

LA JUSTICIA LABORAL A DEBATE

TOMÁS SALA FRANCO

**CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE
LA SEGURIDAD SOCIAL.**

UNIVERSIDAD DE VALENCIA. ESTUDIO GENERAL

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

1.- Una justicia laboral lenta no es justicia: las cuatro políticas a desarrollar.

II.- LA SEGURIDAD JURÍDICA.

2.- La seguridad jurídica.

3.- Las normas laborales no son pocas.

4.- Las normas laborales suelen ser poco claras.

5.- Las normas laborales suelen ser incompletas.

6.- Las normas laborales son de una gran variabilidad.

7.- La formalización de las relaciones laborales contractuales.

III.- EL ASESORAMIENTO JURÍDICO PREVIO.

8.- El asesoramiento jurídico previo frente al conflicto abierto.

IV.- LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES.

9.- La conciliación, la mediación y el arbitraje: la resistencia pasiva a los mismos.

10.- Las ventajas de los procedimientos extrajudiciales.

11.- Los problemas que plantea la implantación de un sistema arbitral.

12.- Un modelo "*maduro*" de relaciones laborales y los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales.

V.- LA SOLUCIÓN JUDICIAL.

13.- Los procedimientos judiciales, la oficina judicial, los magistrados y los profesionales del Derecho.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

1.- Una justicia laboral lenta no es justicia: las cuatro políticas a desarrollar.- Del mismo modo que puede hablarse de un país desarrollado o subdesarrollado en política económica o cultural, puede también hablarse de un país desarrollado o subdesarrollado en lo jurídico. Pero ¿cuáles serían los elementos o factores que hacen a un país desarrollado en lo jurídico?

Entiendo que dos fundamentales:

1º) Primero, que la justicia que se imparta sea de calidad, esto es, equitativa e imparcial.

2º) Y, segundo, que la justicia sea rápida.

Prescindiendo en esta ocasión de analizar el primero de los factores señalados y ciñéndome al segundo de ellos, partamos de un supuesto muy frecuente en la desarrollo de la justicia laboral en las grandes ciudades (Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao, Sevilla, etc.): Transcurridos unos siete meses desde que se presenta la demanda, se recibe la citación para asistir a los actos de conciliación y/o juicio oral por parte de un Juzgado de lo Social un día y una hora determinados. Habiendo acudido el demandante a la sede del órgano judicial con unos minutos de antelación respecto de la hora del señalamiento, comprueba que su juicio ocupa el puesto decimotercero de una lista que comprende hasta treinta señalamientos previstos para ese día, con intervalos de cinco minutos entre uno y otro y que todavía no ha comenzado la primera de las vistas. Una vez dictada la sentencia desfavorable en instancia, el abogado del demandante le informa que la tramitación de los posibles recursos hasta llegar al Tribunal Supremo puede alargar hasta dos años más la resolución definitiva del litigio.

Ante esta situación, con independencia de que en otros órdenes jurisdiccionales o en otros países de nuestro entorno la duración sea igual o mayor, creo que es deber de todos preguntarnos por las razones de la misma, por sus efectos sobre la

obtención de una efectiva tutela judicial por el justiciable y, sobre todo, por las políticas que deben propiciar los poderes públicos para mejorar esta situación, ya que el punto de partida en todo caso debe ser éste: *"una justicia laboral lenta no es justicia"*. En este sentido, conviene no olvidar que los intereses sobre los que operan los tribunales laborales son de una extrema urgencia, tanto del lado de los trabajadores como del lado empresarial.

A mi juicio, para que un país pueda conseguir este objetivo, conviene que los poderes públicos desarrollen cuatro políticas concretas, en el bien entendido de que todas ellas vienen a constituir las *"cuatro patas necesarias de una mesa"* y que si una de ellas falla *"la mesa se viene abajo"* por falta de soporte.

Estas cuatro políticas deberían ser las siguientes:

1ª) En primer lugar, una política normativa que garantice la seguridad jurídica como valor fundamental, y no secundario o subalterno, del ordenamiento jurídico laboral, evitando muchos conflictos que surgen precisamente de la propia ambigüedad de las normas.

2ª) En segundo lugar, una política de promoción y potenciación del asesoramiento jurídico previo a las empresas y a los trabajadores, evitando así en la medida de lo posible una posterior conflictividad abierta.

3ª) En tercer lugar, una política de promoción y potenciación de los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales, a través de los mecanismos extrajudiciales de la conciliación, la mediación y el arbitraje.

4ª) Y, en cuarto lugar, por último, habrá que disponer de unos procedimientos judiciales rápidos, de unos jueces y tribunales en cantidad y con la calidad suficientes, de unos operadores jurídicos (abogados y diplomados laborales) con unos estándares de profesionalidad imprescindibles y de una oficina judicial bien dotada de medios personales y materiales.

Aunque todos estos elementos, como dije, son necesarios y se encuentran interrelacionados, existe sin duda una prioridad entre ellos, siendo en mi opinión el más importante el primero, luego el segundo, luego el tercero y finalmente el cuarto. Y ello porque si las normas laborales fuesen más seguras jurídicamente probablemente habría menos necesidad de asesoramiento jurídico; si hubiera más asesoramiento jurídico previo a las distintas actuaciones de empresarios y trabajadores, habría también menos conflictividad; y si se utilizaran más los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales, habría igualmente menos pleitos judiciales. Todos estos elementos de la justicia laboral están íntimamente relacionados entre sí y todos ellos contribuyen a que la misma sea más o menos rápida y, por ello, más o menos justa.

Pero profundicemos a continuación en estos cuatro elementos, en cómo se producen en la realidad actual de nuestro ordenamiento y en cuáles deberían ser las políticas a seguir para conseguir una situación más favorable y, con ella, una justicia laboral más rápida y eficiente.

II.- LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.- La seguridad jurídica.- Pese a estar expresamente reconocido en la Constitución el principio de la "*seguridad jurídica*" como un principio genérico informador del ordenamiento jurídico (Art. 9.3) concretado a su vez en los principios especiales de legalidad, de irretroactividad, de jerarquía normativa, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3) y de igualdad de trato (Arts. 9.2 y 14) y como una garantía de la libertad personal (Art. 17.1), en la práctica del derecho la seguridad jurídica suele ser la "*gran olvidada*" por el legislador de cualquier ideología política, pese a constituir la "*columna vertebral*" del Estado de Derecho, verdadera garantizadora de los derechos y libertades de los ciudadanos. Y, desde una vertiente práctica, no olvidemos tampoco

el elevadísimo costo económico de la inseguridad jurídica en un país.

En esencia, la "*seguridad jurídica*" significa la eliminación de la incertidumbre al operar jurídicamente, exigiendo de un ordenamiento que dé una respuesta cierta y segura a los distintos problemas planteados. Y en este sentido no hay duda de que cuando el margen de interpretación jurídica de una norma es excesivo, se pone en peligro la seguridad jurídica.

Para conseguirla parece necesario que las normas laborales, no sólo las sustantivas sino también las procesales, sean pocas, claras, completas y no excesivamente cambiantes.

3.- Las normas laborales no son pocas.- Sin embargo, las normas laborales no son pocas sino ciertamente muchas. En este sentido, por una parte, existen distintos niveles normativos. Hay así normas comunitarias, normas internacionales, normas constitucionales, normas legales, normas reglamentarias, normas convencionales, laudos arbitrales, pactos y acuerdos de empresa y pactos individuales. Y, por otra parte, dentro de cada uno de estos niveles normativos, son también abundantes las concretas normas existentes.

Esta multiplicidad de normas laborales resulta en cierto modo inevitable ya que, con base en una razonable división competencial, siempre existirán normas laborales de distinto origen. Ello no obstante, de existir una verdadera "*voluntad política autorrestringida*" a la hora de su elaboración en todos los niveles, cabría pensar en la adopción de una serie de medidas garantizadoras de una cierta seguridad jurídica. Así:

1ª) En primer lugar, una vigencia y duración mayor de las leyes laborales y, desde luego, la sistematización entre ellas a modo de "*Código*", instrumento jurídico precioso para el conocimiento seguro de todas ellas, que fue prometido en la vieja edición inicial

del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (en adelante, ET) y que nunca apareció.

Paradójicamente, se aprecia no obstante lo anterior la falta de desarrollo normativo y la necesaria integración jurisprudencial de alguna importantes materias, tales como, por vía de ejemplo, algunos aspectos del régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas no cubiertas por el Estatuto Básico del Empleado Público, las huelgas de los funcionarios públicos o los convenios colectivos extraestatutarios u otras más, todas ellas de excepcional importancia.

2ª) En segundo lugar, habría que publicar los reglamentos de las leyes laborales al mismo tiempo que ellas y no, como suele ocurrir, tras un cierto tiempo de aplicación judicial de la ley, con lo que existen siempre dos etapas en la misma: una, inicial, tras su promulgación y otra, posterior, muchas veces con signo interpretativo judicial distinto, lo que atenta frontalmente a una mínima seguridad jurídica y a la igualdad entre los ciudadanos en la aplicación de la ley, fenómeno de muy difícil entendimiento para el ciudadano justiciable, y aún para un jurista.

Esto ha sucedido, por ejemplo, con la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo Reglamento de los Servicios de Prevención apareció en el año 1997 (RD 38/1997, de 17 de Enero) y el relativo a la coordinación de actividades empresariales, aspecto clave para la aplicación de la Ley, en el año 2004 (RD 171/2004, de 30 de Enero).

Por otra parte, este modo de actuar puede ciertamente ocasionar enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a resultas de un eventual viraje reglamentario del Gobierno respecto de la anterior interpretación jurisprudencial de una ley. Un ejemplo de esto último se produjo con la publicación del Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de los contratos y reducción de jornada por causas

económicas, técnicas, organizativas o productivas (RD 1483/2012, de 29 de Octubre).

3ª) En tercer lugar, hay que defender la presencia de convenios colectivos suficientes y articulados entre ellos, luchando contra la situación actual en la que resulta constatable paradójicamente una inflación convencional y, al mismo tiempo, un déficit de negociación colectiva en algunos sectores de actividad, existiendo muchos convenios colectivos que sin embargo no cubren el 100 por 100 de las relaciones laborales existentes.

En efecto, actualmente el número de convenios colectivos estatutarios se cifra en , divididos del siguiente modo:...convenios colectivos sectoriales estatales;...convenios colectivos sectoriales de ámbito de Comunidad Autónoma;...convenios colectivos provinciales;...convenios colectivos de empresa. Pese a ello, existen sectores y subsectores de actividad sin cobertura negocial. Esto sucede, por ejemplo, con...

Por otra parte, la articulación entre los convenios colectivos de distinto ámbito, prevista en el propio Estatuto de los Trabajadores (Art. 83.2) fue abandonada en la práctica negocial cuando era jurídicamente posible -siendo muy escasos los ejemplos de una negociación articulada (el Convenio General de la Industria Química y algún otro)- habiendo sido más tarde dificultada esta posibilidad por la Reforma Laboral del Gobierno Popular del 2012 al establecer la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y análogos respecto de los convenios colectivos sectoriales en una serie de materias, sin duda las más importantes.

4ª) En cuarto lugar, habría que intentar reducir los pactos y acuerdos de empresa desarticulados de la negociación colectiva estatutaria sectorial o de empresa, negociados por determinados sindicatos sin representatividad suficiente para negociar un convenio colectivo estatutario de eficacia general, lo que les convierte en pactos extraestatutarios de eficacia personal limitada, con la

consiguiente aplicación -si bien es verdad que teórica- de los mismos solamente a determinados trabajadores de la empresa.

Ejemplo de esto que digo resulta constatable en el Sector Bancario, donde, junto al Convenio Colectivo Nacional de Banca, coexisten en la mayoría de los Bancos infinidad de pactos de empresa extraestatutarios de contenido concreto y de eficacia personal aplicativa limitada a los trabajadores representados por el sindicato negociador.

4.- Las normas laborales suelen ser poco claras.- Por otra parte, las normas laborales suelen ser poco claras. Las normas laborales -comunitarias, internacionales, constitucionales, legales, reglamentarias, convencionales y contractuales- se caracterizan, en mayor o en menor medida, por su "*ambigüedad*". Así:

a) Las normas comunitarias, internacionales y constitucionales son por su intrínseca naturaleza política de una necesaria ambigüedad, como lo demuestran las abundantes cuestiones prejudiciales y de constitucionalidad habidas sobre muy distintas cuestiones laborales de suma importancia. Así, por ejemplo, sobre las indemnizaciones por finalización del contrato de interinidad (STJUE de 16 de Septiembre de 2016. Asunto de Diego Porrás) o sobre la aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de Marzo de 2001, a las reversiones administrativas, garantizadora del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de traspasos de empresas frente a los principios constitucionales de igualdad (capacidad, mérito y publicidad) en el acceso al empleo público (Art. 103.3 de la Constitución), cuestión de una enorme trascendencia política y aún no resuelta definitivamente.

b) Las normas legales se aprueban muchas veces partiendo de filosofías o de intereses distintos e incluso contradictorios, utilizando las denominadas "*enmiendas parlamentarias de aproximación*" que dan al traste con la finalidad inicial del Proyecto de Ley presentado por un Gobierno, haciendo muy difícil la interpretación teleológica o

finalista de la norma por parte de los operadores jurídicos, dado que cuando se aprueba la ley y se pretende aplicar ya no existe una sola "*ratio legis*" sino varias y a veces contradictorias entre sí.

c) En general, el Derecho del Trabajo se caracteriza por utilizar una gran cantidad de "*conceptos jurídicos indeterminados*", de necesaria integración jurisprudencial para poder aplicarlo, comenzando por el primero y principal, esto es, por el concepto legal mismo de "*trabajador dependiente y por cuenta ajena*" que da base jurídica al sector laboral del ordenamiento, sobre el que existe una jurisprudencia verdaderamente "*cansina*".

Existiendo, ciertamente, muchos otros. Así, por vía de ejemplo, conceptos legales tan importantes como el de "*concurrentia desleal*", el de "*contrata de obras o servicios*", el de "*contrata de la propia actividad del empresario principal*", el de "*cesión ilegal de trabajadores*", el de "*salario y/o percepción extrasalarial*", el de "*protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral*" o el las "*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*" de los traslados, modificaciones, suspensiones y despidos colectivos.

Todo lo cual provoca sin duda un importante debate jurisprudencial sobre los mismos, con abundancia de contradicciones y de matices interpretativos que no siempre consigue superar el recurso de casación en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, provocando todo ello una gran inseguridad jurídica.

e) En nuestro ordenamiento coexisten varios tipos de pactos colectivos, todos ellos amparados por el Art. 37.1 de la Constitución, cuyo régimen jurídico no está lo suficientemente claro, planteando especiales problemas de concurrentia entre ellos. Así:

- Los convenios colectivos (pactos colectivos de contenido amplio) y los acuerdos colectivos (pactos colectivos de contenido reducido).

- Dentro de los convenios colectivos, los convenios colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios, según estén o no regulados por el Título III del Estatuto del ET.

- Dentro de los convenios colectivos estatutarios, los convenios colectivos ordinarios, los convenios colectivos marco y los convenios colectivos mixtos.

- Y, dentro de los acuerdos colectivos, los acuerdos colectivos interprofesionales (marco o sobre materias concretas) y los acuerdos colectivos supraempresariales o de empresa de muy distinta finalidad: acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (Art. 22.1 del ET: el sistema de clasificación profesional; Art. 24.1 del ET: el régimen de los ascensos; Art. 29.1 del ET: el recibo de salarios; Art. 31.1 del ET: la fijación de la fecha de cobro de la segunda paga extraordinaria; Art. 34.2 del ET: la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; Art. 34.3 del ET: el límite de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo; Art. 67.1 del ET: la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla); acuerdos colectivos de empresa de inaplicación de convenios colectivos estatutarios; acuerdos colectivos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo; acuerdos colectivos de empresa modificativos de condiciones de trabajo de naturaleza contractual y sobre traslados; y acuerdos colectivos de fusión o absorción de empresas.

A la vista de la anterior complejidad, de continuar, ésta debería sin duda clarificarse mediante el establecimiento de dos medidas absolutamente básicas para garantizar una mínima seguridad jurídica hoy inexistentes. A saber:

1ª) En primer lugar, delimitar en la ley la eficacia jurídica (normativa o contractual) y personal (general o limitada) de todos y cada uno de los pactos colectivos (convenios y acuerdos) en función de las partes que los negociaron.

2ª) Y, en segundo lugar, regular la concurrencia entre las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos de esta naturaleza, bien de acuerdo con el principio de jerarquía normativa -entre los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y los convenios colectivos extraestatutarios, de mantenerse su eficacia contractual,- bien mediante la aplicación de otros criterios distintos: la prioridad en el tiempo, la especialidad, la favorabilidad para el trabajador o la complementariedad, debiendo dejarse sin duda un margen de libertad a las propias partes negociadoras.

e) Uno de los problemas mal resueltos en nuestro sistema de negociación colectiva es sin duda el de la regulación de la ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios establecida por la Reforma del 2012 en un año de duración y, para el caso de inexistencia de un nuevo convenio colectivo o de un laudo arbitral sustitutivo en esa fecha, con aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, si lo hubiere, o de la legislación laboral general en caso contrario (Art. 86.3 del ET).

A mi juicio, cabría defender otras "*soluciones intermedias*" entre ésta y la de mantener sine die la ultraactividad normativa de los convenios colectivos. Así, por ejemplo, la fórmula que adoptaron los denominados "*acuerdos de cobertura de vacíos*" sustitutivos de las viejas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales, estableciendo un límite temporal (de uno o de dos años) a la ultraactividad normativa de los convenios colectivos y manteniendo únicamente la vigencia ultraactiva sine die de la clasificación profesional, del régimen disciplinario, del tiempo de trabajo y de las retribuciones. Piénsese en este sentido en los problemas que plantea la supresión de la ultraactividad en materia retributiva y la vuelta al salario mínimo interprofesional sin distinción de grupos profesionales; o en las dificultades empresariales para realizar nuevas contrataciones sin un sistema de clasificación profesional convencional; o la imposibilidad de aplicar un régimen disciplinario sin la necesaria regulación convencional.

Desde luego, cabría también pensar en la "*fórmula belga*" de "*rebajar*" la naturaleza normativa de las condiciones del convenio colectivo a contractual, si bien no por la vía jurisprudencial (como hizo la STS de 22 de Diciembre de 2014, Rec. 264/2014) sino por la vía legal.

En cualquier caso, la solución óptima sería la de que, en el caso de que no se llegase a un acuerdo de revisión o de sustitución (hacia arriba o hacia abajo) de la anterior unidad de negociación del convenio colectivo anteriormente aplicable o de ruptura expresa y formal de las negociaciones en el plazo de tiempo correspondiente, las partes acudan a los procedimientos de solución extrajudicial establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

De esta manera, se evitaría el mantenimiento sine die de la ultraactividad normativa del convenio colectivo anterior y la del convenio colectivo de ámbito superior (territorial o funcionalmente) aplicación o, en su caso, de la legislación laboral general, fórmulas todas ellas que plantean indudables problemas de aplicación: el mantenimiento de la ultraactividad sine die, porque la institución no está pensada para ello; la aplicación de la legislación general, por los problemas reales y prácticos "*de vuelta atrás*" que ello implica en todas las condiciones de trabajo; y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, porque puede no existir y, en el caso de que exista, pudiera ocurrir que el recurso a la aplicación del convenio superior no solucionase los problemas dado su contenido previsiblemente limitado.

f) Las normas convencionales, por su parte, adolecen en muchos casos de importantes defectos técnicos que hacen difícil su aplicación. Los errores más frecuentes constatables en los convenios colectivos se refieren a las referencias a normas derogadas o a instituciones desaparecidas.

Son, en este sentido, desgraciadamente, demasiados los convenios colectivos, sobre todo provinciales, que incurren en estos

errores, producto de la inercia de las partes que copian el convenio colectivo anterior en lo no modificado y de las autoridades administrativas laborales que no ejercen eficazmente su obligación legal de control de legalidad.

Así, por ejemplo, resulta muy frecuente referirse en el convenio colectivo a la derogada Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo o a las igualmente derogadas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales del sector de mediados del siglo pasado..

Actuar de esta manera en la redacción de los convenios colectivos no resulta muchas veces gratuito, en la medida en que el remitirse a normas derogadas implica el riesgo, no ya de que no resulten aplicables por encontrarse derogadas, sino, al contrario, que resulten aplicables con todas sus consecuencias como precepto convencional al haberse "*convencionalizado*".

Otra de las prácticas más frecuentes en los convenios colectivos es la de reiterar en el texto de éstos preceptos provenientes de normas legales o de reglamentos laborales vigentes. Con la intención seguramente pedagógica de llevar al texto del convenio colectivo lo que ya está en la ley o en el reglamento por su más fácil acceso a aquel que a estos últimos, se corre el riesgo, en el caso de no copiar correctamente la norma, modificando alguna palabra o incluso algún signo ortográfico, de plantear problemas interpretativos posteriores. Ejemplos ha habido en estos años.

Por todo ello, en aras de una mayor seguridad jurídica en la interpretación de los convenios colectivos, se recomienda muy encarecidamente a las partes negociadoras, y a sus asesores, lo siguiente:

1º) Que, o bien eviten la repetición innecesaria de preceptos legales o reglamentarios vigentes, total o parcialmente, que nada añaden y que dificultan en ocasiones su correcta interpretación, en el convencimiento de que aunque no se transcriban resultarán igualmente aplicables, o bien, de entenderse oportuna su inclusión, cuiden de una manera especial que la copia de la norma

sea absolutamente correcta.

2º) Y que eviten, en general, la remisión a normas derogadas y que, en el caso de que sea su expresa y clara voluntad regular una determinada materia en los términos establecidos por aquellas (Reglamentaciones de Trabajo normalmente o, incluso, algún otro precepto derogado), que transcriban el precepto literalmente incorporándolo claramente al contenido del convenio colectivo sin necesidad de hacer referencia a la vieja norma derogada.

Por otra parte, en la negociación colectiva existen de antiguo determinadas cláusulas convencionales que se pactan en ocasiones por inercia y por costumbre sin tener muy claro cuál es el verdadero significado y alcance jurídico de las mismas y, lo que es peor, sin tener conciencia de que su significado ha podido cambiar con el paso del tiempo, bien por las modificaciones normativas legales operadas respecto de la negociación colectiva o bien por la cambiante interpretación jurisprudencial de las mismas. En todo caso, su equivocidad, los defectos de redacción o su escasa utilidad plantean en ocasiones una conflictividad que podría evitarse suprimiéndolos o ajustándolos a la verdadera finalidad pretendida por las partes:

1ª) Esto sucede con las *"cláusulas de vinculación a la totalidad del convenio"*. Casi todos los convenios colectivos, con uno u otro nombre, establecen una *"cláusula de vinculación a la totalidad del convenio"*. En ella se parte de la consideración del convenio colectivo como *"un todo orgánico e indivisible"* para determinar los efectos que sobre el convenio colectivo deben tener las sentencias que anulen algunas de sus cláusulas. La fórmula más utilizada viene a ser la siguiente: *"Siendo las condiciones pactadas un todo orgánico e indivisible, el presente convenio será nulo y quedará sin efecto en el supuesto en que la jurisdicción competente anulase alguno de sus pactos"*.

Inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aceptaba la validez de estas cláusulas, partiendo del necesario equilibrio interno del convenio colectivo y de la necesaria reciprocidad entre las prestaciones y contraprestaciones. Pero a partir de la STS de 22

de Septiembre de 1998, Ar/7576, el Tribunal Supremo viene manteniendo que una cláusula convencional de vinculación a la totalidad no puede provocar que una nulidad parcial produzca la nulidad total del convenio colectivo ni tampoco la suspensión de su vigencia. Argumenta, en este sentido, que declarar la nulidad total del convenio por la nulidad de alguna de sus cláusulas produce una *"inmunidad frente a las impugnaciones del mismo"* y que, por ello, supone un portillo abierto para vulnerar el principio de legalidad y un fuerte obstáculo para la vigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la CE. Ello no significa que estas cláusulas sean inútiles y sin efectos. Según el Tribunal Supremo, estas cláusulas permiten a las partes exigir a la contraparte la renegociación del convenio pero, mientras tanto, el convenio continúa vigente, salvo aquellas cláusulas declaradas judicialmente nulas.

Sería por tanto conveniente que los negociadores recondujeran estas cláusulas a los términos jurisprudenciales expuestos.

2ª) Algo parecido ocurre con las denominadas cláusulas de *"garantía ad personam"*, de *"respeto de los derechos adquiridos"* o de *"respeto de las condiciones más beneficiosas"*. En algunas ocasiones, estas cláusulas pretenden imponer al empresario el respeto de aquellas condiciones (económicas o de otra índole, existiendo cláusulas restringidas a las primeras y otras que se extienden a las segundas) disfrutadas a título individual por los trabajadores en base a su contrato de trabajo, más favorables (estimadas en su conjunto) que las establecidas en el convenio colectivo. Dicho de otra manera, lo que la cláusula establece es que el convenio colectivo debe respetar las condiciones contractuales, expresas o tácitas (las nacidas de concesión unilateral del empresario o de un convenio colectivo extraestatutarios) y convertidas en derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas de origen contractual por el paso del tiempo, dado el carácter mínimo de las condiciones convencionales.

Estas cláusulas, con este significado y finalidad, son perfectamente superfluas por cuanto, de no existir, habrían de respetarse igualmente las condiciones contractuales más favorables al convenio con base en lo dispuesto en el Art. 3.1.c) del ET ("*1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:...c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados*").

En otras ocasiones, se pretende extender el respeto a las condiciones laborales y/o salariales nacidas de la costumbre anterior al convenio colectivo. En estos casos, ciertamente, son necesarias estas cláusulas por cuanto, según el Art. 3.4 del ET, "*los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones...convencionales...a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa*". Así, dado el carácter naturalmente subsidiario de la costumbre, de no existir cláusula expresa en el convenio colectivo de respeto y mantenimiento (de "*recepción*" o "*remisión expresa*" en la terminología de la ley), se aplicaría el convenio colectivo y no la costumbre. Ahora bien, hay que reconocer que son muy escasas las costumbres laborales locales y profesionales existentes, tratándose más bien de usos de empresa, perfectamente identificables con concesiones unilaterales del empresario convertidas en derechos adquiridos de los trabajadores o condiciones más beneficiosas de origen contractual, subsumibles en el supuesto anterior.

Es también frecuente que, a la vez, se exija el respeto de las condiciones más favorables para los trabajadores disfrutadas por éstos en base al convenio colectivo anterior, estableciendo de esta manera un trato desigual entre los trabajadores contratados con anterioridad a la fecha de aplicación del convenio y los contratados con posterioridad, sin otra justificación que la fecha de la contratación.

Con independencia de su carácter atentatorio o no del principio de igualdad de trato del Art. 14 de la Constitución, dada la

naturaleza normativa del convenio colectivo estatutario, lo cierto es que, del lado empresarial, tal situación no parece recomendable de cara a mantener la paz social en el futuro; y, sindicalmente, tampoco parecen de recibo tales situaciones, por lo que sería recomendable una mejora de su redacción para evitar confusiones y dudas interpretativas.

Así pues, dado que el primer tipo de cláusulas descrito resulta superfluo, el segundo infrecuente y el tercero poco recomendable, nada sucedería si desaparecieran estas cláusulas de los convenios colectivos.

5.- Las normas laborales suelen ser incompletas.- Las normas laborales suelen ser incompletas en cuanto a su estructura y en cuanto a su contenido.

A mi juicio, la estructura de una norma debería contar con la presencia de "*tres elementos*" para poder ser calificada de "*norma completa*":

1º) En primer lugar, deberá existir un mandato normativo claro.

2º) En segundo lugar, deberá delimitarse el alcance imperativo de ese mandato normativo, esto es, aclarar si la norma es de derecho necesario absoluto, de derecho necesario relativo -máximo o mínimo, compensable o incompensable- o de derecho dispositivo. La existencia de esta gran variedad de naturalezas jurídicas en el caso de las normas laborales frente a lo que sucede en otras normas (civiles o administrativas, por ejemplo) que o son dispositivas o son imperativas, hace más necesario aclarar cuál sea su alcance imperativo cara a las normas inferiores en jerarquía normativa.

3º) Y, en tercer lugar, la sanciones aplicables en los casos de incumplimiento del mandato normativo: si administrativa, contractual laboral, contractual civil y/o penal.

Y sucede que el legislador que hace las leyes, la Administración que las reglamenta, las partes colectivas que negocian los convenios colectivos o las partes que contratan individualmente no cumplen verdaderamente con su obligación, dado que las más de las veces las normas no suelen ser claras en su mandato normativo, no señalan expresa y claramente cuál sea su alcance imperativo y tampoco establecen las correspondientes sanciones para el caso de incumplimiento de ese mandato normativo, planteándose así una gran *"conflictividad gratuita"* que deben lógicamente resolver los Tribunales, con una importante dosis de inseguridad jurídica en su jurisprudencia, que *"invade"* además probablemente así la función normativa que desde luego no les corresponde constitucionalmente, lo que podría sin duda evitarse *"haciendo bien las cosas"*, esto es, elaborando una norma más completa y más clara.

No parece, en conclusión, que la actual situación resulte ser la adecuada ni desde una perspectiva técnico-jurídica ni tampoco desde el plano de la política del derecho ya que, lejos de aclarar un tema tan central como el de las relaciones entre las normas estatales y las normas convencionales y el de las relaciones de todas ellas con los contratos individuales de trabajo, mantiene una notable inseguridad jurídica sólo salvada por la acción jurisprudencial de los Tribunales, a su vez contradictoria.

Aun siendo consciente de los riesgos que sin duda alguna conlleva, habría que apostar rotunda y decididamente en el futuro por la seguridad jurídica, proporcionando unas bases normativas sólidas y claras, comprometiéndose los sujetos creadores de las normas laborales (el legislador, la Administración y los agentes sociales) en el momento de su elaboración a cumplir con las tres reglas anteriores, liberando así a los Tribunales de la penosa tarea integradora que por lo demás no les pertenece dado el exquisito carácter normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial del tema.

Por todo lo anterior, propondría, en fin, el establecimiento de una cláusula o disposición adicional en todas y cada una de las leyes, reglamentos laborales y convenios colectivos que, a semejanza de las normas legales sobre el Estatuto de la Función Pública, donde siempre hay una disposición adicional que establece qué concretos preceptos son "*básicos*" a los efectos de la legislación autonómica complementaria, que concretase expresamente qué preceptos son absolutamente imperativos, máximos o mínimos (compensables o incompensables) o dispositivos. Y, para el caso de que se reconociese la imperatividad relativa mínima de una norma, debería establecerse el criterio a seguir en la comparación de las normas que, a mi juicio, debería ser el de comparar condición por condición o, en su caso, los bloques de conceptos cuantificables de la misma naturaleza (normas sobre tiempo de trabajo o normas retributivas) globalmente y en cómputo anual.

En todo caso, lo que en algún tiempo pudo estar claro - tradicionalmente existía la "*presunción*" de que todas las normas laborales eran normas mínimas salvo las "*estructuras institucionales del Derecho del Trabajo*" (normas sobre capacidad, procesales o de representación de los trabajadores, por ejemplo) y las dispositivas que aparecían con la apostilla "*salvo pacto en contrario*"- hoy no lo está, constatándose un cambio de sensibilidad interpretativa importante en este sentido.

Por lo que se refiere al contenido de las normas, resulta muy frecuente utilizar la técnica del "*reenvío*"¹ de la ley a la negociación colectiva y, en su caso, a la contratación individual para la integración de un contenido legal o reglamentario incompleto o, incluso, para deslegalizar determinadas materias, remitiendo su regulación a los convenios colectivos o a los contratos individuales. En todo caso, no deben confundirse las "*llamadas para complementar o regular*" una determinada materia con las "*llamadas para sustituir*", esto es, con las normas estatales

¹ Solamente en el ET es posible detectar hasta 44 reenvíos o remisiones legales a la negociación colectiva (cfr. Guía de la negociación colectiva 2018. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. 2018. Pags. 100 y ss.).

dispositivas, sólo aplicables en defecto de pacto colectivo o individual.

Si nos situamos en este plano, tampoco existe seguridad jurídica alguna, surgiendo infinidad de problemas de carácter interpretativo. Básicamente, los tres siguientes:

a) En primer lugar, cuando una ley llama a un convenio colectivo para complementar un determinado precepto, se plantea la cuestión de si existe libertad para negociar colectivamente esos aspectos complementarios o si, por el contrario, hay una obligación de negociarlos. En principio, hay que decir que existe libertad de negociación con base en el Art. 85.1 del ET, aunque cabe que la ley exija obligatoriamente la negociación. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las *"cláusulas de inaplicación convencional"* a que se refiere el Art. 85.3 del ET (*"procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el Art. 82.3"*) y, más dudosamente, con los derechos de formación profesional de los Arts. 12.4 f) (*"Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales"*) y 23.2 del ET (*"En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo"*).

b) En segundo lugar, se plantea la cuestión de saber cuáles son los límites legales que el acuerdo complementario del convenio colectivo tiene. El problema se ha planteado respecto del Art. 15. 1 a) del ET, referido al contrato temporal de obra o servicio determinado. En él se remite a los convenios colectivos para *"identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza"* y tal remisión plantea la cuestión de saber si el convenio colectivo viene o no limitado por la previa definición que la ley hace de lo que entiende por *"obra o servicio"*

determinado” a estos efectos, esto es, si se trata de una llamada para deslegalizar o para complementar el mandato legal.

c) En tercer lugar, en el caso de las remisiones de la ley al convenio colectivo para complementar su mandato, se plantea igualmente en ocasiones la cuestión de cuando surge el derecho: ¿Del mero reconocimiento legal o a partir de la concreción convencional? Ésto sucede, por ejemplo, con el Art. 36.2 del ET, relativo a las retribuciones del trabajo nocturno, donde se establece que *"el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva"*; o con el Art. 23.2 del ET, respecto de los derechos de formación profesional.

Así pues, tampoco en lo relativo a las relaciones de complementariedad entre las normas estatales y convencionales existe una claridad suficiente en la actuación legislativa, constatándose igualmente un importante déficit de seguridad jurídica, déficit que debería colmarse estableciéndose en todos los supuestos de *"normas llamadas"* con una claridad meridiana cual sea la voluntad del legislador.

6.- Las normas laborales son de una gran variabilidad.-

Las normas laborales cambian mucho, acaso demasiado: las reformas laborales acompañan normalmente a los cambios de Gobierno y, aún sin cambios gubernamentales, también se producen con una gran frecuencia.

Así, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores, la principal norma laboral, ha sufrido en sus cuarenta años de existencia desde el año 1978 hasta hoy alrededor de cincuenta modificaciones parciales y no siempre en la misma dirección, de las que cabría resaltar por su importancia las de 1986 y 2012.

Por otra parte, las reformas normativas se producen normalmente sin seguir la lógica del sentido común, que exigiría ensayarlas primero en algún sector de actividad para luego, extenderlas en caso de éxito y suprimirlas en caso de fracaso.

En este último sentido, aunque suele ser muy frecuente que las normas legales establezcan en una disposición adicional que una comisión tripartita de Gobierno, patronal y sindicatos valorará periódicamente la eficacia de las mismas, en la práctica o esta comisión tripartita no se reúne o no llega a acuerdo unánime alguno, con lo que muchas normas fracasadas eternizan así su vigencia, entrelazándose con otras posteriores de distinta filosofía política, haciendo así también realmente difícil su interpretación teleológica por parte de los tribunales laborales.

Habría que imitar posiblemente en este último sentido a la Ley francesa, aprobada en abril de 2017, por la que se obliga al Gobierno de turno a presentar, el primer martes de octubre de cada año, un Informe en el que se analicen una serie de indicadores sobre desigualdad, calidad de vida y desarrollo sostenible, que permita evaluar el impacto de las reformas aprobadas el año anterior, o en curso, en esos tres apartados. Es muy posible que esta norma no sea capaz de modificar la realidad, pero, aun así, ayudaría a conocerla mejor, obligando al Parlamento a discutir (casi al mismo tiempo que sobre los Presupuestos) sobre una serie de indicadores que reflejan la vida cotidiana de los ciudadanos y no solamente las previsiones de crecimiento del PIB y del empleo que no reflejan las aspiraciones de los ciudadanos: ¿Es imaginable un debate en nuestro Congreso de los Diputados en el que se discutiese obligatoriamente todos los años sobre los niveles de desigualdad, los ingresos reales de los ciudadanos, la situación, comparada por Comunidades Autónomas, de la sanidad, de la educación pública o de la preservación del medio ambiente, con datos proporcionados por un organismo independiente, aceptado por unos y otros? ¿Es imaginable un debate parlamentario que parta de la evaluación del impacto que ha tenido una ley aprobada en el curso anterior?

Leyes parecidas a ésta se han aprobado en Nueva Zelanda, Australia, Escocia, Bélgica o Alemania. Poco a poco se va instalando la idea de que no es posible medir el éxito de un Gobierno por el

crecimiento que haya experimentado el PIB durante su gestión (aunque sea éste un indicador muy necesario), sino por otro tipo de indicadores que reflejen hasta qué punto esa gestión satisface las necesidades de la mayoría de la población.

7.- La formalización de las relaciones laborales contractuales.- Otro aspecto relacionado íntimamente con la seguridad jurídica es el relativo a la formalización de las relaciones contractuales laborales entre los empresarios y los trabajadores individuales.

En España, con carácter general en materia contractual, y también en los contratos de trabajo, existe una, a mi juicio "obsoleta", tradición espiritualista y no formalista que arranca del Ordenamiento de Alcalá ("*de cualquier manera que uno quiera obligarse quede obligado*"), no exigiéndose la forma escrita con carácter general para la validez de los contratos². Y de la falta de escritura surgen también muchos "*conflictos gratuitos*" que se podrían evitar formalizando las relaciones laborales.

En este sentido, me atrevería a afirmar que en la práctica se incumple olímpicamente lo dispuesto en el Art. 2 de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de Octubre de 1991, del Consejo³, sobre la

² El Art. 8.1 del ET establece que "*el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.*" Aunque, ciertamente, en otras disposiciones legales se exige la forma escrita para determinados contratos laborales. Así, por ejemplo, "*deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios. Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral*"(Art. 8.2 del ET).

³ Así, el Art. 2 de la Directiva señala que "*1. El empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quien se aplica la presente Directiva,*

obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, y en el Art. 8.5 del ET⁴ que la traspuso en nuestro ordenamiento

denominado en lo sucesivo el « trabajador », los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral.

2. La información contemplada en el apartado 1 se referirá, al menos, a los siguientes elementos:

a) la identidad de las partes;

b) el lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario;

c) i) la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador, o

ii) la caracterización o la descripción resumidas del trabajo;

d) la fecha de comienzo del contrato o de la relación laboral;

e) en caso de que se trate de un contrato o de una relación laboral temporal: la duración previsible del contrato o de la relación laboral;

f) la duración de las vacaciones pagadas a las que el trabajador tenga derecho, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones;

g) la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso;

h) la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así

como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador;

i) la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador;

j) en su caso:

i) la mención de los convenios colectivos y/o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador, o

ii) si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.

3) La información sobre los elementos a que se alude en las letras f), g), h) e i) del apartado 2 podrá derivarse, en su caso de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen las correspondientes materias".

⁴ El Art. 8.5 del ET establece que "cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y

laboral, que exigen del empresario la entrega por escrito al trabajador en las relaciones laborales que duren al menos cuatro semanas de los "*elementos esenciales*" de su contrato. Siendo lo peor de todo que no existe conciencia clara por parte de nadie -trabajadores, empresarios, sindicatos o autoridades laborales- de la existencia de este incumplimiento generalizado, "*aceptándose*" la ilegalidad como base de la conservación de la relación laboral.

Entiendo que, con carácter general, en pleno Siglo XXI no es posible mantener las reglas de formalización de los contratos existentes en una sociedad agraria y poco compleja como la coetánea al Ordenamiento de Alcalá. Mi consejo en este sentido siempre ha sido el de documentar las condiciones contractuales, en la medida de lo posible, evitando así muchos posteriores conflictos.

III.- EL ASESORAMIENTO JURÍDICO PREVIO

8.- El asesoramiento jurídico previo frente al conflicto abierto.- El asesoramiento jurídico previo tiene también una gran importancia en este orden de cosas para evitar conflictos o para conseguir que, una vez inevitablemente planteados, su canalización sea, desde el primer momento, la más adecuada. Resulta constatable en este sentido que en los países menos desarrollados en lo jurídico -y España entre ellos, salvo, acaso, en las grandes empresas,- a la "*cultura del asesoramiento*" le falta un largo trecho que recorrer.

Pero ¿cuál es la razón de que ésto ocurra? A mi juicio, existen dos razones "*que se dan la mano*": ni los clientes ni los abogados están por la labor. Los clientes porque no valoran suficientemente el asesoramiento, considerándolo un "*gasto superfluo*" y no una "*inversión rentable*" y por ello no lo piden, acudiendo al abogado sóloamente "*in articulo mortis*". Y los abogados porque, al no pedirlo los clientes, se inclinan por el pleito judicial que es lo que mejor

condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito". Precepto legal desarrollado reglamentariamente por el RD 1659/1998, de 24 de Julio.

conocen. Salvando honrosísimas excepciones, los abogados conocen muy bien el derecho procesal y el derecho probatorio de los hechos, esto es, como llevar un pleito, siendo menores sus conocimientos en lo relativo al derecho sustantivo por aquello de que éste lo ponen los jueces (*"iura novit curia"*).

Mi consejo y mi mensaje siempre ha sido el de predicar el lógico asesoramiento antes de tomar decisiones que puedan comprometer más tarde el futuro de una relación jurídica laboral. Y ello tanto del lado del trabajador como del empresario.

Respecto del empresariado, llama la atención la minuciosidad y las exigencias de información y de previsibilidad de los riesgos que las empresas multinacionales, especialmente las de raíz anglosajona, imponen a sus asesores antes de embarcarse en un pleito, frente a la *"cultura del litigio"* del abogado tipo entre nosotros, que concibe a éste como un *"director del proceso"* y no como un profesional dirigido a *"evitar el pleito"*.

Para salir de este *"círculo vicioso"* se exige un cambio en la *"cultura jurídica"* por parte de todos, cambio que debe comenzar sin duda en las aulas de las Facultades de Derecho. Actualmente, tan sólo las grandes empresas practican el asesoramiento jurídico previo, lo que, unido a la generalizada inseguridad jurídica derivada de nuestras normas laborales (*ver supra*) eleva a cifras exponenciales los posteriores conflictos judiciales.

IV.- LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES

9.- La conciliación, la mediación y el arbitraje: la resistencia pasiva a los mismos.- Para evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales y con ella la lentitud de la Justicia laboral es también necesario potenciar el desarrollo de los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales, esto es, de la conciliación, de la mediación y del arbitraje pero,

sobre todo, de los dos primeros, por su naturaleza directamente negocial: hay que acostumbrar a las partes a solucionar sus problemas en una mesa de negociación, eso sí, con el debido asesoramiento.

En España no existe todavía con carácter general una "*cultura de la negociación*" entre los interlocutores sociales, que es en lo que se concretan estos procedimientos, más rápidos y naturales y que evitan la creación y el enquistamiento de un "*mal clima social*" en la empresa.

En estos últimos años se han venido desarrollando estos procedimientos de la mano de los acuerdos interprofesionales, estatal y autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos laborales, firmados por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal y autonómico. Pero se camina lento y la situación dista todavía de ser la idónea.

Las razones de este retraso acaso admitan una explicación "*psicoanalítica*", según la que los interlocutores sociales no tendrían confianza en sí mismos (falta de formación y de experiencia en esta línea) y "*buscarían al padre*" en la actuación judicial del Estado. Existiendo sin duda también una explicación "*sociológica*", en el sentido de que las sociedades latinas son más desiguales e históricamente los conflictos han predominado sobre la negociación en las relaciones laborales. Pero, sobre todo, es la "*cultura judicialista*" de los operadores jurídicos en caso de conflicto laboral (de los abogados y diplomados en relaciones laborales) que conocen bien como "*actuar*" y "*minutar*" en los procedimientos judiciales pero que tienen una menor experiencia en este tipo de procedimientos extrajudiciales.

La importancia -cualitativa y cuantitativa- de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales se ha desarrollado, en mayor o menor medida, en todos los países en estos últimos años, llegando en algunos casos a formar parte fundamental de su Modelo de Relaciones Laborales. Resulta por ello

necesario y urgente plantear debate sobre todos y cada una de las cuestiones polémicas que implica la implantación de un sistema de esta naturaleza y promocionarlos en todo caso.

10.- Las ventajas de los procedimientos extrajudiciales.- Una aproximación al inventario de las ventajas que arrojan los procedimientos extrajudiciales en la solución de los conflictos laborales arrojaría el siguiente resultado:

1º) Desde una perspectiva comparativa con el procedimiento judicial, cabría señalar las siguientes diferencias:

a) En primer lugar, la rapidez del procedimiento. No es necesario abundar mucho en este aspecto por su obviedad. La estructuración formal del proceso judicial en una institución compleja siempre exigirá más tiempo que la informalidad de los procedimientos extrajudiciales.

b) En segundo lugar, la mayor participación de las partes en conflicto, especialmente en el caso de los procedimientos voluntarios, iniciados por un acuerdo de las partes, que delimitará igualmente el objeto y alcance del procedimiento y, probablemente también, los concretos conciliadores, mediadores o árbitros.

c) En tercer lugar, las mayores posibilidades para la aportación de datos, informaciones y pruebas de los hechos para las partes, frente a la rigidez que conlleva la formalidad del procedimiento judicial, donde casi todo suele estar lógicamente reglado.

d) En cuarto lugar, como consecuencia de lo anterior, un mejor entendimiento de los hechos por parte del árbitro que por parte del juez. Rara vez un árbitro dicta un laudo sin conocer los pormenores del conflicto, cosa que no sucede, desgraciadamente, a veces en un juicio.

En definitiva, la búsqueda de la "*verdad material*" frente a la "*verdad formal*" se encuentra sin duda más garantizada en estos procedimientos que en el juicio.

2º) Desde una perspectiva comparativa con los procedimientos de acción directa (la huelga singularmente), las ventajas de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales se sitúan en el plano de los costos (tanto para los trabajadores como para los empresarios en conflicto) y, acaso también, en el plano de su eficacia, dado que las huelgas, en más de una ocasión, son "*absorbidas*" por las empresas. Esto sucede, en las empresas industriales, en el caso de existencia de exceso de "*stocks*" o, en las empresas de servicios, con la "*normal*" recuperación del trabajo perdido por la huelga en las jornadas laborales posteriores.

11.- Los problemas que plantea la implantación de un sistema arbitral.- Ello no obstante, la implantación de un sistema arbitral laboral en un país plantea una serie de problemas que habrá que resolver en todo caso, siendo todos ellos "*cuestiones para debate*". Así:

1º) En primer lugar, la necesidad de un soporte legal que legitime constitucionalmente el arbitraje frente a los derechos, genéricamente reconocidos constitucionalmente en todos los países democráticos, a la "*tutela judicial efectiva*" y a la "*autonomía colectiva*".

En efecto, si las partes, en caso de conflicto, tienen el derecho de acudir a los Tribunales para su solución, el arbitraje deberá ser en todo caso voluntario o, si es obligatorio, deberá establecerse cuando menos el derecho a la impugnación judicial del laudo arbitral correspondiente.

Por otro lado, si las partes tienen reconocido constitucionalmente el derecho a la "*autonomía colectiva*", los

arbitrajes deberán coonestarse con este derecho, siendo por ello de dudosa constitucionalidad los arbitrajes obligatorios impuestos por la ley del Estado; no así los arbitrajes obligatorios impuestos por la propia negociación colectiva y, menos aún, los arbitrajes voluntarios (*ver infra*).

2º) En segundo lugar, habrá que decidir si establecer la posibilidad de acudir a un arbitraje desde la ley o abandonar su establecimiento a la autonomía colectiva, esto es, a la negociación colectiva.

Aunque en los distintos países (y también en España) coexisten dos tipos de arbitraje -el de origen legal y el de origen autonómico o negocial (*ver infra*)- personalmente me inclino por el segundo, esto es, por el arbitraje establecido en la negociación colectiva; y ello por la mayor participación y, con ella, la mayor confianza para las partes en conflicto que estos arbitrajes conllevan respecto de los de origen legal.

En este sentido, apuntaría que los arbitrajes establecidos en España por un viejo Real Decreto-Ley de 1977, preconstitucional pero aún vigente, no se aplican en la práctica, siendo los establecidos por los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, y por ello voluntarios, los que tienen, por el contrario, una virtualidad creciente.

3º) En tercer lugar, una cuestión a dilucidar, de una gran trascendencia jurídica y práctica, por lo que señalé anteriormente, es la obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje para las partes en conflicto, en la medida en que un arbitraje obligatorio podría resultar atentatorio del derecho a la "*autonomía colectiva*" y, por ello, inconstitucional.

En España, los arbitrajes establecidos por los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, son siempre voluntarios para las partes en conflicto.

A mi juicio, aunque sin ninguna duda los arbitrajes voluntarios gozan de mayores ventajas, como ya señalé anteriormente (*ver supra*), que los arbitrajes obligatorios, ello no obstante hay situaciones en las que pudiera resultar oportuno que existiesen arbitrajes obligatorios para solucionar determinados conflictos, sin confiar su solución a la voluntad de las partes.

Para estos casos, habría que distinguir entre los arbitrajes obligatorios impuestos por la ley y los arbitrajes obligatorios impuestos por la negociación colectiva. También entiendo aquí que son preferibles estos últimos sobre los primeros, dado que aquellos realmente no atentan contra la libertad de las partes en conflicto, puesto que han sido negociados voluntariamente por sus representantes. Me refiero así a los que podríamos denominar "*arbitrajes voluntarios/obligatorios*": "*voluntarios*", por cuanto han sido negociados voluntariamente por los representantes en un convenio colectivo; y "*obligatorios*", por cuanto lo son para las concretas partes en conflicto.

En España, estos "*arbitrajes voluntarios/obligatorios*" podrían establecerse en los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal y autonómicos, sobre solución extrajudicial de los conflictos laborales, pero en la práctica no ha ocurrido así debido a la resistencia de los agentes sociales negociadores. Resistencia que, a mi juicio, puede ser debida, fundamentalmente, al temor existente a "*imponer*" a sus bases estos arbitrajes obligatorios, acaso por la falta de una suficiente autoridad sobre las mismas.

Existe, sin embargo, un supuesto en el que la ley (Art. 86.3 del ET) prevé la existencia de un "*arbitraje voluntario/obligatorio*" para solventar las discrepancias en los procedimientos de negociación colectiva sin acuerdo, al establecer que "*los acuerdos interprofesionales deberán especificar...para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter*

obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”.

En cuanto a la posibilidad de establecer un arbitraje obligatorio legal, aunque su establecimiento viene rechazado en la mayoría de los países democráticos, se admite sin embargo excepcionalmente para determinadas situaciones.

En el caso de España, el Art. 10.1 del Real Decreto-Ley de 1977 prevé un arbitraje obligatorio para el caso de una huelga de duración prolongada, con unas posiciones de las partes excesivamente opuestas o inconciliables y un perjuicio grave para la economía nacional. Este arbitraje obligatorio legal ha sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional por entender, aplicando la *"doctrina del equilibrio de derechos constitucionales"*, que en estos casos excepcionales priman otros derechos en juego (los intereses de la economía nacional) sobre el derecho a la *"autonomía colectiva"*.

4º) En cuarto lugar, un aspecto fundamental a considerar será siempre el de decidir qué tipo de conflicto laboral podrá resolverse mediante los procedimientos extrajudiciales. En este sentido, cabe distinguir entre diferentes tipos de conflicto laboral. Así:

a) Desde una perspectiva material, existen conflictos laborales colectivos, plurales e individuales. Desde luego, los *"conflictos colectivos"* (en los que está en juego un interés colectivo abstracto) son los que paradigmáticamente vienen resolviéndose mediante estos procedimientos. Sin embargo, nada impide que pueda extenderse el arbitraje también a los denominados *"conflictos plurales"* (en los que están en juego el concreto interés individual de varios trabajadores) e incluso a los *"conflictos individuales"* (en los que están en juego el concreto interés individual de un solo trabajador).

Desde luego, no es fácil distinguir en la práctica el *"conflicto colectivo"* del *"conflicto plural/individual"*. Teóricamente es claro que

en el "*conflicto colectivo*" existe un interés colectivo abstracto distinto del interés plural o individual concreto. Pero, en la práctica, todo dependerá del objeto de la pretensión de las partes en conflicto.

En España, los procedimientos extrajudiciales establecidos por los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, se refieren todos ellos a los conflictos colectivos y rara vez a los conflictos plurales o individuales. Ello no obstante, existen Acuerdos autonómicos que incluyen expresamente dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a los conflictos laborales individuales, si bien en todos ellos se establecen numerosas salvedades, limitando los temas sobre los que pueden versar y variando el alcance de las exclusiones según los Acuerdos. En este último sentido, suelen excluirse siempre los conflictos en materia de derechos fundamentales, cuya solución parece que deba ser siempre judicial.

b) Desde una perspectiva jurídica formal, existen conflictos colectivos jurídicos (aquellos que se plantean acerca de la interpretación o aplicación de una determinada norma legal, reglamentaria o convencional) y conflictos colectivos económicos o de intereses (aquellos que se plantean a la hora de modificarla normativa existente, de los que son ejemplo paradigmático los conflictos planteados durante la negociación de un convenio colectivo en caso de fracaso de la misma).

En España, los procedimientos extrajudiciales establecidos por los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, vienen referidos indistintamente a ambos tipos de conflictos colectivos, tratándose en consecuencia de conflictos, bien de derecho, bien de equidad, según los casos.

c) Desde una perspectiva personal -el sector público o privado en el que se plantea el conflicto- nada obsta a establecer un sistema de solución extrajudicial de conflictos, conjunto o separado, para ambos sectores, siempre que se trate de trabajadores con contrato de trabajo en el sector privado o en el sector público y no de

funcionarios públicos sometidos al Derecho Administrativo estatutario.

En España, los procedimientos extrajudiciales establecidos en los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, vienen referidos en su mayoría a los conflictos planteados en el sector privado, excluyendo a los funcionarios públicos y al personal laboral de las distintas Administraciones Públicas. Tan solo en tres Acuerdos (de las Comunidades Autónomas de Baleares, Cantabria y Andalucía) se incluyen los conflictos planteados por el personal laboral del sector público, si bien se ha cuestionado la legalidad de estos Acuerdos Colectivos desde la perspectiva de la legitimación de los sindicatos y asociaciones empresariales negociadoras de los mismos.

d) Desde una perspectiva, en fin, de la naturaleza del conflicto, es posible distinguir entre los "*conflictos potenciales*" y los "*conflictos actuales*", lo que plantea la importante, y a veces olvidada, cuestión de la "*prevención del conflicto*".

En mi opinión, si algún sentido tienen los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales es precisamente la de "*evitar el conflicto antes de que éste se produzca*". La cuestión reside entonces en decidir si los procedimientos establecidos van a referirse únicamente a la solución de los conflictos ya planteados o si deben extenderse también a los denominados "*conflictos potenciales*", resolviendo dudas y consultas que pudieran tener y plantear las partes acerca de la interpretación de una determinada norma laboral.

En España, la mayoría de los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, establecen procedimientos para la solución de los "*conflictos reales*", olvidándose de los aspectos preventivos del conflicto, entendiendo, erróneamente a mi juicio, que estos procedimientos extrajudiciales deben comportarse igual que los jueces, esto es, solucionando

siempre "*conflictos reales*" y no pudiendo solucionar "*conflictos potenciales*".

Tan sólo los Acuerdos Colectivos Interprofesionales estatal y de la Comunidad Autónoma Valenciana incluyen en el arbitraje la solución de "*conflictos potenciales*", habiendo abierto una importante "*brecha*" en favor de la "*prevención del conflicto*", como idea superadora de la restrictiva finalidad de la "*solución del conflicto ya planteado*".

5º) En quinto lugar, uno de los aspectos más importantes, desde la perspectiva de la eficacia real de estos procedimientos, es la de su compatibilidad con otros procedimientos judiciales y con los procedimientos de acción directa, esto es, con la huelga y el cierre patronal.

En España, en todos los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos laborales se establece la compatibilidad respecto de la conciliación/mediación y una incompatibilidad absoluta entre el arbitraje y los procedimientos judiciales (salvo la lógica impugnación judicial posible del laudo arbitral) y entre el arbitraje y el recurso a la huelga y al cierre patronal, no pudiendo acudir a ellos una vez iniciado el procedimiento arbitral.

6º) En sexto lugar, en cuanto al desarrollo de estos procedimientos extrajudiciales a seguir, deberá aclararse suficientemente quién pueda plantear el procedimiento y en qué momento.

En cuanto a los sujetos legitimados, obviamente, serán las partes en conflicto las que suscribirán el "*compromiso o acuerdo arbitral*", indicando los árbitros y el objeto y alcance del arbitraje, fuera del cual los árbitros incurrirán en "*actuación ultra vires*" y por ello ilegal.

En cuanto al momento en que pueda acudirse al arbitraje, en aquellos sistemas en que coexisten los arbitrajes con sistemas de

conciliación/mediación, se planteará el problema de si debe o no existir un "*escalonamiento*" entre ambos procedimientos, esto es, si debe existir o no un intento de conciliación/mediación previo al arbitraje entre las partes en conflicto.

Las dos fórmulas poseen ventajas e inconvenientes, pero personalmente me inclino por establecer un cierto escalonamiento entre los dos procedimientos si lo que se quiere es fomentar la negociación entre las partes como medio fundamental de solución de los conflictos laborales, entendiendo éste como un objetivo esencial. Por ello, aunque en algunos casos la conciliación/mediación sea ciertamente una "*pérdida de tiempo*" por cuanto sea previsible su fracaso, no es bueno que el arbitraje se produzca directamente sin que se haya explorado la posibilidad de un acuerdo directo entre los afectados.

En España, los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, no establecen el necesario escalonamiento entre la conciliación/mediación y el arbitraje, pudiendo acudir al arbitraje sin haber intentado antes la conciliación/mediación. Tan solo en el Acuerdo de la Comunidad Valenciana se ha establecido el escalonamiento entre los distintos procedimientos.

7º) En séptimo lugar, una cuestión de gran trascendencia es la de la eficacia jurídica del laudo arbitral y de los acuerdos logrados en procedimientos de conciliación/mediación.

La naturaleza y régimen jurídico de los acuerdos laudos arbitrales es una cuestión de orden público, perteneciente por ello a la esfera de competencias de la ley estatal y no a la de la autonomía colectiva.

En España, la normativa legal existente (Art. 91 del ET) establece que el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos, equiparándose a ellos, pudiendo ser objeto de impugnación por las mismas causas que éstos (ilegalidad y lesividad grave de intereses de terceros) (Arts. 85.1 y 91 del ET). La práctica constata que en muy escasas

ocasiones se han producido impugnaciones judiciales de laudos arbitrales.

Por otra parte, la ley (Art. 68.2 de la Ley de Jurisdicción Social, en adelante, LJS) establece que los laudos arbitrales se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de su ejecución procesal definitiva.

Acaso, la falta de claridad del ordenamiento en relación con la eficacia de los acuerdos conciliatorios/mediatorios y laudos arbitrales esté frenando el recurso a estos sistemas de solución extrajudicial de los conflictos laborales. Por ello, es necesario hacer una llamada los poderes públicos para que clarifiquen suficientemente todas estas cuestiones (interrupción y suspensión de los plazos procesales, ejecutividad, repercusiones en el ámbito del Fogasa y del sistema de protección por desempleo, impugnación y recursos judiciales).

8º) En octavo lugar, se plantea la cuestión de la financiación y gestión de estos procedimientos.

En cuanto a la financiación, las opciones posibles son dos: o bien se establece una financiación pública, teniendo en cuenta, de un lado, que los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales evitan acudir a los procedimientos judiciales de mayor costo y, de otro, que siendo los procedimientos judiciales alternativos gratuitos, no parece imaginable que los procedimientos extrajudiciales sean onerosos; o bien serán las partes en conflicto las que financiarán el sistema arbitral correspondiente.

En España, los sistemas establecidos por los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal o autonómicos, son siempre gratuitos y de financiación pública total.

Por lo que se refiere a la gestión del sistema, en España, los distintos Acuerdos Colectivos Interprofesionales han creado órganos específicos, de carácter bipartito (de representación empresarial y sindical) o tripartitos (de representación sindical, empresarial y

gubernamental) o han remitido la gestión a órganos ya existentes de funcionalidad más amplia, tales como Consejos de Relaciones Laborales, también de carácter bipartito o tripartito según los casos.

A mi juicio, si lo que se pretende es que las organizaciones sindicales y empresariales incrementen su participación en la solución de los conflictos laborales, parece oportuno que la gestión del sistema sea ejercida por ellas, manteniendo las Administraciones Públicas el papel de apoyo, promoción, financiación y difusión de estos procedimientos.

9º) En noveno lugar, finalmente, se plantea la importante cuestión de la elección de los conciliadores/mediadores y árbitros.

En este orden, las dos exigencias que razonablemente deben cumplirse, a mi juicio, en un sistema arbitral son las de la libre elección por las partes en conflicto de los árbitros (unipersonales o colegiados, según el tipo de conflicto planteado) y la de la necesaria formación (jurídica y/o económica, según el tipo de conflicto) de los mismos.

En España, la mayor parte de los Acuerdos Colectivos Interprofesionales, estatal y autonómicos, de solución extrajudicial de los conflictos laborales admiten tanto el arbitraje unipersonal como el pluripersonal o colegiado.

Por lo demás, todos los Acuerdos ofrecen a las partes en conflicto una lista o cuerpo de árbitros, constituido por personas a las que se exige imparcialidad y experiencia en el mundo laboral, de entre las que deben elegir.

Esta lista de árbitros viene consensuada por los firmantes del Acuerdo Colectivo y se nutre de inspectores de trabajo, profesores de universidad, abogados, economistas y magistrados no ejercientes.

12.- Un modelo "maduro" de relaciones laborales y los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales.- En mi opinión, el mayor desarrollo en un país de los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales forma parte de uno de los dos elementos caracterizadores de un *"modelo socialmente maduro de relaciones laborales"*:

a) De una parte, en la producción de normas laborales, esto es, en el *"momento normativo"*, el predominio de la negociación colectiva frente al de las leyes y reglamentos laborales.

b) De otra parte, en la aplicación de las normas laborales, esto es, en el *"momento aplicativo"*, el desarrollo de un sistema de solución extrajudicial de los conflictos laborales (conciliaciones, mediaciones y arbitrajes) frente al sistema de solución estrictamente judicial.

En definitiva, un modelo de relaciones laborales que, frente al modelo estatal autoritario, reconozca la *"mayoría de edad"* de los agentes sociales frente al Estado proteccionista.

IV.- LA SOLUCIÓN JUDICIAL

13.- Los procedimientos judiciales, la oficina judicial, los Magistrados y los profesionales del Derecho.- Finalmente, tema en el que no entraré, los procedimientos judiciales deben de ser ágiles, las oficinas judiciales han de funcionar con los medios humanos y materiales necesarios y el número y la calidad de los Magistrados ha de ser igualmente suficiente para dar un servicio eficaz y rápido.

Por su parte, los abogados y los diplomados laborales ejercientes en el Foro deberán tener los estándares de calidad imprescindibles, obtenibles a través de una formación práctica idónea que les habilite para la práctica forense, siendo ello especialmente necesario en los procesos laborales por sus características de inmediatez, oralidad, concentración y celeridad

(Art. 74 de la LJS), donde el "*oficio*" resulta una cualidad imprescindible pues, a diferencia de otros procedimientos, su carencia no puede suplirse con una tramitación escrita, debido a sus características de inmediación, oralidad, concentración y celeridad (Art. 74. 1 de la LJS).