de solución extrajudicial de conflictos laborales. La conciliación y el arbitraje son institutos ciertamente conocidos por el mundo del trabajo; el sindicato nunca ha escondido su propensión a otorgar importancia a su presencia en el ámbito laboral, convirtiéndose en un agente activo para la solución de las controversias de carácter individual en materia de trabajo mediante instrumentos intraempresariales.

Sin embargo, en el período post-constitucional, se ha afirmado una cultura, sostenida por normas jurídicas, que prefiere confiar al juez la solución de las controversias en materia laboral. De otra parte, los trabajadores italianos se han sentido tradicionalmente mejor tutelados por el juez.

A partir de los primeros años de la década de los noventa, sin embargo, se ha fortalecido cada vez más el impulso hacia el reforzamiento de instrumentos alternativos, en concreto la conciliación y el arbitraje. Estos, no obstante, no se han consolidado, al menos hasta

ahora, de manera significativa, debido a la permanencia de una cultura hostil a atribuir a otros sujetos aquel papel de tutela, tradicionalmente realizado por el juez. Sin embargo, algo ha cambiado en los últimos años y las perspectivas son que se produzcan nuevas modificaciones importantes en un inmediato futuro.

A la proyectada modificación de los institutos de solución extrajudicial de las controversias de trabajo se le atribuye el nombre de reforma. El Gobierno, en Italia, anuncia y defiende un vasto programa de reformas en el ámbito del Derecho de Trabajo, pero la acepción “reforma” ya no tiene el significado que históricamente venía dado a las medidas invocadas, durante la historia del movimiento obrero y sindical, ni la acepción, también histórica, referida a los grandes movimientos, alude a la edad de las reformas, en la segunda mitad del siglo XVIII, caracterizada por las “reformas” exactamente de los soberanos europeos iluminados.

En la actualidad, el término conserva sólo su significado literal de cambio (propuesto o realizado) de una situación existente para adecuarla a nuevas y diversas exigencias. Pero, cuando en el mundo laboral esto significa la supresión de las tutelas conquistadas por un movimiento cultural político y de opinión (se piensa, en Italia, a la reforma del Estatuto de los Trabajadores y a las tutelas que giran alrededor de la misma) sería técnicamente más exacto hablar de Restauración o de Contrarreforma, como correctamente viene definido, por ejemplo, el movimiento renovador en el interior del mundo católico que, en el siglo XVI se opuso a la reforma protestante.

Se entiende, por consiguiente, más adecuado dar la denominación de “cambio” o “modificación” a los procedimientos que, en no pocos casos, simplemente reintroducen en el Derecho de Trabajo institutos análogos a aquellos que el ordenamiento conocía antes de las “reformas” del siglo pasado y que, en algunos aspectos, evocan el retorno, *mutatis mutandis*, a la ideología del *laissez-faire* típica del siglo precedente.

Antes de describir el sistema italiano y las perspectivas de reforma, es oportuno brevemente presentar los institutos de referencia, institutos que, en esencia, son comunes a los sistemas entre los cuales se encuentra la negociación colectiva.

2. LOS DIFERENTES INSTITUTOS

El término “conciliación” en una tipología teórica de las formas de solución de una controversia (sea o no judicial) es un término de carácter general: acoge tanto las hipótesis en las cuales autónomamente las partes alcanzan un acuerdo, como aquellas en las cuales el acuerdo es “propiciado” por la intervención de un tercero (independientemente del hecho que este sea una persona, una Comisión o un organismo judicial). En tal sentido, la conciliación puede ser, o no ser, el efecto de una actividad de mediación. Más aún, cuando la mediación tiene éxito se alcanza una conciliación entre las partes, cuando la mediación no alcanza el resultado, entonces no se alcanzará ninguna conciliación.

El término conciliación, por otro lado, se presta a más de un significado. Así, puede ser una conciliación entendida como “acto”, o una conciliación entendida como “actividad”; la iniciativa puede asumirse autónomamente por las partes o por un tercero como recuerda Jeammaud¹. En fin, cuando la conciliación es entendida como acto que manifiesta un acuer-

¹ JEAMMAUD: “La Médiation dans les différends du travail en droit français”, Quaderni di Diritto del Lavoro, 1993, p. 193.

do, si las partes con ello disponen de sus derechos, representa en realidad una transacción. Según los casos, por consiguiente, el derecho conecta diversos efectos conforme a aquello que el genérico término “conciliación” efectivamente comporta.

Más unívoca es la definición de “mediación”, que consiste en la actividad de un tercero, para favorecer el alcance de un acuerdo entre los contendientes, según opinión de algunos autores, como Eckoff², tomando en consideración sus propios intereses. En la mediación, el tercero nunca tiene el poder de decidir sobre el contenido de la controversia, ya que ésta se resolverá sólo a resultas de un acuerdo libre entre las partes.

La mediación puede asumir diversas formas o intensidad: el tercero puede ser una persona o un órgano colegiado; el tercero o, en su caso, el órgano colegiado puede ser elegido por las partes o impuesto por la ley o el convenio colectivo; la mediación puede ser efectuada por un privado o por un juez; y el juez que se encarga de la mediación podría ser el mismo que, en caso de no llegar a un acuerdo, impusiera después la decisión vía sentencia³; el mediador o los mediadores, en fin, pueden estar dotados de fuertes poderes, pueden formular una propuesta de acuerdo, o se les puede encargar un servicio concreto. Todo esto, sin embargo, resulta coherente con la definición de mediación propuesta. El legislador italiano, por otro lado, no utiliza el término mediación, sino que bajo un perfil exquisitamente técnico-jurídico, entiende que la mediación (no obstante, la importancia de los procedimientos y de los poderes confiados al mediador y, por tanto, de la eventual idoneidad para estimular el acuerdo entre las partes) no puede considerarse un instituto autónomo respecto de la conciliación, en cuanto se trata siempre y exclusivamente de una manifestación de la voluntad de las partes para determinar el efecto de conciliación.

Para el arbitraje, por último, no subsisten particulares problemas de definición. Se trata de una decisión sobre el contenido del conflicto que las partes aceptarán de forma voluntaria o porque se vean obligadas (por ejemplo, por la norma que estableciese el carácter obligatorio, para las partes, del laudo arbitral). Decisión que no necesita de acuerdo entre las partes y que puede ser más o menos impugnada. Es oportuno aclarar que el árbitro puede decidir o sobre la base de la interpretación de la norma o bien según equidad. No es indiferente, sin embargo, el hecho de que la decisión del árbitro se asuma con la primera o con la segunda modalidad apuntadas.

3. LA AUSENCIA DE UNA REGULACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE ANTE CONFLICTOS DE CARÁCTER COLECTIVO

El sistema sindical italiano, caracterizado por una fuerte autonomía de las organizaciones sindicales, de los procesos de negociación colectiva y de las modalidades de conflictos colectivos, a diferencia del o que ha sucedido en otros sistemas, incluido el francés y el español, siempre ha conseguido evitar cualquier forma de regulación estatal sobre los conflictos de intereses (*disputes of interest*).

² ECKOFF: “Il mediatore, il giudice e l’amministratore nella soluzione dei conflitti”, en *La teoria funzionale del diritto*, A. Giansanti y V. Pocar, Unicopli, Milano, 1983, p. 172.

³ Así, por ejemplo, en Alemania, donde el juez que presenta una propuesta a las partes es el mismo que, en caso de no ser aceptada, decidirá sobre el conflicto. Sobre el tema, ZACHERT, U.: “Mediation and arbitrage Jurisdiction in Germany”, en http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/may/conciliation_en.html

En los últimos años, sin embargo, en parte por la actuación de la normativa europea, se han introducido cláusulas relativas al intento de conciliación. Entre las más relevantes encontramos las que se refieren al despido colectivo o a la huelga en los servicios públicos esenciales. Pero, a partir de la década de los setenta, la autonomía colectiva ha diseñado sistemas de relaciones colectivas caracterizadas por la concertación que, a veces, preveían incluso el recurso al arbitraje. Signos evidentes de tal orientación, en términos más generales y con particular referencia a las cláusulas de paz sindical de los conflictos, aparecen en el Acuerdo marco confederal de 1993, que ha rediseñado la estructura del sistema contractual italiano.

Las peculiaridades de este sistema son objeto de un específico tratamiento⁴. A estos efectos se puede resaltar que, a pesar de dichas medidas, en Italia no se ha verificado una regulación estatal de la conciliación, mucho menos del arbitraje, en las controversias colectivas, aunque las prácticas de mediación en los conflictos colectivos, tal y como se verá, se encuentran ampliamente difundidas a partir de las últimas décadas del siglo pasado.

4. LA CONCILIACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES: MODALIDADES, SEDES Y EFICACIA DE LA CONCILIACIÓN

Para comprender cuál es el significado de la regulación relativa a los institutos de conciliación en Italia, es necesario tener presente que el artículo 2113 del Código Civil dispone que “las renunciaciones y las transacciones que tengan por objeto derechos del trabajador derivados de normas mínimas establecidas por ley o por la negociación colectiva [...] no son válidas”, a menos que se produzcan en una de las tres fases expresamente indicadas por el legislador. El legislador italiano establece, por consiguiente, expresamente, tres institutos de conciliación, uno en el ámbito del procedimiento judicial, otro confiado a la negociación colectiva y otro aplicado por estructuras del Ministerio de Trabajo de carácter local. Sólo si las conciliaciones se alcanzan en una de dichas sedes, las renunciaciones y transacciones serán válidas aun cuando tengan por objeto derechos inderogables establecidos por ley o convenio colectivo.

4.1. La conciliación “administrativa”

Las Comisiones de Conciliación vienen constituidas en cada provincia. Están presididas por el director de la Dirección Provincial de Trabajo o por uno de sus delegados, compuestas por cuatro representantes efectivos y por cuatro suplentes por parte de la patronal y por un número igual de representantes de las organizaciones sindicales. Los miembros se designan por las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito nacional. Por otro lado, para la validez de las reuniones es necesaria la participación de, al menos, un representante empresarial y un representante de los trabajadores.

La Comisión, recibida la petición por parte del trabajador, que puede ser presentada también a través del sindicato, convoca a las partes dentro de un plazo de diez días para intentar la conciliación. Nada más se precisa con relación a la forma de proceder de la Comisión, sólo se señala que se trata de un mero intento de conciliación.

⁴ *Vid.*, en este número, MASTINU, E.: “La disciplina italiana en materia de prevención de las controversias y conflictos colectivos intersindicales en la perspectiva europea”.

Cuando se alcance la avenencia, se redactará un documento, firmado por las partes y por el presidente de la Comisión, el cual se depositará en las dependencias del Tribunal. Por su parte, el juez competente, examinada la regularidad formal, declarará ejecutiva la avenencia.

4.2. La conciliación “sindical”

Una segunda sede para el intento de conciliación es la sindical. Son los mismos convenios colectivos los que regulan el funcionamiento de los organismos encargados, que también tienen el deber de intentar la conciliación. La actividad de los organismos sindicales, cuando el intento de conciliación tenga éxito, confluye en la estructura administrativa. Una copia del documento habrá de ser depositada ante la Dirección Provincial de Trabajo, siendo el director, examinada la autenticidad del documento, el encargado de depositarlo ante las dependencias del Tribunal, exactamente como sucede en la conciliación administrativa, ya que el juez, una vez examinada la regularidad formal del documento, lo declarará ejecutivo.

4.3. La conciliación “judicial”

La tercera sede es la judicial. Una vez que se haya instaurado un procedimiento judicial, el juez, en la primera audiencia, “intenta la conciliación del conflicto”. En caso de alcanzar la conciliación, se redactará el documento que es, por sí solo, ejecutivo.

5. LA RECIENTE EVOLUCIÓN DEL INTENTO DE CONCILIACIÓN: CÓMO UN INSTITUTO FACULTATIVO SE HA CONVERTIDO EN OBLIGATORIO

El recurso al intento de conciliación, ya sea frente a los Colegios previstos por la negociación colectiva, ya sea frente a las Comisiones provinciales del Ministerio de Trabajo, ha sido, hasta 1990, facultativo. A partir de tal fecha, se ha incorporado gradualmente en el ordenamiento un nuevo instituto, el “intento obligatorio de conciliación”. Este se utilizaba, inicialmente, para las controversias relativas al despido individual, aunque sólo a aquel protegido por la disciplina de la tutela obligatoria⁵. Posteriormente, se ha extendido a todas las controversias de las que formen parte los empleados de las Administraciones Públicas⁶, y, por último, se ha generalizado con el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil (c.p.c.), en 1998.⁷

En la actualidad, quien quiera interponer una demanda a causa de una controversia relativa a una relación de trabajo subordinado (o relativos a otros supuestos similares considerados como trabajo parasubordinado), debe necesariamente llevar a cabo un intento obligatorio de conciliación.

La conciliación puede realizarse ante una de las Comisiones establecidas por la negociación colectiva (esto es, en sede sindical) o, en caso de no existir éstas, ante la Comisión

⁵ Ley n.º 604/1966, de 15 de julio. La llamada *tutela obligatoria* es aquella que, en caso de despido improcedente, consiente al empresario de optar entre la reincorporación en el puesto de trabajo o el pago de una indemnización oscilante entre 2'5 y 6 mensualidades del salario. Esta tutela obligatoria se aplica, por ley, en las unidades productivas empresariales con una plantilla de hasta 15 trabajadores.

⁶ Artículos 69 y 69 *bis* del Decreto Legislativo n.º 93/1993.

⁷ Decreto Legislativo n.º 80/1998, de 31 de marzo. Posteriormente, modificado parcialmente por el Decreto Legislativo n.º 387/1998, de 29 de octubre.

de conciliación competente por razón del territorio instituida por las estructuras periféricas del Ministerio de Trabajo (esto, en sede administrativa).

5.1. El carácter extrajudicial del intento de conciliación

El intento obligatorio de conciliación, a diferencia de cuanto ocurre en otros países, continúa teniendo carácter preferentemente extrajudicial y constituye una condición procesal de la demanda judicial. Si el juez averigua, en primera audiencia, de oficio o a instancia del demandado, que no se ha llevado a cabo el intento previo de conciliación, si no han transcurrido aún 60 días desde la demanda, suspenderá el proceso y concederá a las partes un plazo perentorio de 60 días para que puedan acudir al intento de conciliación. Si el procedimiento de conciliación no se realiza en los 180 días sucesivos, el juez declarará extinguido el proceso.

Las modalidades de conciliación no vienen indicadas; la ley establece sólo que el intento de conciliación, presentado ante las Comisiones constituidas por la negociación colectiva, puede llevarse a cabo en la forma que el convenio colectivo prevea. Sin embargo, fija un plazo de 60 días, transcurrido el cual, si el intento de conciliación no ha alcanzado avenencia, el requisito procesal previo a la demanda judicial se tiene por cumplido y, por lo tanto, la parte interesada podrá acudir al juez. Así pues, dicho requisito preprocesal se cumple con la sola presentación de la instancia de conciliación ante la Comisión, sin necesidad de demostrar la efectiva voluntad de alcanzar una conciliación.

5.2. Las modalidades de reconocimiento de ejecutividad de la avenencia

Con la introducción de la obligación de acudir al dicho intento de conciliación, ha sido parcialmente modificada la disciplina relativa al procedimiento sucesivo con la falta de conciliación. Así, en el documento de la conciliación, las partes pueden indicar eventuales soluciones parciales sobre las que concuerdan, precisando, cuando sea posible, la cantidad que debe percibir el trabajador. En este caso, el documento puede adquirir eficacia ejecutiva, esto es, tendrá carácter ejecutivo la parte sobre la que se haya llegado a un acuerdo. Una copia del documento se dará a la parte que lo solicite en un plazo de 5 días. Procedimiento análogo se establece para el caso de falta de conciliación en sede sindical.

5.3. La importancia asumida por el comportamiento de las partes

La novedad más relevante, que parece constituir una forma de presión para inducir a las partes a un comportamiento inspirado en la buena fe durante el intento de conciliación, está en el hecho de que el juez, cuando deba decidir sobre los gastos del sucesivo proceso, tiene en cuenta los resultados de la conciliación, es decir, toma en consideración el comportamiento de las partes, como ya se preveía en materia de despido⁸. Puesto que, como se ha visto, es suficiente presentar la solicitud y dejar transcurrir 60 días, con el fin de presentar posteriormente la instancia ante la autoridad judicial, es posible que el intento obligatorio de conciliación se transforme en un mero cumplimiento formal previo al proceso judicial.

⁸ Por efecto de la modificación del artículo 8 de la Ley n.º 604/1966, introducida por el artículo 2 de la Ley n.º 108/1990, de 11 de mayo.

6. LA NATURALEZA DE LA CONCILIACIÓN ENTRE “MEDIACIÓN” Y “TRANSACCIÓN”

Después de haber presentado las tres formas de conciliación actualmente conocidas, podemos realizar diversas observaciones de carácter general.

En primer lugar, en las tres hipótesis se está en presencia de una efectiva actividad de mediación. El juez o la Comisión de conciliación, en efecto, pueden limitarse a preguntar a las partes si han alcanzado un acuerdo, como sucede con frecuencia, o, por el contrario, ser parte activa para favorecer el acuerdo incluso mediante la formulación de propuestas. Para que el acuerdo sea eficaz, además, no es suficiente el acuerdo entre las partes, sino que es necesario un acto ulterior, que consiste en la firma de las partes, en la firma del mismo acuerdo por parte del Presidente del Colegio que ha intentado la conciliación o por el juez. El éxito de la conciliación viene certificado, por consiguiente, por un acto en el cual participa también el conciliador. Y es la presencia de esta figura, que de hecho puede desarrollar una verdadera y propia actividad de mediación, la que confiere validez al acto (a través del juez, que se limita a aceptar la “regularidad formal”). En efecto, si las partes autónomamente, incluso después de la influencia ejercida por el conciliador, llegan a un acuerdo que no respetase los requisitos formales establecidos por la ley, como sucedería en el caso que el acuerdo de conciliación dispusiese de derechos inderogables del trabajador, no sería válido.

En segundo lugar, el detallado procedimiento previsto por la ley deriva de la preocupación de que el trabajador pueda “disponer” de derechos “indisponibles”, por tanto, se preocupa sólo si la conciliación se refiere a derechos inderogables establecidos por la ley o la negociación colectiva. Si la conciliación trata de otros derechos, sería válida con independencia del hecho que sea dispuesto ante las sedes mencionadas y con el correspondiente procedimiento. El trabajador por efecto del artículo 2113 no puede renunciar a los derechos fundamentales establecidos por la ley o el convenio colectivo. La conciliación, en tal caso, supondría una renuncia o una transacción que, según la doctrina mayoritaria, sería anulable⁹. Sin embargo, si la renuncia o transacción se produce en una de las tres sedes mencionadas, la misma será válida. El conciliador, en tal caso, sería el garante del hecho de que el trabajador no haya renunciado a algunos de sus derechos sin subsistir presiones y con la asistencia suficiente para garantizar que la transacción sea para él conveniente o, cuanto menos, no manifiestamente desfavorable. En las tres hipótesis de conciliación, por consiguiente, el Colegio de conciliación tiene la autoridad de certificar que un comportamiento prohibido por la ley, gracias a su presencia, puede ser reconocido como válido. Se está en presencia de un automatismo, el hecho mismo de acudir a la conciliación en las sedes mencionadas con anterioridad es una garantía de la bondad de la transacción, a diferencia de cuanto sucede en otros ordenamientos, como en Francia, donde se entiende que el trabajador es expresamente informado, durante la fase de conciliación ante el Tribunal de *prud’hommes* sobre la naturaleza de los derechos sobre los que puede disponer en sede de conciliación.

⁹ GALANTINO, L.: “Diritto del lavoro”, Giappichelli, Torino, 2000, p. 586.

7. EL ARBITRAJE. LA ANOMALÍA ITALIANA ENTRE ARBITRAJE TÍPICO Y ARBITRAJE ATÍPICO

El arbitraje, como ya se ha dicho, no ha gozado tradicionalmente del favor de los trabajadores. Antes de pasar a describir la reciente evolución del arbitraje, es necesario señalar la anomalía, existente sólo en Italia, del instituto arbitral, ya que sólo a la luz de tal anomalía se puede entender el debate que apasiona, ya desde algunos años, a la doctrina italiana. En nuestro ordenamiento, frente a una difusión casi inexistente del instituto, existen dos tipos de arbitraje y la doctrina, desde hace años, se afana inútilmente en el intento de encontrar una justificación a la convivencia de las dos figuras.

La primera de las figuras es el arbitraje llamado “ritual” o típico, cuya denominación se debe a que viene regulado por el Código de Procedimiento Civil. Dicho Código establece que las controversias que tengan por objeto conflictos individuales en materia laboral pueden ser solucionadas por árbitros, pero sólo si esto viene previsto por los convenios colectivos aplicables. En tal caso, el laudo no puede ser dictado conforme a equidad y podrá ser impugnado ante la autoridad judicial. En caso contrario, el arbitraje será nulo. Sustancialmente, el laudo típico debe ser dictado conforme a Derecho. Por consiguiente, el laudo será diverso de una sentencia adoptada por la autoridad judicial sólo porque es dictado por un sujeto diferente al juez¹⁰.

La segunda de las figuras es el arbitraje llamado “irritual” o atípico. Puesto que son lícitos los contratos innominados, se entienden legítimas las formas arbitrales diversas a aquellas reguladas por el Código de Procedimiento Civil. Tales formas, a las que frecuentemente se les reconoce naturaleza negocial, podrían tener efectos diversos a aquellos regulados por el artículo 808 del c.p.c. La incongruencia entre un arbitraje regulado por el Código de Procedimiento Civil (típico) y aquel libremente establecido por las partes (atípico) se presenta, al final, con claridad por el hecho de que el artículo 412 del c.p.c., después de la última reforma¹¹ regula una forma de arbitraje definida, por el título del artículo 412 *ter* del c.p.c., “arbitraje irritual previsto por los convenios colectivos”. Por ello, es claro que debemos preguntarnos en qué consiste la diferencia entre las dos figuras, visto que ambas vienen previstas por el Código de Procedimiento Civil, pero cuyos efectos, según algunos autores, serían diferentes, sobre todo, en materia de posible impugnación del laudo arbitral, tal y como se verá en uno de los sucesivos trabajos de esta Revista¹², permitiendo a algunos autores afirmar incluso que el arbitraje atípico, hoy en Italia, puede ser dictado en equidad¹³.

Debe aclararse que siempre que, tanto en este estudio como en el debate doctrinal italiano, se habla de arbitraje se está haciendo referencia, salvo explícita mención, al arbitraje atípico.

¹⁰ Artículos 806 y 807 del Codice di procedura civile.

¹¹ Artículo 19.12 del Decreto Legislativo n.º 387/1998.

¹² *Vid.* en este número, DESSÌ, O.: “El arbitraje en Italia: el problema de la impugnación del laudo arbitral”.

¹³ La tesis que defiende que el arbitraje irritual también pueda ser resuelto conforme a equidad es sostenida por el mismo Gobierno. En la relación al diseño de Ley n.º 848 (aprobado definitivamente en febrero de 2002, de la que se hablará más adelante), se afirma que “*la introducción del laudo según equidad corresponde a la afirmación y consolidación de un principio en realidad ya acogido por la evolución más reciente del ordenamiento aunque no expresado con claridad y univocidad*”.

7.1. La reciente evolución del instituto arbitral

El arbitraje en materia laboral, como se verá, está escasamente difundido y sólo en los últimos años se ha registrado una tendencia dirigida a una mayor difusión del instituto. Sin embargo, a partir de 1970, la ley consintió constituir los llamados “Colegios de conciliación y arbitraje”, aunque limitados a la materia de las sanciones disciplinarias. Tales Colegios están compuestos por un representante de los trabajadores, por un representante empresarial y por un tercer miembro que puede ser elegido de común acuerdo o, en caso de no llegar a un acuerdo, designado por el Director de la Dirección de Trabajo. El Colegio se constituye a iniciativa del trabajador, al que se le ha aplicado una sanción disciplinaria, dentro de un plazo perentorio de 20 días a contar desde el momento de la comunicación del procedimiento disciplinar.

Este procedimiento no puede considerarse obligatorio, por cuanto que el empresario puede, dentro del plazo perentorio de 10 días, promover la acción judicial e impedir así, legítimamente, la formación de la Comisión. Si, en cambio, el empresario no ejercita tal opción y no procede al nombramiento del propio representante dentro del plazo de 10 días desde el momento de la invitación de la Dirección del Trabajo, la sanción se extingue automáticamente.

Se trata de una práctica absolutamente normal el hecho de dirigirse al Colegio, cuyo arbitraje se considera de naturaleza informal y consiente a los árbitros (dentro del mismo resulta evidente el papel predominante del tercer miembro, el imparcial, pudiendo el Colegio decidir por mayoría) no sólo confirmar o considerar ilegítima la sanción, sino también reducirla cuando se considere excesiva respecto a la infracción cometida por el trabajador. En cambio, el Colegio arbitral no tiene capacidad para aumentar la sanción. El laudo arbitral es susceptible de impugnación tanto por vicios de la voluntad como por violación de normas mínimas establecidas por ley o convenio colectivo¹⁴.

7.2. Recientes tendencias en materia de arbitraje

Desde hace algún tiempo se ha registrado, en Italia, una fuerte tendencia legislativa (*y de iure condendo*) favorable al reforzamiento del arbitraje. La primera señal de dicha tendencia aparece en 1990, cuando el legislador, en el campo de las reformas de la regulación del despido individual¹⁵, ha indicado, sin establecerla como obligatoria, la posibilidad de recurrir al arbitraje en caso de conflictos relativos a despidos individuales. En 1998 se ha asistido a una importante modificación de la regulación del arbitraje atípico que, en la medida en que continúe siendo facultativo, aparece marcadamente incentivado.

Con el nuevo sistema, el arbitraje atípico, que antes carecía de una verdadera regulación, ha sido regulado gracias a una serie de modificaciones legislativas sucesivas, a decir verdad de manera confusa. La norma ha regulado los procedimientos arbitrales establecidos por la negociación colectiva.

La regulación actual coloca al arbitraje en estrecha relación con el intento de conciliación. Si el intento de conciliación no se alcanza o vence el plazo de 60 días mencionado, las partes pueden (por consiguiente, no existe ninguna obligación) acordar someter la resolución de la controversia a través del arbitraje.

¹⁴ Ley n.º 30/1970, de 20 de mayo y artículo 7 del Statuto dei lavoratori.

Sin embargo, esta forma sólo es consentida si los convenios colectivos nacionales lo prevén y a condición de que respeten una serie de requisitos establecidos por la ley. Así, los convenios colectivos nacionales deben prever:

- Las modalidades de solicitud del sometimiento de la controversia al colegio arbitral
- El plazo dentro del cual la otra parte puede adherirse a la solicitud
- La composición del colegio arbitral
- El procedimiento para el nombramiento del presidente y del resto de los miembros
- El plazo dentro del cual el colegio debe emitir el laudo
- Las modalidades de comunicación a los interesados
- Los criterios para la liquidación de los honorarios debidos a los árbitros

7.3. La impugnación del laudo arbitral y su ejecutividad

El laudo arbitral, como ya hemos apuntado, es susceptible de impugnación. La impugnación debe llevarse a cabo dentro de los 30 días siguientes a la notificación del laudo ante el Tribunal competente por razón de territorio.

El legislador no ha indicado los motivos por los cuales el laudo arbitral puede ser impugnado. En realidad, en marzo de 1998, el legislador introdujo tales motivos estableciendo que el laudo “es impugnable por violación de las normas mínimas establecidas por ley o por defecto absoluto de motivación”¹⁶, sin embargo, ha suprimido esta disposición algunos meses más tarde¹⁷. Como consecuencia, esto ha dado lugar a diversas hipótesis interpretativas¹⁸. En líneas generales, *rebus sic stantibus*, me parece que deban en cada caso considerarse nulas tanto las cláusulas que establezcan la imposibilidad de impugnación del laudo como la posibilidad para los árbitros de pronunciarse según equidad, pero sobre el asunto hay opiniones discrepantes¹⁹. Personalmente, y diversamente a lo que sostiene la doctrina mayoritaria²⁰, opino que el laudo arbitral puede ser objeto de impugnación en caso de violación de los derechos de contenido mínimo de los trabajadores derivados de normas de ley o de convenio colectivo.

El recurso al arbitraje que, como se ha dicho, no puede ser obligatorio ni por disposición del legislador, ni siquiera sobre la base de una cláusula sindical, resulta, sin embargo, incentivado por el hecho de que se fijan plazos breves de vencimiento y procedimientos ágiles para que el arbitraje sea ejecutivo.

El plazo de vencimiento para la impugnación es de 30 días. Una vez vencido dicho plazo, el laudo no será susceptible de impugnación y la parte interesada puede solicitar que el juez lo declare ejecutivo. A tal fin, el laudo deberá ser depositado ante el Tribunal competente por razón de territorio y será declarado ejecutivo posteriormente a la declaración de cumplimiento formal del arbitraje. Se llega a un resultado análogo, incluso antes del vencimiento del plazo de vigencia, cuando las partes declaren por escrito la aceptación del laudo arbitral.

¹⁵ Ley n.º 108/1990.

¹⁶ Decreto Legislativo n.º 80/1998, de 31 de marzo 1998.

¹⁷ Decreto Legislativo n.º 387/1998, de 29 de octubre.

¹⁸ Sobre el tema, *vid.* DESSÌ, O.: *op. cit.*

¹⁹ *Vid.*, *supra* nota n.º 14.

²⁰ MAGNANI, M.: “Conciliazione ed arbitrato alla luce dei recenti interventi legislativi”, en *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, G. Loy (Dir.), Cedam, Padova, 2000, pp. 29 y ss.

No obstante, no se han superado ni el obstáculo de la falta de obligatoriedad en el recurso al arbitraje ni la posible impugnación del mismo, teniendo en cuenta la mayor celeridad del procedimiento para la ejecutividad del laudo arbitral y de la expresa remisión a la fuente sindical para establecer el procedimiento, se puede afirmar que la reforma de 1998 quisiere ser un significativo incentivo a la difusión del arbitraje.

El sindicato ha buscado tradicionalmente extender su influencia sobre las materias objeto de negociación, hasta la solución de las controversias originadas a causa de la aplicación de la regulación establecida por la negociación colectiva. La nueva regulación del arbitraje (tratada unitariamente con la conciliación) suministra nuevas ocasiones para que el sindicato organice un sistema de solución de las controversias en el ámbito de la autonomía colectiva haciendo posible, cuando menos, el intento obligatorio de conciliación.

Por otro lado, la nueva regulación del arbitraje atípico ha encontrado, posteriormente, su desarrollo a través de la negociación colectiva que, en diversos convenios, ha regulado el instituto según algunos modelos que pueden ser sustancialmente reconducidas a dos modelos principales, aquel que integra el arbitraje dentro del intento de conciliación y aquel que lo regula de manera autónoma²¹.

8. CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y PROCESO LABORAL

No obstante, los numerosos impulsos favorables a una solución extrajudicial de las controversias, los conflictos individuales relativos a derechos vienen resueltos, principalmente, en la sede judicial. Teóricamente, los intentos para incentivar la solución extrajudicial de las controversias individuales vienen motivados, en Italia, sobre todo, por el mal funcionamiento del sistema judicial (Italia ha sido reclamada en demasiadas ocasiones por el Tribunal de Justicia Europeo a causa de la excesiva duración de los procesos). Es conveniente, por consiguiente, hacer una breve mención a la regulación del proceso laboral que, por otro lado, ofrece amplias analogías con los principales sistemas existentes en los países de Europa continental.

El Código de Procedimiento Civil ha sido modificado, en 1973, por lo que se refiere al proceso laboral, con el declarado intento de simplificar el procedimiento y poder obtener una justicia más rápida. Tal proceso es aplicable tanto para las controversias referidas a las relaciones de trabajo subordinado como para otros supuestos de trabajo autónomo, expresamente indicadas por la ley, equiparables sobre la base de una subordinación de carácter socio-económico (nos referimos al llamado trabajo parasubordinado). Desde hace algunos años, el proceso laboral viene utilizado también por los empleados públicos, cuyos conflictos, hasta este momento, eran competencia del juez de lo contencioso-administrativo, sobre la base de la llamada “jurisdicción exclusiva”, con el fin de evitar la contemporánea presencia de dos jurisdicciones, una del juez ordinario (por los derechos) y otra del juez contencioso (por los intereses legítimos). Al juez de los intereses (TAR - Tribunal Administrativo Regional, en primera instancia; Consejo de Estado, en apelación), se le reconocía también la competencia para juzgar sobre derechos.

²¹ Acuerdo entre *Confservizi Cispel* y *Cgil, Cisl, Uil* del 15 de junio de 2000. Acuerdo entre *Confapi* y *Cgil, Cisl, Uil* del 20 de diciembre de 2000. El texto integral en http://www.cgil.it/ufficiostampa/lavoro/arbitrato_conciliazione/arb_conc2.htm

8.1. Los principios inspiradores del proceso laboral

El proceso laboral se caracteriza por una simplificación de los trámites que deben garantizar los principios de “concentración e inmediatez” en su desarrollo. Las peculiaridades de la regulación que debe garantizar dicha finalidad son las siguientes:

Juez único: el proceso es seguido por un juez único, con posibilidad de un procedimiento de segundo grado y del recurso en casación.

Oral: el proceso es preferentemente oral con amplios poderes de la gestión del procedimiento y de promoción de la discusión por parte del juez, que puede ejercitar sus amplios poderes incluso en materia de admisión de las pruebas. La discusión debe desarrollarse en el acto de juicio a presencia judicial.

Exhaustividad de los actos de las partes: tanto la demanda como la contestación a ésta deben indicar con precisión todos los elementos necesarios para el desarrollo del proceso, por consiguiente, también los fundamentos de derecho, los testimonios y los documentos, de modo que se pueda desarrollar completamente el proceso. Sólo por graves motivos es posible modificar la demanda, la constestación y las excepciones. Por regla general, no se consienten suspensiones por remisión a otros órganos.

Inmediatez y eficacia ejecutiva de la sentencia: el juez pronuncia inmediatamente la sentencia dando lectura del fallo en audiencia pública. La sentencia, además, es inmediatamente ejecutiva. El trabajador puede solicitar al juez en apelación la suspensión de la eficacia de la sentencia de primera instancia sólo “cuando subsistan graves motivos”, y el empresario puede solicitarla sólo por “daño gravísimo”. El trabajador, en concreto, puede solicitar la ejecución tan solo con la copia del fallo de la sentencia. Por otro lado, ya durante el proceso, el juez, a instancia de la parte interesada, puede ordenar el pago de las cantidades debidas.

Esencialidad del juicio de segunda instancia: La apelación es el único tipo de gravamen consentido. A la misma se le reconocen peculiaridades inferiores a las del proceso en primera instancia, como el hecho de la existencia de un juez único, el principio de un proceso oral. Pero se debe indicar que, salvo en rarísimas ocasiones, no se admiten nuevas pretensiones o ejecuciones, ni nuevos medios de prueba. En resumen, se trata de una mera evaluación de los elementos de hecho y de derecho ya efectuado en primera instancia. Según algunos autores (ROMAGNOLI), la regulación se estructura de esta forma para hacer entender que “su autor querría que las controversias laborales terminaran en primera instancia”.

8.2. El intento de conciliación y la duración del proceso laboral

La controversia, tal y como hemos apuntado, podría solucionarse incluso antes del inicio del verdadero proceso, después del intento de conciliación llevado a cabo ante el juez al inicio del proceso, o después de un acuerdo alcanzado entre las partes durante el desarrollo del proceso, siempre y cuando fuera ratificado por el mismo juez. Así, en la práctica es frecuente que en el transcurso del procedimiento las partes lleguen a un acuerdo de transacción.

Por cuanto se refiere a la reducción del tiempo del proceso (el objetivo es que el proceso no durara más de seis meses), las expectativas no se han visto cumplidas. En la actualidad, el proceso laboral tiene, según las estadísticas, una duración excesiva con relación a los intereses en juego. En años anteriores, el proceso en primera instancia tenía una duración media de 486 días, mientras ante un procedimiento de apelación era de 887 días. Tal duración, además, tiende a aumentar, también considerando el hecho de que las controversias relativas al empleo público, desde julio de 1998, pasan a ser competencia del juez ordinario.

9. EL DEBATE EN CURSO Y LAS PERSPECTIVAS DE ULTERIORES CAMBIOS

El análisis presentado hasta ahora refiere a la regulación actualmente en vigor en Italia. Pero el debate sobre las formas de solución extrajudicial de los conflictos laborales, en concreto sobre el arbitraje, no ha terminado. En los últimos años se han presentado numerosas propuestas de modificación de la disciplina que apuntan la intensidad del debate existente en Italia y la propensión fuertemente orientada a la promoción del arbitraje por parte del Gobierno Berlusconi, diferente de la orientación del precedente Gobierno de centro izquierda, de la ausencia de promoción que se aprecia en las principales legislaciones de los países europeos²² y por las cautelas de los organismos comunitarios que, en el Libro Verde, han excluido al arbitraje de los instrumentos de solución extrajudicial de las controversias en materia laboral²³.

Es, por consiguiente, oportuno describir los principales sucesos ocurridos en los últimos años, caracterizados por una casi frenética carrera para introducir nuevos instrumentos en esta materia. Los datos que conviene resaltar son tres.

En primer lugar, los trabajos de la Comisión para la reforma del Código de Procedimiento Civil. El primer proyecto, llevado a cabo por el Gobierno D'Alema, tuvo lugar mediante la constitución de una Comisión de Estudio²⁴ que al final de su informe propuso la modificación de los artículos del citado Código que regulaban la conciliación y el arbitraje. La propuesta emanada de los trabajos de la Comisión se centra, sobre todo, en la conciliación, proponiendo la transformación del intento de conciliación en un instituto interno al proceso, al igual que sucede en otros ordenamientos europeos, al cual acudir sólo después de haber depositado la demanda, para favorecer necesariamente la defensa técnica. El intento de conciliación debería llevarse a cabo por el mismo juez o por un conciliador que figuraría en un específico registro. Otra de las propuestas de dicho estudio se refiere a la extinción del proceso por ausencia injustificada del demandante o de ambas partes en el acto de conciliación; la ausencia del demandado puede dar lugar a la emisión de una ordenanza que imponga el pago provisional de las sumas demandadas o a otros procedimientos anticipatorios de la decisión de fondo. La propuesta busca que el intento de conciliación sea siempre efectivo gracias a dichas medidas (el juez podría tener en cuenta documento redactado por el conciliador en el transcurso del proceso) evitando que el intento se lleve a cabo sólo formalmente, como sucede en la mayoría de los casos en la actualidad en el sector privado, sólo para poder recurrir a la vía judicial.

En cuanto al arbitraje, la Comisión, dejando la posibilidad de confiar en cada momento el arbitraje al mismo conciliador en cada fase del intento de conciliación o después del fracaso del mismo, excluye expresamente la posibilidad de un laudo según equidad, estableciendo la obligación del árbitro de decidir respetando las normas de contenido mínimo esta-

²² Un estudio de la disciplina en vigor en los principales países de la Unión europea en "Study on Conciliation and Arbitration in the Members States", con una síntesis de VALDÉS DAL RÉ en http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/may/conciliation_en.html

²³ Libro Verde, relativo a los métodos de solución de las controversias en materia civil y mercantil COM (2002) 196 def. Sobre el tema, *vid.*, en este número, LOI, P.: "La perspectiva comunitaria sobre los métodos alternativos de solución de conflictos laborales".

²⁴ La Comisión, instituida por los Ministros de Trabajo y de la Justicia a través de D.M. de 24 de julio de 2000, se ha sentado el 5 de octubre de 2000 y ha terminado su trabajo el 7 de mayo de 2001. Esta Comisión adopta el nombre de su presidente llamándose "Comisión Foglia".

blecidas por ley o convenio colectivo Prevé, además, la posibilidad de impugnar el laudo por cualquier vicio ante el Tribunal de apelación, excluyendo, sin embargo, que la impugnación pueda suspender la ejecutividad del laudo.

El segundo de los hechos se refiere a la propuesta gubernamental, a tenor del citado proyecto de ley n.º 848/2001, de 15 de noviembre, que proponía la derogación tajante de la obligación de arbitrar respetando las normas mínimas establecidas por ley o negociación colectiva, consintiendo, como consecuencia, el arbitraje conforme a la equidad.

Dicha propuesta venía recogida por el artículo 12 del proyecto de ley. Esta norma, junto con otras sobre las que más vigor se ha manifestado la oposición sindical, como aquella que pretendía esterilizar en algunos casos el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores en materia de despido improcedente, ha sido suprimida y, por lo tanto, no aparece en la ley de delegación aprobada definitivamente en febrero de 2003²⁵.

El tercer aspecto viene constituido por la aprobación de una norma, en el ámbito de la ley de delegación, que introduce en el ordenamiento italiano una “certificación de las relaciones de trabajo”. Dicha norma, a la cual el Gobierno deberá dar cumplimiento dentro del año en curso, encuentra su origen en la proliferación de los conflictos judiciales relativos a la calificación de los contratos de trabajo. En efecto, cada vez con más frecuencia se requiere al juez para decidir acerca de la naturaleza real de las relaciones de trabajo, normalmente firmadas como trabajos autónomos (sobre todo, ante los contratos de colaboración, coordinada y continuada, denominados Co.Co.Co), pero que, por lo general, esconden auténticas relaciones de trabajo subordinado.

Ningún problema plantea que un elevadísimo porcentaje de estas relaciones (al menos, el 50%), según la actual normativa italiana, son verdaderas relaciones de trabajo subordinado. Sin embargo, el Gobierno, en vez de intervenir sobre el control de tales abusos, ha propuesto una norma que permite “certificar” al empresario la naturaleza de tal relación por organismos constituidos en el ámbito de entes bilaterales (empresario y sindicatos) o a través de otras estructuras públicas con competencia en la materia objeto de análisis, o Institutos universitarios. La certificación deberá producirse voluntariamente, pero resulta demasiado evidente que el empresario podrá imponer la certificación de la relación de trabajo simplemente absteniéndose de estipular un contrato de trabajo con el trabajador que no esté dispuesto a acudir a tal procedimiento. Asimismo, es evidente que la certificación se refiere exclusivamente a la “certificación” de una relación de trabajo autónoma, visto que no posee ninguna verdadera similitud el caso de un empresario que quiera prevenirse haciendo “certificar” la naturaleza subordinada de una relación laboral.

La norma aparece suavizada por el hecho que se reconoce al trabajador la posibilidad de recurrir judicialmente, pero tan sólo “por errónea calificación del programa negocial por parte del órgano predispuesto para la certificación o por disconformidad entre el programa efectivamente realizado por las mismas partes y el programa negocial concordado por las partes en sede de certificación”. Además, “cuando se quiera impugnar la errónea calificación será necesario llevar a cabo el intento obligatorio de conciliación”. Asimismo, “los efectos del acto aclarativo desarrollado por el organismo de certificación permanecen hasta el momento en que se pruebe la errónea calificación del programa negocial²⁶ o la disconformidad entre el programa negocial concordado por las partes en sede de certificación y el pro-

²⁵ Ley n.º 30/2003, de 5 de febrero.

²⁶ El programa negocial hace referencia al contenido pactado en el contrato de trabajo.

grama efectivamente realizado”. En caso de recurrir judicialmente, en fin, el juez “deberá aceptar también las declaraciones y el comportamiento adoptado por las partes ante el organismo predisposto para la certificación del contrato de trabajo”.

Resulta demasiado evidente que estamos en presencia de una serie de obstáculos dirigidos a impedir que la certificación inicial (que, en mi opinión, terminará por constituir una suerte de aceptación obligada de una forma contractual menos favorable para la parte débil del contrato de trabajo) pueda ser desconocida en sede judicial. El hecho que el organismo administrativo que intenta la conciliación sea el mismo que ha certificado la naturaleza contractual, no es más que un obstáculo. ¿Es verosímil que tal organismo pueda fácilmente admitir el hecho de haber dado una certificación incorrecta, favoreciendo la conciliación que tenga un contenido diverso? ¿Y qué necesidad había, existiendo un completo y articulado sistema general de organismos predispostos para el intento de conciliación (el administrativo y el sindical) de confiar, sólo para esta materia particular, el intento de conciliación al mismo organismo de certificación? ¿Qué significa que el juez deberá “tener en cuenta” las declaraciones y el comportamiento que las partes han asumido en sede de certificación? Es más que verosímil que el trabajador pueda reconocer al contrato que debe estipular una naturaleza diversa de aquella que realmente tiene, si ésta es la condición para poder obtener un trabajo. ¿El juez deberá juzgar conforme al derecho o teniendo en cuenta el comportamiento asumido por las partes?

La nueva norma, en fin, resulta aún más pertinente al tema de la conciliación y del arbitraje, si se tiene en cuenta que los Entes bilaterales encargados de la certificación, no deberán limitarse a “certificar la calificación y el programa negocial concordado por las partes, sino que deberán también certificar las renunciaciones y transacciones con las que el artículo 2113 del Código Civil confirma la voluntad abdicativa o transaccional de las mismas partes”. En otros términos, podría surgir una ulterior sede en la cual el trabajador podrá válidamente disponer de sus propios derechos “indisponibles”.

10. ALGUNAS VALORACIONES ACERCA DE LA ACTUAL DISCIPLINA Y LA PERSPECTIVA DE SUCEATIVAS MODIFICACIONES

Las modificaciones introducidas en el ordenamiento por el Decreto Legislativo n.º 80/1998 y por el Decreto n.º 387/1998, examinadas en su conjunto, revelan un apreciable equilibrio. Tales normas evocan un sistema pluricentrista implantado sobre la concertación, pero garantizado por el sistema judicial, constituido por una red de sedes que las partes del conflicto laboral deberían encontrar aceptables, donde sea fácil prevenir, también gracias a la calificada asistencia de “conciliadores”, una solución casi doméstica de los conflictos de trabajo. Y en el caso de que la asistencia no sea suficiente para diluir el tormento psicológico que un conflicto laboral supone, o para proponer una valoración económica que las partes entiendan idónea y representativa del valor de la falta de razón, o el precio que están dispuestos a pagar para indemnizar una presunta equivocación, un árbitro está siempre preparado para entrar en el campo de juego. Un árbitro que, sin embargo, podrá actuar sólo si hay acuerdo entre las partes y cuya decisión será susceptible de impugnación, pudiendo las partes recurrir (seguramente, al menos, por violación de normas mínimas establecidas por la ley) al juez ordinario.

La disciplina actual, debido a la falta de una obligación del arbitraje, evoca un diverso sistema para la definición de los conflictos, pero reconoce legítimas las tradicionales complejidades y la oposición sindical en cuanto a las soluciones arbitrales de los conflictos laborales, y, por tanto, no presiona para intentar una modificación más fuerte. Cuando en 1990, con la Ley n.º 108, se introdujo la obligación del intento de conciliación en el ámbito de la tutela obligatoria y se aprobó la norma que consentía el recurso voluntario al arbitraje, esta última disposición aparece yuxtapuesta, casi el fruto de un incierto balbuceo incapaz de afirmar con decisión cuánto se habría querido, y no encontró significativa aplicación. Entonces, el temor reverencial en las confrontaciones del tradicional recelo por el arbitraje era más evidente. El legislador de 1998, en cambio, ha introducido un sistema que opera con un más consciente y meditado equilibrio los intereses en juego.

Sin embargo, con posterioridad a las modificaciones de 1998, una parte de la doctrina ha comenzado a proponer la demolición de todo aquello que aún hoy impide un arbitraje libre, teniendo en cuenta la equidad, la imposibilidad de impugnación y hasta la obligatoriedad²⁷.

La respuesta del Gobierno no se ha hecho esperar. El hecho de que, formalmente, se haya retirado²⁸, deja invariable la valoración acerca de la orientación del ejecutivo; no sólo un arbitraje conforme a equidad, sino también una posible superación de la naturaleza voluntaria de la solución de las controversias a los árbitros. La voluntariedad de la solución, en efecto, podría venir, según la posición gubernamental, también “por obra de las asociaciones representativas de empresarios y trabajadores, a las cuales se adhieran o confieran mandato”²⁹, en otros términos se podría fácilmente deslizar hasta la hipótesis más extrema de un arbitraje, al menos, en ciertos ámbitos, de hecho obligatorio.

Es necesario apuntar que en el Derecho del Trabajo cuyo baricentro se traslada progresivamente desde la ley a la negociación colectiva, podría aparecer coherente que la solución de los conflictos emigre desde el sistema judicial clásico a otros modelos autónomos. Aunque, como recientemente recordaba Casas Baamonde³⁰, se observa en algunos países la existencia de un proceso inverso (una vuelta al sistema judicial), a veces, coincidente con la progresiva debilidad de las organizaciones sindicales más representativas.

No puede negarse, obviamente, que el Derecho del Trabajo haya superado el fin de siglo con la idea de proceder en la dirección que hemos apuntado, pero esto no justifica la impaciencia con la que una parte de la doctrina empuja en tal dirección y, tanto menos, el frenesí con el cual el Gobierno italiano entiende actuar hacia aquella dirección.

Se trata de un camino por recorrer con mayor sagacidad. No puede olvidarse como en países con una robusta presencia y tradición sindical, como recientemente ha recordado Simitis³¹, la negociación colectiva no siempre se revela idónea a tutelar plenamente todos los derechos individuales de los trabajadores ni a hacerlo en todas las sedes. Otros, como Valdés Dal-Ré³²,

²⁷ VACCARELLA: “Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, pp. 745 y ss.

²⁸ *Supra*.

²⁹ Diseño de ley n.º 848, aprobado, con modificaciones, por la Ley n.º 30/2003, de 5 de febrero.

³⁰ CASAS BAAMONDE, M^a E.: “Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje. Madrid, 1999.

³¹ SIMITIS: “Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo”, *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1990, p. 106.

³² VALDÉS DAL RÉ, F.: “I poteri dell’imprenditore e la persona del lavoratore”, *Diritto Del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1991, p. 58.

han sido aún más explícitos. Tampoco se puede evitar la confrontación con las formas de tutela que el ordenamiento concede al ciudadano-usuario en campos diversos para la relación laboral y que abren un nuevo e interesante escenario también para el Derecho del Trabajo.

Por esto, la graduación presente en las modificaciones del 1998, que también necesitan ser refinadas en materia de conciliación, y una más clara formulación de la materia relativa al arbitraje (sobre todo, verá definitivamente superada la injustificada permanencia de una distinción entre arbitraje típico y arbitraje atípico) parece preferible. El hecho de haber confiado la valoración del arbitraje a un sistema en algún modo incentivante, más que a una mera imposición, debe ser considerado positivamente.

11. ¿POR QUÉ LAS FORMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA LABORAL, SALVO QUE NO SEAN IMPUESTAS, NO PUEDEN CONSEGUIR EL RESULTADO QUERIDO?

Sin embargo, las modificaciones que comentamos presentan en su interior una contradicción casi insuperable. La principal motivación que ha empujado al legislador de 1998 a modificar el instituto de la conciliación y del arbitraje, en efecto, viene caracterizada y motivada principalmente, diré casi exclusivamente, por el objetivo de aligerar la actual carga judicial. El criterio del legislador es que la difusión del arbitraje debería poner remedio a la insostenible carga de controversias dirigidas al sistema judicial.

La idea de que el incentivo de los modelos de solución alternativa de los conflictos laborales pueda dar como resultado una disminución de la carga judicial es, según mi opinión, del todo infundada. Los modelos de solución alternativa, en cambio, salvo que sean impuestos, podrán al contrario difundirse exactamente en presencia de un eficiente sistema judicial.

La duración de las controversias en materia laboral influye de forma directa en el desarrollo de su homólogo alternativo constituido por la conciliación y por el arbitraje extrajudicial. El resorte que determina el recurso al juez en lugar de acudir a la conciliación o al arbitraje viene constituido por el hecho de que la larga duración, por sí misma, constituye un elemento de conveniencia para, al menos, una de las partes. Quien imagina una condena que podría determinar para él un fuerte desembolso no tendrá ningún interés en resolver rápidamente la controversia mediante un instrumento extrajudicial. Incluso, tanto más dure el proceso, mayor será para él la conveniencia de recurrir al sistema judicial. Si, después, la controversia judicial no llegara jamás a concluir, porque también esto puede suceder, tanto mejor.

En cambio, si el mismo sujeto se encontrase frente a la certeza de un procedimiento que concluirá en un plazo corto, éste no sólo no tendrá ningún interés en iniciar un recurso judicial, sino que además le convendrá un procedimiento alternativo que le reportará un ahorro seguro.

En resumen, para quien nutre el profundo convencimiento de estar en lo justo y confía salir vencedor del litigio, la obvia aspiración con una rápida conclusión de la controversia viene equilibrada por el deseo de que el juez sea una persona por la que se sienta garantizado. La duración en el tiempo del proceso, por tanto, no evita su tradicional preferencia por el juez.

Para una valoración de conjunto del sistema que se entiende adoptar, no se puede prescindir del hecho de considerar la extraordinaria duración de las controversias que caracterizan el sistema italiano. No se puede, tan siquiera, descuidar el hecho de que para invocar el camino del proceso judicial, en lugar del atajo de la conciliación o del arbitraje, es suficiente que uno sólo de los dos litigantes lo quiera. Y es necesario, por último, aclarar que el inte-

rés por una rápida solución de la controversia no representa el único, y tal vez ni siquiera el determinante, factor de elección frente a la alternativa entre las dos vías.

Como se puede observar, por consiguiente, la vía del procedimiento judicial y aquella alternativa, no son divergentes y lejanas. Sería equivocado imaginar que el procedimiento judicial pueda ser ineficiente y caracterizado por una duración siempre más larga, y que al mismo tiempo se afirme una vía alternativa rápida y eficiente. Las dos posibilidades, en cambio, están destinadas a caminar en paralelo y a influirse mutuamente, en cuanto a la duración y a la eficiencia, y viceversa. Es posible, en otros términos, que se produzca un “círculo virtuoso”: los instrumentos alternativos de solución de conflictos desarrollan una función de deflación, lo que provoca la reducción de la duración del contencioso en materia laboral empujando a utilizar aún más los instrumentos alternativos y así sucesivamente.

12. LA IRRELEVANCIA DEL SISTEMA DE IMPUGNABILIDAD DEL LAUDO CON EL FIN DE UNA MAYOR DIFUSIÓN DEL ARBITRAJE

Ya hemos sostenido la tesis según la cual el laudo arbitral, en la regulación actual, puede ser impugnado ya sea por violación de normas mínimas establecidas por ley ya sea por violación de normas mínimas de fuente colectiva. Una interpretación opuesta, sin embargo, contrariamente a cuanto podría parecer a primera vista, no conduciría a una mayor difusión de la práctica del arbitraje y terminaría por retardar, en vez de favorecer, el transcurso hacia una mayor difusión del instituto.

Considerando que, actualmente, el recurso al arbitraje es voluntario, una excesiva rigidez del mismo, en el sentido de excluir la posibilidad de impugnación por violación de derechos mínimos derivados del convenio colectivo, terminaría por ser un desincentivo más que un estímulo.

Es claro que nos encontramos frente a una suerte de juego de las partes: el trabajador podría ser más fácilmente convencido para aceptar si, al menos en el caso de violación de sus derechos de contenido mínimo, le queda la posibilidad de recurrir al juez. Por otro lado, el empresario tendría escaso interés en favorecer el desarrollo del instituto por el mismo motivo, esto es, por el temor de ser, en cualquier caso, expuesto a un sucesivo recurso judicial cuando el laudo arbitral ya le sea favorable.

El marco podría cambiar sólo cuando (de hecho o de derecho) el arbitraje fuese obligatorio y sin posibilidad de ser impugnado. Pero esto sería difícilmente compatible con nuestro actual sistema.

Bajo el primer punto de vista (la eventual obligatoriedad) subsiste un evidente límite constitucional: el derecho de acudir en juicio (artículo 24 de la Constitución). Bajo el segundo punto de vista (la imposibilidad de impugnación del laudo) se debe, cuanto menos, observar la incongruencia entre el hecho de que mientras la sentencia de un juez puede siempre ser impugnada, el laudo arbitral no lo sería.

Para imponer definitivamente el instrumento alternativo, además, deberían ser asumidos ambos procedimientos, tanto aquel de convertir el laudo en obligatorio como aquel de hacerlo inimpugnable. Aceptar una sola de las dos hipótesis (arbitraje obligatorio pero impugnabile, o arbitraje voluntario pero sin posibilidad de impugnación) no modificaría la postura de las partes, puesto que quedaría, en cada caso, una vía de fuga: decidir no recurrir al arbitraje en el primero de los casos, e impugnarlo sistemáticamente ante un juicio que no satisfaga, en el segundo de los casos.

13. EL TEMA REAL ES LA MODIFICACIÓN DE UNO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA INDEROGABILIDAD

El verdadero problema expuesto en el actual debate y nunca suficientemente explícito, es aquel más general relativo a la modificación de uno de los puntos cardinales del actual Derecho del Trabajo: la inderogabilidad. La tutela de los derechos de los trabajadores, en efecto, es en buena medida dependiente de la inderogabilidad reconocida a sus derechos, inderogabilidad que puede ser dispuesta ya sea por la ley ya sea por el convenio colectivo.

Bajo este punto de vista, conciliación y arbitraje, también conectados con la misma finalidad de reducción y de la idea de una mayor celeridad en la solución de las controversias, son profundamente diversos.

La conciliación, en efecto, es casi siempre una renuncia o una transacción de los derechos por la parte que la pone en funcionamiento a cambio de una rápida solución de la controversia: se escribe “conciliación”, pero se lee “transacción”.

Si se trata de derechos que no vienen establecidos por normas de contenido mínimo no subsiste ningún tipo de problema, pero en caso contrario, es decir, casi siempre, las renunciaciones y las transacciones están prohibidas a menos que, como se ha dicho, no sean desarrolladas ante sedes que garanticen que la decisión del trabajador ha sido asistida por un tercer sujeto que, de alguna forma, garantice que la renuncia o la transacción se produzca en un contexto favorable.

Sin embargo, la conciliación consiste siempre, en sustancia, en la renuncia por una parte de un derecho propio a cambio de una más rápida solución de la controversia. Esto, que a primera vista, parece justo, en mi opinión no lo es (cualquier trabajador que ostente un crédito cierto de algunos miles de euros, frente al temor de un procedimiento judicial que podría durar un número impreciso de años, sobre todo, si se encuentra en estado de necesidad, es casi automáticamente impulsado a aceptar el pago de una suma inferior a cambio del pago inmediato). Esto, bien visto, es profundamente injusto. Un sistema judicial eficiente debería garantizar la integral tutela del derecho, tanto del trabajador como del empresario, en tiempos análogos a aquellos existentes en un procedimiento de conciliación sobre derechos de contenido mínimo: esto sería una señal cívica del derecho.

Se diría que la perfección no puede ser alcanzada. Ante esta óptica, poner las conciliaciones bajo una suerte de “control”, consintiendo que puedan disponer de derechos de contenido mínimo sólo si son alcanzadas en las sedes de las que hemos hablado, representa un compromiso aceptable, pero tan solo un compromiso.

De forma diversa, el arbitraje, en cuanto la decisión es confiada a un tercero, constituye un verdadero juicio, incluso ante un sujeto diferente del juez. Por tanto, los sujetos que solucionan la controversia con un árbitro (siempre y cuando se trate de una persona imparcial y competente), en principio no sacrifican ningún derecho y pueden aspirar a que se tome plena justicia. Deber del árbitro, en efecto, no es aquel de encontrar un compromiso entre las dos pretensiones, sino aquel de aceptar la verdad y de aplicar las normas establecidas por ley y por negociación colectiva.

Sin embargo, se va defendiendo que el árbitro, en cambio, pueda decidir conforme a equidad. En mi opinión, la equidad es un concepto utilizable en los casos en los que exista una ausencia de norma imperativa. Los antiguos *Proviviri*³³, frente a una regulación concre-

³³ Los *Collegi dei Proviviri*, compuestos por representantes de la parte industrial y por representantes de los obreros de forma paritaria, fueron instituidos en Italia, repitiendo la experiencia francesa, con la Ley n.º 195/1983, 15 junio, y funcionaron hasta el año 1928 cuando, con el Real Decreto n.º 471/1928, 26 febrero, las controversias individuales en materia laboral fueron atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

ta que no era establecida ni por ley ni por negociación colectiva, recurrían a un juicio según equidad, esto era justo. ¿Pero es posible, en el día de hoy, defender como justa una decisión en materia de derechos que no respete las normas establecidas por ley o convenio regulador de una relación laboral entre dos sujetos? ¿En virtud de qué equidad un trabajador debería recibir más o menos de cuanto esté establecido en el convenio o previsto por la ley?

Personalmente me declaro incapaz de imaginar una regulación que pueda reconfigurar una hipótesis de equidad que no respete las normas mínimas de ley o convenio colectivo. Salvo imaginar un nuevo y diverso sistema gobernado por un concepto de justicia distinto y lejano al mío.

BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, M^a E.: “Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español”, en *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje. Madrid, 1999.
- ECKOFF: “Il mediatore, il giudice e l’amministratore nella soluzione dei conflitti”, en *La teoria funzionale del diritto*, A. Giansanti y V. Pocar, Unicopli, Milano, 1983.
- GALANTINO, L.: “Diritto del lavoro”, Giappichelli, Torino, 2000.
http://www.cgil.it/ufficiostampa/lavoro/arbitrato_conciliazione/arb_conc2.htm
http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/may/conciliation_en.html
- JEAMMAUD: “La Médiation dans les différends du travail en droit français”, Quaderni di Diritto del Lavoro, 1993.
- MAGNANI, M.: “Conciliazione ed arbitrato alla luce dei recenti interventi legislativi”, en *La nuova disciplina della conciliazione e dell’arbitrato*, G. Loy (Dir.), Cedam, Padova, 2000.
- SIMITIS: “Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo”, Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, 1990.
- VACCARELLA: “Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro”, Argomenti di Diritto del Lavoro, 1998.
- VALDÉS DAL RÉ, F.: “I poteri dell’imprenditore e la persona del lavoratore”, Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, 1991.