

EL NUEVO PAPEL DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Índice

- 1.- Objetivos directos e instrumentales de la reforma de la negociación colectiva
- 2.- La adaptación de los acuerdos interprofesionales: opciones y tiempos
- 3.- La aplicación directa de los acuerdos interprofesionales
- 4.- Personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas
- 5.- La ampliación del tipo de conflictos afectados
- 6.- Intervención de la Comisión Paritaria
- 7.- Sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de mediación
- 8.- El procedimiento arbitral: novedades y requerimientos de adaptación
- 9.- El nuevo régimen de plazos de desarrollo de los procedimientos
- 10.- La adaptación a la Ley reguladora de la jurisdicción social

1.- Objetivos directos e instrumentales de la reforma de la negociación colectiva

La reforma de la negociación colectiva acometida en el año 2011 por su carácter estructural aborda una modificación que incide sobre la práctica totalidad de los elementos básicos que diseñan el modelo de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales¹. Aun respetando lo que constituyen las señas de identidad del mencionado modelo instaurado a partir de la regulación contenida en la versión inicial del Estatuto de los Trabajadores de 1980, procede a efectuar una revisión en profundidad de aspectos esenciales del mismo. Ello comporta que sean muy diversos los objetivos perseguidos por la mencionada reforma y que, en especial, exija diferenciar entre los objetivos que tienen un carácter directo en la reforma, respecto de aquellos otros que adquieren un valor mediato respecto de los primeros de ellos. En efecto, los que vamos a comentar a lo largo del presente estudio --relacionados con el nuevo papel asignado a la mediación y el arbitraje-- pertenecen para entendernos a esa segunda categoría de los objetivos mediatos, en el sentido de que se presentan como instrumentales para la consecución de los finalmente perseguidos con la reforma. Ello no supone desmerecer o desvalorizar la trascendencia de la reforma en lo que refiere a las novedades incorporadas en materia de resolución de los conflictos negociales que se puedan plantear, sino situar el debate en los términos precisos para comprender mejor el encaje de las novedades que se incorporan en materia de mediación y arbitraje.

* El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por su autor a las XIII Jornadas de la Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), celebradas en Madrid el 20 de octubre de 2011.

¹ Cfr. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

De este modo, y sin pretender efectuar un análisis exhaustivo de las finalidades perseguidas con la presente reforma, pretendiendo tan sólo resaltar aquellas que alcanzan mayor repercusión sobre la temática aquí abordada, podemos destacar lo siguiente².

Ante todo, esta reforma pretende propiciar la dinamización y renovación de contenidos de los convenios colectivos. Por tanto, intenta que se produzca una agilización de los procesos negociales, no por sí mismo o con un objetivo meramente técnico, sino con la voluntad de que esta agilización negocial facilite la adaptación de los contenidos negociales a las nuevas realidades empresariales. Se pretende, a la postre, fomentar la actualización del clausulado de los convenios colectivos, superando la fuerte tendencia a la conservación de los textos de los convenios, que aboca en muchas ocasiones a una cierta petrificación de ciertas regulaciones convencionales.

Estrechamente vinculado con lo anterior, se encuentra el objetivo de que se habiliten canales para propiciar un sistema negocial que facilite la flexibilidad interna en las empresas. Así, se pretende que se establezcan vasos comunicantes entre los contenidos negociales y los mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Todo ello como fórmulas que favorecen la flexibilidad interna en la empresa, especialmente concebida como alternativa efectiva a las regulaciones de empleo por la vía de los despidos colectivos.

Para lograr tales objetivos se intentan superar los escenarios de bloqueo negocial que redundan en ese panorama de anquilosamiento de los contenidos negociales. Efectivamente, uno de los factores que preocupa especialmente es el hecho de que la cultura negocial de las partes es muy propensa a actuar con pasividad frente a las situaciones de desacuerdo en el seno de las mesas de negociación colectiva. A su vez, esos bloqueos negociales provocan un uso cuasi patológico de la institución de la ultraactividad de los convenios colectivos. Sin dejar de tener presente la importante utilidad y la necesidad, por tanto, del mantenimiento de la regla de la ultraactividad, ello no impide también reconocer que tal criterio legal provoca efectos colaterales negativos, que conviene eliminar en la medida de lo posible. Esta regla proporciona enormes dosis de seguridad jurídica en cuanto al escenario de impasse negocial que impide la firma definitiva del convenio, de mantenimiento de las actuales tasas de cobertura negocial, incluso con efectos positivos en el plano de la pacificación laboral. Pero, de igual forma, la regla de la ultraactividad también provoca efectos contradictorios y, con el paso del tiempo, ha propiciado conductas inapropiadas de los negociadores: retrasos indebidos en lograr los acuerdos, pasividad en la voluntad de alcanzarlos, bloqueos negociales sin incentivos a las partes para superarlos, petrificación de los contenidos negociales, etc. A tenor de ello, lo que pretende la reforma es ofrecer mecanismos que logren superar las situaciones de bloqueo negocial y, con ello, lograr que la regla de la ultraactividad, permaneciendo, tenga una aplicación práctica marginal; que la regla de la ultraactividad se convierta de este modo en una red última de seguridad, de garantía de tutela de los intereses de los trabajadores, evitando situaciones de reducción de la tasa de cobertura de los convenios colectivos, pero sin incentivar las actitudes de pasividad de las partes ante los escenarios de bloqueos negociales.

² Para una visión más general de esta reforma y las claves de la misma, J. Cruz Villalón, Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011, en AA. VV. (I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina directores), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Lex Nova, Valladolid 2011.

A partir de esos objetivos finales es como deben comprenderse las concretas medidas instrumentales dirigidas acumulativamente a dinamizar los contenidos negociales, favorecer la flexibilidad interna, superar los escenarios de bloqueo negocial y situar la ultraactividad como institución marginal que funcione exclusivamente como mera red de seguridad.

Entre esas medidas instrumentales, el legislador arranca por incorporar en la reforma reglas hasta el presente muy escasas de agilización del proceso negocial, a través, en concreto, del establecimiento de plazos predeterminados de denuncia del convenio precedente, de constitución de la mesa de negociación, de elaboración del calendario, de material comienzo de la negociación del convenio colectivo, así como especialmente de la fijación de un plazo máximo de desarrollo de las negociaciones. Se trata de reglas que partiendo del principio de respeto a la voluntad de las partes, se incorporan como reglas de carácter supletorio, pero que a la vista de la experiencia, con seguridad funcionarán como reglas generalizadas en la práctica convencional. En todo caso, más allá de la ordenación técnica del proceso negocial, no se trata de reglas especialmente influyentes en lo que hasta el presente han sido las generalizadas prácticas negociales, ni es previsible que provoquen alteraciones relevantes de las mismas.

Siendo consciente de la limitada influencia que pueden tener las precedentes reglas de agilización del proceso negocial, se es consciente de incorporar fórmulas instrumentales de mayor calado y efectivas dirigidas al logro de los objetivos directos o finales de la reforma. Estas fórmulas alternativas instrumentales de mayor calado no son otras que el reforzamiento de los procedimientos de solución de las discrepancias entre las partes, a través del otorgamiento de una función más protagonista a la mediación y al arbitraje, tanto en lo que afecta a los bloqueos derivados de una prolongación excesiva de la negociación del convenio, así como los paralelos desacuerdos que se puedan producir en los períodos de consultas en el marco de propuestas de modificaciones de condiciones de trabajo que afectan al contenido de lo pactado, incluidos en las mismas las relativas a los descuelgues salariales.

En particular, esa voluntad de reforzamiento se aprecia que se pretende acentuar respecto del arbitraje, derivado en particular del hecho diferencial de que la avenencia no garantiza el cierre definitivo del conflicto en la medida en que la solución propuesta por el mediador depende a la postre de la voluntad de los negociadores de aceptarla o no. Por contraste, aunque el arbitraje pueda tener mayor dificultad en su arranque, es decir, en el instante de proceder a la designación del árbitro así como de la identificación del objeto de la discrepancia a resolver, una vez puesto en marcha se tiene la garantía de que el conflicto quedará cerrado a través del correspondiente laudo.

Ese objetivo de superior protagonismo de los procedimientos de resolución de conflictos se pretende garantizar por medio de su extensión generalizada, lo que se lleva a cabo a través del establecimiento de lo que denominaríamos los principios de universalidad subjetiva y de universalidad objetiva. El principio de universalidad subjetiva entendido en el sentido de que la totalidad de la población asalariada y la totalidad de las empresas tengan a su disposición mecanismos de mediación y arbitraje, con la correspondiente estructura organizativa y de medios a su disposición, así como de las correspondientes reglas relativas al funcionamiento de tales procedimientos. Por

su parte, el principio de universalidad objetiva entendido en el sentido de que la totalidad de los conflictos colectivos posibles o imaginables, caso de que den lugar a situaciones de bloqueo de modo que las partes no logren por sí solas resolverlas, siempre tenga abierta la posibilidad de acudir a los correspondientes procedimientos de mediación y arbitraje.

Estas nuevas reglas relativas al nuevo espacio de la mediación y el arbitraje, con expansión sobre la base de los citados principios de universalidad subjetiva y objetiva, se incorporan formalmente como disposiciones de carácter supletorio, por cuanto que al final prevalece siempre la voluntad de los interlocutores sociales y, en particular, del diseño que las mismas quieran realizar en cuanto a la adaptación de los acuerdos interprofesionales sobre la materia. Eso sí, se trata de una regla de supletoriedad muy singular, por cuanto que ello se efectúa al propio tiempo con la voluntad de que en la práctica y materialmente se verifique un cambio en la cultura de las partes a la hora de afrontar las situaciones de bloqueo negocial, para lo cual se procede a provocar un papel mucho más protagonista de los procedimientos de mediación y de arbitraje. De este modo, no puede valorarse la reforma como la introducción de reglas voluntaristas, no vinculantes en términos jurídicos, a la postre, no influyentes sobre la actuación futura de los interlocutores sociales.

En concreto, las reglas introducidas al efecto contienen mandatos de inmediata y necesaria atención por parte de los interlocutores sociales. En todo caso, en las situaciones de bloqueo descritas por la norma (tanto negociación colectiva como modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgues salariales) es obligado someterse a estos procedimientos, lo que obliga a adaptar los acuerdos interprofesionales existentes en esta materia y/o incorporar precisas reglas en los convenios colectivos, al mismo tiempo que someterse cuando menos al procedimiento de mediación previsto en estos acuerdos, e incluso, si estos últimos así lo prevén, a acudir al arbitraje. Probablemente en esta materia es donde la reforma depende en mayor medida de la actitud de los interlocutores sociales frente al envite que le efectúa el legislador. De aceptarlo, el mecanismo puede funcionar con plena fluidez; caso contrario, nos mantendremos con reiterados procesos de estancamiento de la negociación colectiva.

En efecto, a pesar de la aparente contundencia de la redacción legal imponiendo la necesidad de acudir a los procedimientos de mediación y arbitraje, en un contexto de pleno reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, no cabe sino que la avenencia en una mediación dependa de la libre aceptación por los negociadores de las propuestas que le sean formuladas. Y, del mismo modo, depende de la voluntad de las partes someterse a un arbitraje, bien lo sea por medio de un compromiso en caliente ‘ad hoc’ para cada bloqueo que surja, bien lo sea por medio de un compromiso anticipado y generalizado para cada escenario de paralización futura que se presente. Desde luego, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva impide una imposición del arbitraje desde la ley, sea directo o indirecto, condicionante del que es bien consciente el legislador, motivo por el que al final contempla la regla de la ultraactividad ante la hipótesis no descartable de que fracase el mecanismo de los procedimientos de mediación o de arbitraje³.

³ STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril), fundamento jurídico 24.

Acierta sin la menor duda la reforma cuando orienta la solución de las situaciones de bloqueo de la negociación colectiva hacia el reforzamiento de los mecanismos de mediación y arbitraje, particularmente insistiendo en incrementar el uso de este último. Uno de los problemas que presentan las prácticas negociales actualmente es que los procesos de negociación son muy lentos, se dilatan en el tiempo y a menudo desembocan en paralizaciones sin alternativa; a tal efecto, la fórmula del arbitraje puede resolver en gran medida el panorama actual. Eso sí, para el reforzamiento de los procedimientos privados de resolución de los conflictos, sea la mediación o sea el arbitraje, no caben atajos. Al final todo depende de un cambio en las prácticas negociales, de la agilidad en la resolución de los conflictos y, a la postre, de la implantación de la cultura del mecanismo de la mediación y el arbitraje.

2.- La adaptación de los acuerdos interprofesionales: opciones y tiempos

Si dejamos al margen el controvertido asunto de la presunta imposición obligatoria del arbitraje, puede partirse de la idea de que el reforzamiento de los procedimientos privados de resolución de los conflictos colectivos laborales efectuado por parte de la reforma en cuestión constituye una de las materias que ha recibido mayor consenso entre los interlocutores sociales. De este modo, se aprecia una predisposición de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a aceptar el envite efectuado desde la ley para proceder a adaptar los diferentes acuerdos interprofesionales que atienden a regular los procedimientos de mediación y arbitraje canalizadores de tales conflictos. El impulso desde la Ley puede resultar a estos efectos dinamizador y agilizador de los cambios necesarios, en la medida en que la tendencia al mantenimiento de lo ya vigente tiende a provocar cierta resistencia a los cambios.

Centrémonos en todo caso a partir de ahora en la incidencia de la reforma legislativa sobre el ASEC, por ser el objeto esencial de este trabajo, sin perjuicio de que por razones de estrecha conexión muchas de las consideraciones que formulemos puedan ser extensivas a los diferentes acuerdos interprofesionales vigentes sobre la materia en las correspondientes Comunidades Autónomas.

Ante todo, como actitud de partida cabría enfrentarse a esta tarea de adaptación de los acuerdos interprofesionales de dos maneras posibles. Dicho con cierta simplificación, cabría una actitud más conservadora o bien otra más ambiciosa. Una primera, de simple cumplimiento estricto de los mandatos reformadores, con una lectura de los concretos elementos puntuales del ASEC que entran en colisión o manifiestan desfase respecto de las novedades contenidas en la reforma legislativa. Una segunda, de predisposición a asumir en su plenitud la nueva filosofía de reforzamiento de los mecanismos de mediación y arbitraje, ampliando decididamente la capacidad de intensificación del rol de tales procedimientos en la resolución del conjunto de conflictos colectivos. Dicho de otro modo, una puesta al día *pro forma* del ASEC o bien una ampliación efectiva de la presencia cotidiana del ASEC en los conflictos colectivos laborales. Ciertamente la decantación por una u otra alternativa es cometido exclusivo de las organizaciones sindicales y empresariales firmantes del Acuerdo, de modo que mi análisis y valoración procederá a describir respecto de cada uno de los aspectos contenidos en el ASEC las posibles intervenciones de actualización o adaptación, diferenciando en cada ocasión entre lo que constituye necesidad a tenor de la primera de

las opciones y oportunidad de intensificación en el contexto de la segunda de las alternativas.

Como primera cuestión a considerar es necesario analizar los tiempos de la renovación del ASEC y, por extensión, de los diferentes acuerdos interprofesionales sobre la materia. Formalmente el vigente Acuerdo se ha pactado con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012, de modo que desde esta perspectiva se podría esperar a dicha fecha para acometer las correspondientes reformas; incluso se llega a contemplar la prórroga automática por cinco años en caso de no mediar denuncia expresa de alguna de las partes⁴. No obstante, nada impide que las partes por mutuo acuerdo puedan acordar una renovación anticipada del mismo, pues ello siempre es posible, a la vista de que cualquier contrato sometido al principio de autonomía de la voluntad puede ser modificado en cualquier momento por el libre consentimiento de sus firmantes.

Por su parte, la reforma legislativa contempla expresamente la necesidad de que los acuerdos interprofesionales se adapten a las novedades contenidas en la misma antes del 30 de junio de 2012⁵. A estos efectos debe indicarse que resulta discutible el alcance de este mandato legal, por cuanto que las partes son libres de acordar lo que estimen conveniente y, por tanto, ello incluye la libertad de optar por el mantenimiento a todos los efectos de lo pactado en los acuerdos interprofesionales actualmente vigentes, en la medida en que los mismos no entran en colisión con lo dispuesto legalmente. Las novedades legales en lo sustancial dan paso a una intervención ampliatoria de los acuerdos interprofesionales, o bien establecen un régimen supletorio para la hipótesis de que los agentes sociales no pacten nada sobre el particular, de modo que en contadas ocasiones se puede afirmar que se produzca una situación de contradicción entre la Ley y los acuerdos interprofesionales que fuerce necesariamente a una adaptación de los acuerdos.

Tan es así, que intencionadamente se utiliza por parte del legislador una técnica jurídica incisiva dirigida a provocar la renovación de los contenidos de los acuerdos interprofesionales. Incluso se puede advertir una presión desde la Ley para que dicha adaptación se lleve a cabo con cierta diligencia y celeridad, pues de lo contrario se aplicará un régimen supletorio contemplado en la Ley, que se supone puede no resultar del total agrado de las partes. En esa lógica puede entenderse que se sitúan las reglas relativas a la imposición del arbitraje obligatorio, más allá de la corrección constitucional del modo como se lleva a cabo esa regla de provocación a las partes para que adapten los correspondientes acuerdos interprofesionales. Eso sí, también conviene advertir que, a pesar de las apariencias, la principal regla relativa a la imposición del arbitraje obligatorio no tiene tanta inmediatez aplicativa. En efecto, de un lado, la previsión de imposición del arbitraje no se produce sino hasta que haya transcurrido el plazo máximo de negociación colectiva previsto legal o convencionalmente⁶; en definitiva, deben transcurrir cuando menos 8 meses si se trata de renovar convenios colectivos de duración inferior a los dos años y de 14 meses en otro caso. De otro lado,

⁴ Art. 2.2 IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (BOE 14 de marzo de 2009).

⁵ Disp. adic. 1ª RDL 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio).

⁶ “2. Hasta tanto los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado anterior establezcan los procedimientos previstos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje” (disp. adic. 1.2 RDL 7/2011, de 10 de junio).

por añadidura, ha de tenerse en cuenta que la reforma tan sólo resulta de aplicación a los procesos derivados de convenios colectivos cuyo vencimiento se produzca a partir de la entrada en vigor de la reforma; teniendo en cuenta que la reforma entra en vigor sólo para los nuevos procesos negociales, no afecta en nada a las negociaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, por tanto no incide sobre los bloqueos negociales posteriores a la entrada en vigor de la reforma pero que refieran a convenios colectivos vencidos con anterioridad a la reforma⁷. Como quiera que, como regla general, los convenios colectivos vencen a finales de año, uniendo los dos requisitos previamente mencionados, se obtiene como resultado que el arbitraje “obligatorio” previsto legalmente tan sólo resulta de aplicación a partir de que transcurran cuando menos 8 meses desde el vencimiento de los nuevos convenios, es decir, a partir de septiembre de 2012; fecha dilatada en el tiempo que, por tanto, da oportunidad para que las partes negocien la renovación de los acuerdos interprofesionales de referencia, de modo que cumpliendo el plazo legalmente previsto de junio de 2012 nunca entraría en juego la regla de obligatoriedad prevista legalmente.

En todo caso, a los efectos de reforzar la seguridad jurídica en cuanto al régimen aplicable a estos procedimientos y con vistas a que se respete en todos sus elementos la voluntad de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, lo más razonable es que se lleve a cabo esta tarea de adaptación de los acuerdos interprofesionales con anterioridad a la fecha marcada legalmente de 12 de junio de 2012 y, en todo caso, con anterioridad a la fecha prevista de incorporación de las reglas supletorias previstas legalmente en defecto de acuerdo entre las mismas. Más aún, lo aconsejable es que la renovación del ASEC se realice con anterioridad a la mencionada fecha y, ello esencialmente por dos motivos a nuestro juicio de primer orden.

De un lado, con vistas a despejar las dudas en torno al juego que debe tener el arbitraje obligatorio en nuestro sistema de resolución de conflictos. Conviene, en todo caso, y más allá de la controvertida constitucionalidad del arbitraje obligatorio establecido legalmente, detallar el momento temporal exacto de su entrada en vigor y respecto de qué tipo de bloqueos negociales lo realiza.

De otro lado, teniendo presente que el ASEC ha jugado un papel de orientación y de uniformidad a ciertos efectos de muchos de los procedimientos “hermanos” establecidos en el ámbito de las correspondientes Comunidades Autónomas, sería conveniente que la renovación del ASEC se anticipara a la adaptación de los acuerdos interprofesionales autonómicos, con vistas a que éste mantenga esa función orientadora y homogeneizadora del conjunto del modelo de resolución de conflictos colectivos laborales.

3.- La aplicación directa de los acuerdos interprofesionales

Como una de las concretas manifestaciones de la voluntad de reforzamiento de los procedimientos de mediación y arbitraje, la reforma legislativa objeto de comentario pretende que tales procedimientos se extiendan a todo el conjunto de trabajadores ocupados, así como a la totalidad de las empresas, sectores y territorios; es decir, lo que

⁷ “2. Las reglas contenidas en este real decreto-ley, relativas a los plazos para la denuncia de un convenio colectivo, plazo para el inicio de las negociaciones de un nuevo convenio y plazo máximo de negociación, serán de aplicación a aquellos convenios colectivos cuya vigencia pactada termine a partir de la entrada en vigor de aquél” (disp. trans. 1ª 2 RDL 7/2011, de 10 de junio)

hemos denominado el principio de universalidad subjetiva. Para ello, intenta que no existan vacíos de cobertura, de modo que existan procedimientos aplicables en todo caso a los conflictos colectivos que puedan surgir en cada ámbito.

El ámbito territorial diferenciado viene suficientemente atendido hoy en día por el juego combinado de la delimitación del ámbito geográfico de actuación previsto para los acuerdos interprofesionales autonómicos y el estatal vía ASEC. Existiendo en estos momentos ya un mapa completo de acuerdos en todas y cada una de las Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que se observa una adecuada coordinación y conexión entre los diferentes ámbitos autonómicos y el correspondiente estatal, puede concluirse que desde esta perspectiva el principio de universalidad subjetiva queda suficientemente garantizado, sin que se requiera de consideración alguna al respecto, más allá de las que en su día formulamos⁸.

A partir de lo anterior, la principal dificultad al efecto de garantizar la universalidad subjetiva se encuentra en el hecho de que algunos de los Acuerdos Interprofesionales, entre ellos paradigmáticamente el ASEC, no resultan de aplicación directa a todas las empresas y sectores, por cuanto que para ello exigen el sometimiento a un procedimiento previo de adhesión o de ratificación (art. 3 ASEC). Es digno de resaltar al efecto que a tenor de la mencionada disposición son muy variados los procedimientos de suscripción del correspondiente documento, así como que se otorga eficacia a las adhesiones efectuadas a tenor de las versiones precedentes (disp. trans. 1ª ASEC). Lo anterior ha dado lugar a un extenso proceso de adhesión y ratificación en los términos previstos en el ASEC, de modo que actualmente se advierte una amplia cobertura por sectores y empresas en el ámbito estatal de aplicación del ASEC⁹. No obstante, por el mecanismo exigido de adhesión o ratificación un cierto número de sectores y empresa, en el que se puede presentar un conflicto colectivo de ámbito estatal o superior al autonómico, pueden no encontrarse incorporados a los sistemas del ASEC. Igual puede suceder con aquellos otros acuerdos interprofesionales que en su respectivo ámbito territorial establecen un mecanismo asimilado al del ASEC. En suma, estos modelos pueden provocar las obvias dificultades de propiciar el resultado querido con la normativa estatal, dirigida a universalizar desde el punto de vista subjetivo los procedimientos de mediación y arbitraje en los conflictos colectivos laborales.

En todo caso, puede adelantarse que la fórmula por la que se opta actualmente en el ASEC no se contradice con la regulación legal. A pesar de las apariencias, la reforma legislativa realmente no llega a imponer la aplicación directa y automática de los procedimientos de resolución de conflictos establecidos a través de los acuerdos interprofesionales, por lo que no impide el mantenimiento de los sistemas de adhesión y ratificación.

No cabe la menor duda de que el punto de partida es que la redacción de varios preceptos de la reforma viene a prever que los procedimientos de mediación y arbitraje establecidos en los mencionados acuerdos interprofesionales deben ser de aplicación “directa”. Así se contempla literalmente respecto del juego de la implantación de estos procedimientos en relación con la superación de los plazos máximos de negociación del

⁸ Sobre el particular, cfr. J. Cruz Villalón, Los ámbitos de aplicación del ASEC: funciones y disfunciones, en AA. VV., F. Valdés Dal-Ré coord., Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro, SIMA, Madrid 2006, pgs. 30 ss.

⁹ Cfr. <http://fsima.es/adhesiones-al-asec/sectores-adheridos/>

convenio colectivo (art. 86.3 p. 3 ET), para los procedimientos de consultas en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.6 p. 3 ET), así como para los desacuerdos en el marco del procedimiento de descuelgue salarial (art. 82.3 p. 7 ET). Si esto fuera lo único que se contemplara en la norma sobre la materia, sin lugar a dudas habría que concluir que el modelo actual del ASEC no puede mantenerse en ningún caso, de modo que se debería sustituir por un mecanismo de aplicación directa del mismo, sin mediaciones de previas ratificaciones o adhesiones.

Sin embargo, lo anterior no es lo único que aparece en el texto estatutario. Junto a ello, el propio texto legal se viene a desdecir en parte, cuando en otros pasajes, siguiendo una técnica por contradictoria no menos usada, viene a establecer reglas diversas respecto de lo antes descrito, que matizan, complementan o corrigen lo anterior. En concreto, el Estatuto viene a establecer una regla alternativa para la hipótesis de que los acuerdos interprofesionales de referencia no establezcan un mecanismo de aplicación directa para los bloqueos negociales: “siempre que éstos no fueran de aplicación directa” los convenios colectivos deberán contener como contenido mínimo necesario “la adhesión y sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo” (art. 85.3 g ET). Luego, a sensu contrario, no es cierto que finalmente la Ley imponga como inexorable el modelo de aplicación directa, dado que prevé la hipótesis de que así no sea.

De forma paralela, y aunque no resulte tan literal en su expresión, algo similar contempla el Estatuto respecto de los desacuerdos entre las partes en el curso de los períodos de consulta, tanto los referidos para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como para los descuelgues salariales. En efecto, también para estos casos establece como contenido necesario de todo convenio colectivo los procedimientos para solventar las discrepancias que se pudieran producir en estos otros procedimientos, adaptándolo a lo que se establezca al respecto en los acuerdos interprofesionales de referencia (art. 85.3.c ET). Si nos situáramos en un escenario en el que la Ley realmente exigiera la aplicación directa de los acuerdos interprofesionales para los conflictos derivados de los períodos de consulta, carecerían de todo contenido y sentido las correlativas cláusulas de los convenios colectivos incluidos dentro del ámbito de aplicación de aquéllos. Dicho de otro modo, este nuevo mandato legal, o si se quiere la no supresión de este mandato legal tras la exigencia de que los procedimientos de mediación y arbitraje sean de aplicación directa, tan sólo es comprensible una vez más en la hipótesis de que a los acuerdos interprofesionales sobre la materia se les permitiera que no tuvieran este carácter de aplicación directa. De nuevo, aunque sea con una redacción algo más confusa, alambicada e incluso aparentemente contradictoria, el texto legal prevé la fórmula alternativa de respuesta para la hipótesis de que el acuerdo interprofesional no sea de aplicación directa, con lo cual implícitamente da por admitido que es posible que acepte la tradicional fórmula ASEC de la sucesiva ratificación o adhesión por parte del convenio colectivo correspondiente.

En definitiva, con todo ello el propio Estatuto de los Trabajadores está contemplando una fórmula que pretende idéntico resultado de aplicación universal de los acuerdos interprofesionales para los supuestos en los que éstos no sean de aplicación directa buscando, o bien una adhesión completa de los mismos por parte de todos los sectores y empresas incluidos dentro de su ámbito de aplicación, o bien la previsión de

un mecanismo propio para aquellos sectores o empresas que opten por no adherirse al ASEC y a los otros acuerdos autonómicos que no sean de aplicación directa. De este modo, puede concluirse que la normativa estatal pretende ser en este aspecto respetuosa con la autonomía negocial de los firmantes de estos acuerdos interprofesionales, aceptando como posible cualquiera de las dos fórmulas básicas: aplicación directa y aplicación condicionada a la sucesiva ratificación o adhesión con el complemento alternativo para los sectores que queden fuera.

En todo caso, no puede dejar de admitirse que la regulación legal resulta algo tortuosa al objeto de combinar respeto de la voluntad de los negociadores y pretensión de extensión universal de los acuerdos interprofesionales de resolución de conflictos. Una regulación legal que, por añadidura, deja ciertos flecos sueltos nada fáciles de resolver.

En puridad, si nos enfrentásemos a un supuesto en el que el acuerdo interprofesional no fuese de aplicación directa y, al propio tiempo, el convenio colectivo aprobado por las partes no atendiese al mandato legal de contenido necesario en esta materia (art. 85.3.c y g ET), la autoridad laboral debería proceder a ejercer la competencia que se le atribuye al respecto en materia de control de legalidad del convenio colectivo (art. 90.5 ET), lo que determinaría la imposibilidad de su registro y publicación como tal. Eso sí, tal escenario no es probablemente el más deseable, por cuanto que ello puede desembocar en una situación de mayor gravedad y de superior perjuicio al deseado por el legislador: la declaración de nulidad total del convenio colectivo, o bien una sentencia que salvando la licitud del resto del convenio tuviera un valor meramente declarativo o de condena inactuable en orden a requerir a las partes a que procedan a cubrir el contenido mínimo legalmente impuesto. Sea lo uno o sea lo otro, el resultado final sería que por vía judicial difícilmente se podría efectuar una integración normativa, en términos de que la sentencia cubriera la correspondiente laguna convencional; en suma, que el resultado final fuese que no se desembocara en la aplicación universal de los procedimientos de mediación y arbitraje. En ese escenario fácilmente imaginable no es descartable que el mismo condicionara la actitud de la autoridad laboral, de modo que su práctica administrativa, tal como se desarrolla hoy en día, pudiera conducir a que no se actuase con la rigurosidad prevista en materia de control de legalidad de los convenios colectivos, de modo que se proceda de hecho a su registro y publicación y, por tanto, sin advertir ni siquiera a los negociadores de las carencias presentes en el texto del convenio colectivo.

A lo anterior habría que añadir que el mandato de contenido mínimo de los convenios colectivos tan sólo se extiende a los de carácter estatutario, con exclusión por tanto de los convenios extraestatutarios. Más aún, dada la eficacia subjetivamente limitada de los convenios colectivos extraestatutarios no resulta viable que a través de un pacto de esta naturaleza se proceda a realizar un acto de adhesión de un acuerdo interprofesional, respecto de una materia que va a desembocar en procedimientos de resolución de conflictos que tienen alcance subjetivo *erga omnes*. Recuérdese al efecto la jurisprudencia establecida al efecto, conforme a la cual a través del convenio extraestatutario no se pueden fijar condiciones de trabajo con proyección de generalidad; es decir, no se podrían regular a través de un convenio colectivo extraestatutario materias que, por su propia naturaleza, van a ser de afectación al

conjunto de la plantilla de la empresa¹⁰. Siendo esto así, en aquellos sectores donde se firmase un convenio colectivo extraestatutario no se podría efectuar la adhesión o ratificación al ASEC y acuerdos interprofesionales asimilados, con lo cual no se lograría la finalidad buscada de la universalidad subjetiva.

Todo lo anterior desemboca en resultados de insuficiencia material desde el punto de vista subjetivo de los acuerdos interprofesionales que no son de aplicación directa y, por tanto, están exigiendo trámites sucesivos de ratificación o adhesión. En otros términos, en estos momentos el requisito de la adhesión o de la ratificación, a nuestro juicio, puede presentarse más bien como una formalidad burocrática obstaculizadora de la ágil expansión del sistema a ámbitos todavía excluidos, que como un mecanismo de reforzamiento de la consolidación aplicativa del ASEC y de la legitimación en los ámbitos inferiores de tales procedimientos. Por ello, a estas alturas estas exigencias de ratificación y adhesión cabe valorarlas como negativas e innecesarias. Por ello, más allá de lo que resulten ser los imperativos de obligado respeto a la legalidad vigente, un modelo acabado de resolución de conflictos colectivos laborales vía mediación y arbitraje hace oportuno superar la fase previa de acuerdos interprofesionales mediatizados en su aplicación por la adhesión y ratificación, para incorporar en todos ellos su aplicabilidad directa e inmediata, incluido dentro de ellos al ASEC. La fórmula del ASEC resultó ser perfectamente comprensible en la fase inicial de puesta en práctica del modelo, con manifiesta voluntad de no resultar impositivos a los negociadores de los diversos sectores y empresa. No obstante, pasado ya un largo periodo de rodaje, afianzado el modelo, asentada la decisión de adhesión y ratificación por la generalidad de los sectores y empresa, puede ser ésta la ocasión para superar tal fase y proceder a su centralidad en el sistema de relaciones laborales por la vía del establecimiento del modelo de aplicación directa.

También cabría, para el caso de que se considerara invasiva o impositiva en exceso la fórmula de la aplicación directa ‘tout court’, establecer una regla de aplicación directa presuntiva, permitiendo que la misma fuera excluida por parte de aquellas empresas o sectores que en su correspondiente convenio colectivo establecieran su propios mecanismos ‘ad hoc’ de mediación y arbitraje. Con ello, se les forzaría a crear sus propios sistemas a tenor de la exigencia legal de contenido mínimo del convenios colectivo exigida legalmente, con previsión de una respuesta más completa a la prevista en el Estatuto para el caso de que no fuera atendida la obligación negocial que se les establece al respecto: si no atienden al mandato de conformar su propio mecanismo alternativo procedería a ser de aplicación directa los procedimientos de mediación y arbitraje previstos vía acuerdos interprofesionales.

4.- Personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas

Aspecto diferente al precedente, pero con cierta conexión con él, es el relativo a la situación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En este caso, nos enfrentamos al dato de que desde el punto de vista subjetivo el ASEC excluye de su ámbito de aplicación, y ahora lo hace de forma expresa, a los conflictos colectivos laborales en los que sea parte una Administración Pública en su condición de

¹⁰ STS 30 mayo 1991, RJ 5233.

empleadora¹¹. La cuestión ahora reside en que, insistiendo en esa voluntad legal de aplicación subjetiva universal de los procedimientos de solución de conflictos, es criterio igualmente del Estatuto de los Trabajadores que se canalicen también a través de mecanismos de mediación y arbitraje los conflictos colectivos que pudieran surgir en este ámbito singular del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Al tratarse de relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, igualmente les resultan de aplicación los preceptos relativos a estos procedimientos y, por ende, la necesidad de que existan vías de desarrollo de los mismos para este personal laboral de las Administraciones Públicas.

Dos apreciaciones de partida han de efectuarse al respecto, de signo diverso.

De un lado, los sujetos firmantes del ASEC, particularmente en representación de la parte empresarial, no incluyen materialmente a las Administraciones Públicas, en la medida en que CEOE y CEPYME no los representan; a pesar de que en su seno se encuentren incorporadas determinadas y relevantes empresas públicas. Incluso ha de advertirse que, a tenor de la eficacia general del Acuerdo, en el mismo se pueden incluir las empresas públicas de la Administración General del Estado, aunque las organizaciones empresariales no las integren formalmente en su seno, naturalmente en estos momentos siempre y cuando tales empresas públicas hayan adoptado el correspondiente mecanismo de adhesión o ratificación. En todo caso, como hemos indicado, hasta el presente ha sido voluntad expresa de los firmantes del ASEC excluir en todo caso al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Tratándose de un criterio objetivo, fundado en razones explicables y en modo alguno discriminatorio, nada cabe objetar a la opción adoptada a este respecto por el ASEC. Recuérdese a tal efecto que, conforme al propio designio legal, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET).

De otro lado, ha de tomarse en consideración que algunos acuerdos interprofesionales autonómicos, llegan a incorporar dentro de su ámbito de aplicación al personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que se establezcan algunas especialidades al respecto¹². Con ello lo que queremos resaltar es que, de igual forma en que es correcta la exclusión contemplada en el ASEC, en igual medida es lícito que los mencionados Acuerdos puedan optar por la solución alternativa de incluir en su seno al personal laboral al servicio de la Administración Pública. Dicho de otro modo, no existe objeción de esencia que impida a los negociadores del ASEC incluir dentro de su ámbito aplicativo a este personal laboral. Desde luego, lo debería hacer con cierto tipo de reglas propias, siendo al menos aconsejable que si se opta por ello se prevea un sistema en parte diferenciado de nombramiento de mediadores y árbitros.

En todo caso, el interrogante principal a formular en este momento es el de la situación en la que quedaría este personal laboral, respecto de sus conflictos colectivos,

¹¹ “Se excluyen del presente Acuerdo...los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes de los mismos, a que se refiere el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Laboral” (art. 1.2 ASEC). La mención al último de los preceptos ha de entenderse referida a partir de ahora al art. 69 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social.

¹² Por todos, Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 8 de abril de 1996 (BOJA de 23 de abril) y Acuerdo de 4 de marzo de 2005 (BOJA 8 de abril).

cuando a partir de ahora el Estatuto de los Trabajadores contempla como obligatorio acudir a los mismos en determinados supuestos (bloqueos negociales y desacuerdos en los períodos de consulta modificatoria y de descuelgue), sin que los mismos puedan acudir a la utilización de las vías contempladas en el ASEC. Desde el punto de vista formal habría que indicar que, en tanto que se mantenga la exclusión del ASEC, prima este criterio a todos los efectos, de modo que no cabe por vías indirectas contradecir la voluntad de los firmantes del ASEC. Dicho de otro modo, no puede otorgársele ningún valor vinculante a un acuerdo de adhesión o ratificación por parte de la Administración Pública con su personal laboral, en tanto que no se proceda a la supresión de la exclusión actualmente contenida en el ASEC.

Precisamente por ello también, adquieren de nuevo todo su sentido las previsiones ya mencionadas en el apartado precedente en relación con el contenido necesario de todos los convenios colectivos en esta materia para aquellos casos en los que no resulte de aplicación a secas, o de aplicación directa, lo estipulado en el correspondiente acuerdo interprofesional (art. 85.3 c y g ET).

Eso sí, lo que tienen como novedosa las reformas de 2010 y 2011 en esta materia es que obligan a los convenios colectivos a incorporar este tipo de mecanismos de mediación y arbitraje para todos los trabajadores y empleadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, también para el personal laboral del servicio de las Administraciones Públicas. Allí donde no resulte factible acudir a los procedimientos establecidos en los correspondientes acuerdos interprofesionales, estatal o autonómicos, el convenio colectivo de aplicación deberá contemplar mecanismos ‘ad hoc’ para solventar las correspondientes discrepancias colectivas. Siendo este el imperativo legal, no puede desconocerse que en algunos casos puede resultar de cierta complejidad armar un sistema de resolución de conflictos propios para este personal.

En todo caso, la fórmula por la que se opte finalmente puede ser variada, lo que requiere cierta maduración de criterios, si bien la decisión principal se debe desarrollar en el seno de las relaciones laborales entre sindicatos y la Administración Pública. Sin entrar en mayores detalles, dos opciones básicas cabrían al respecto. La primera opción a barajar sería, en la senda de lo hecho ya por algunas Comunidades Autónomas, proceder a incorporar al ámbito del ASEC también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La segunda de las opciones consistiría en que se diseñase un procedimiento de resolución de los conflictos colectivos común para el conjunto de los empleados públicos, que incorporase al unísono al personal laboral y a los funcionarios públicos; alternativa esta otra que debería, por propia singularidad de régimen jurídico, articularse en paralelo, pero también extramuros, del ASEC. Por propia naturaleza -- subjetiva de destinatarios, de legitimidad representativa de los negociadores, así como objetiva de la normativa aplicable a los correspondientes conflictos-- los acuerdos interprofesionales no pueden incorporar las discrepancias que se puedan producir entre los funcionarios públicos y la Administración como parte empleadora¹³. Como es fácil intuir, la decantación por una u otra de las opciones se sitúa en el terreno estricto de la Administración Pública, de modo que, hasta tanto que ésta, junto con las organizaciones

¹³ Sobre la materia, con carácter general, La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública, en AA. VV., Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas (E. Gamero Casado y M. Rodríguez-Piñero Royo coords.), Sevilla 2006, pgs. 25 ss.

sindicales más representativas en este ámbito, no se decanten por una u otra alternativa, no es concebible que la reforma del ASEC pueda intervenir al respecto con una fórmula de carácter definitivo al respecto.

A nuestro juicio, el momento y las previsiones de evolución de esta materia, hacen concebir que la expansión de los procedimientos de resolución de los conflictos profesionales en general de todo el conjunto del empleo público va a discurrir por canales diversos, alternativos, pero no incompatibles con los creados en torno al ASEC. Como ya apuntamos previamente, resulta bastante previsible vislumbrar que en el inmediato futuro van a implantarse también procedimientos de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos laborales de los funcionarios públicos. Y, por añadidura, ello parece oportuno que se produzca a través de mecanismos unitarios para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, con independencia de que los mismos tengan la condición de laborales o de funcionarios. En muchas vertientes los asuntos laborales que les afectan son similares, los conflictos tienden a converger entre personal laboral y funcionario, se tiende a homogeneizar también su régimen jurídico por vía de ósmosis y de equiparación, incluso se comienzan a reconocer en la propia legislación positiva los acuerdos mixtos para funcionarios y laborales. Esta es la propia lógica en la que se desenvuelve el Estatuto Básico del Empleado Público.

En ese nuevo escenario, la nueva regulación tiende a establecer un régimen unitario de todos los empleados públicos, en el que cada vez son menores las diferencias entre personal laboral y funcionario, incluso con mayor proximidad entre estos dos colectivos comparativamente a la que se percibe entre personal laboral al servicio de las Administraciones y contratados laborales del sector privado. Como consecuencia de ello, para muchos conflictos colectivos es previsible una articulación común de ambos: laborales y funcionarios. De este modo, parece que el panorama a dibujar de futuro es el de conformar un Sistema conjunto para todo los empleados públicos, de modo que no se produzca una división en cierto modo artificial de remitir los conflictos del personal laboral al SIMA y los de los funcionarios públicos a los que se creen en su específico marco.

En todo caso, también es previsible que esa fórmula de futuro se dilate en exceso, de modo que durante un tiempo prolongado se produzca un vacío de cobertura, sin que se pudiera dar cumplimiento a la exigencia legal de que el personal laboral encuentre una vía de resolución de sus conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Para dar respuesta a este panorama bastante probable, cabría pensar en una fórmula provisional hasta tanto se aborda una respuesta más definitiva. En concreto, cabría reflexionar en torno a la posibilidad de abrir paso para este concreto ámbito a la admisión de que sindicatos y Administración en sus respectivos convenios colectivos opten por adherirse al ASEC. Al margen de que se opte por una fórmula de aplicación directa del ASEC para el resto de los sectores y empresas, se podría permitir que para este concreto ámbito con carácter temporal se puedan producir mecanismos específicos de adhesión o ratificación. Con ello se podría garantizar que no haya riesgos de ausencia de procedimientos de mediación y arbitraje para este ámbito, pero al propio tiempo siendo respetuosos con la necesaria libertad y autonomía de diseño para Administración y sindicatos del sector.

5.- La ampliación del tipo de conflictos afectados

El ASEC contiene una relación muy acabada del tipo de conflictos colectivos a los que se dirigen sus procedimientos, con plena clarificación de su actuación objetiva, incluso con precisión de los ámbitos excluidos del mismo. Se trata, por añadidura, de un listado suficientemente amplio, como para poder afirmar que se trata de una enumeración tan completa que llega a abarcar la totalidad de conflictos colectivos laborales imaginables en la práctica de las relaciones laborales.

Si alguna crítica se puede efectuar al respecto es que, por su voluntad de exhaustividad, utiliza varios criterios referenciales de identificación de posibles conflictos colectivos, que por sus elementos definitorios no son incompatibles entre sí. Con esa fórmula la preocupación no es tanto que un determinado conflicto colectivo quede fuera del ámbito de actuación del ASEC, cuanto que un concreto conflicto se pueda ubicar en varios de los apartados del listado del acuerdo, lo que puede desembocar en una cierta inseguridad en cuanto a su concreto régimen de desarrollo. Baste con mencionar el caso de un conflicto surgido durante la negociación de un convenio colectivo (art. 4.1.b ASEC) que al propio tiempo dé lugar a la convocatoria de una huelga (art.4.1.c ASEC). No obstante, no merece la pena que nos detengamos en este particular, por ser un asunto que se encuentra en el origen de la regulación del ASEC y no vinculado con la reforma legislativa que venimos comentando, aparte de haberlo analizado en otro lugar hace ya tiempo¹⁴.

Por ello, procedemos a centrarnos en la posible afectación de la reforma legislativa a la relación de conflictos colectivos susceptibles de someterse a los procedimientos del ASEC. Al respecto, de forma telegráfica, cabe hacer los siguientes comentarios.

Respecto de los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo, hay que tener en cuenta que la reforma introduce una regla relativa a la duración máxima de la negociación del convenio, contada a partir de la fecha de la constitución de la comisión negociadora; plazo máximo que tiene como principal significación jurídica que su superación da lugar a la necesidad de que entren en juego los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en los correspondientes acuerdos interprofesionales¹⁵. Dicho plazo máximo no coincide con el establecido en el ASEC, de modo que en principio obligaría a su adaptación conforme a la nueva regla estatutaria (art. 4.1.b ASEC). Eso sí, el plazo del acuerdo interprofesional es inferior al legal, lo que podría significar que aparentemente no existe incompatibilidad entre lo uno y lo otro. Incluso tratándose de una regla supletoria la legal, nada impediría interpretar que el ASEC altera tal plazo conforme a la correspondiente habilitación legal. Aunque también es cierto que podría interpretarse que dicha habilitación de alteración se dirige a

¹⁴ Cfr. J. Cruz Villalón, Los ámbitos de aplicación del ASEC: funciones y disfunciones, en AA. VV., F. Valdés Dal-Ré coord., Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro, SIMA, Madrid 2006, pgs. 47 ss.

¹⁵ “Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo” (art. 86.3 p. 3 ET); “...los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo...f) Plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio que se determinará en función de la duración de la vigencia del convenio anterior. Salvo pacto en contrario, este plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia” (art. 85.3 f ET)

los concretos convenios colectivos de cada sector y no a los acuerdos interprofesionales reguladores de la resolución de conflictos; incluso podría entenderse que los convenios colectivos de sector o de empresa podrían proceder a alterar tanto el plazo legal como el establecido por el ASEC. Por lo demás, también cabría interpretar que en cada instrumento se regulan plazos diferentes: el legal para fijar el momento a partir del cual resulta obligado acudir a los procedimientos de mediación y arbitraje, mientras que el plazo previsto en el ASEC va referido al tiempo a partir del cual una de las representaciones, por sí sola y sin necesidad del consenso de la otra, puede iniciar el procedimiento de mediación. A estos efectos conviene recordar que siempre resulta posible que las partes opten de mutuo acuerdo por acudir al SIMA en cualquier momento de la negociación del convenio colectivo, sin que sea preciso proceder a la superación de plazo temporal alguno, sea el legal, el del propio ASEC o incluso el que en su caso puedan establecer los convenios colectivos (art. 4.1.b in fine ASEC). Aunque se trate de una cuestión de detalle, no cabe la menor duda de que la no adaptación de estas reglas de plazos en el ASEC introduce una notable confusión y por meras razones de seguridad jurídica sería conveniente que se modificase su texto para no provocar situaciones de incerteza al respecto. Lo más razonable, para evitar problemas, sería que el ASEC no fijara plazos nuevos, sino que se limitara a establecer el derecho-deber de cualquiera de las partes a acudir al procedimiento de mediación a partir de la superación de los plazos máximos de negociación establecidos convencionalmente o, en su defecto, a los correspondientes fijados con carácter supletorio por Ley; manteniendo, además, la actual regla de que por acuerdo conjunto las partes pueden en todo momento acudir a los procedimientos de mediación y arbitraje contemplados en el propio ASEC.

En otro orden de consideraciones, la reforma incluye la posibilidad de acudir al procedimiento de mediación o de arbitraje para todas las discrepancias que se produzcan en el curso de los periodos de consultas que afecten a los descuelgues salariales (art. 82.3 ET), lo que obliga a incluir a estos dentro del listado tipológico de conflictos que se recoge dentro del ASEC. Se podría llevar a cabo tal incorporación de manera bastante simple, añadiendo el supuesto de los descuelgues salariales en el momento en el que se mencionan el resto de los procesos de reestructuración de empleo, incluidos los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (arts. 4.1 d y 12.4 ASEC).

De otra parte, ha de tenerse en cuenta, en los términos que detallaremos con mayor precisión más adelante, la ampliación competencial verificada directa o indirectamente en lo que se refiere a las Comisiones Paritarias de convenios colectivos. Dentro de los acuerdos interprofesionales y, en particular, dentro del propio ASEC se atiende de manera específica a las Comisiones Paritarias. Sin embargo, ello se hace en relación exclusivamente con las funciones de interpretación y aplicación del convenio colectivo; por mucho que éstas puedan ser de las más sobresalientes dentro del conjunto de la actividad de tales Comisiones Paritarias, a partir de la reforma legal éstas no son las únicas materias sobre las que éstas pueden asumir funciones a estos efectos. Incluso, la intervención de tales Comisiones Paritarias se ve significativamente alterada a partir de la reforma legal respecto del modo como es contemplado en el ASEC, lo que de igual forma obliga a su reconsideración y, por ende, a su adaptación al nuevo marco legal. Dado que se trata de una materia que requiere de un tratamiento más detenido, tanto en lo que refiere a la tipología de conflictos como en lo que afecta a las reglas de tramitación, nos remitimos a lo que procederemos a analizar de modo más específico y separado en el siguiente apartado.

Asimismo conviene llamar la atención sobre la novedad incorporada en la reforma de la Ley Concursal respecto de las reestructuraciones de empleo que se puedan producir en relación con las empresas declaradas en situación de concurso. En efecto, dicha reforma procede a modificar una vez más el precepto que regula los procedimientos de regulación de empleo, consistan estos en modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones de la relación laboral o despidos colectivos¹⁶. Como novedad esta reforma incluye la posibilidad de que el período de consultas sea sustituido por los procedimientos de resolución de conflictos que estamos analizando aquí. Ante todo, lo que conviene destacar es que, conforme a la nueva redacción, el texto legal se remite al “procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en la empresa”; es decir, con toda claridad, si el procedimiento de mediación o arbitraje que rige en la empresa es el regulado por el ASEC o bien los correlativos previstos en los acuerdos interprofesionales autonómicos correspondientes, son estos precisamente los canales a los que se remite la ley para sustituir los periodos de consultas en las reestructuraciones de empleo de las empresas en concurso. Por tanto, tales acuerdos interprofesionales deberán recoger como un tipo de conflicto más a resolver aquellos que afecten a las empresas en concurso. En concreto, por lo que afecta al ASEC, como este utiliza como técnica jurídica la determinación del asunto por remisión a los correspondientes artículos del Estatuto de los Trabajadores que regulan los períodos de consultas, omitiendo la mención a la Ley Concursal, a partir de ahora debe adaptarse el ASEC, bien por el procedimiento de la incorporación de la mención expresa a la Ley Concursal, o bien por una mención genérica a los periodos de consultas en caso de reestructuración de empleo sin remisión a norma laboral o mercantil específica, de modo que se entienda que agrupa a ambas. Más aún, no se trata exclusivamente de incorporarlo como un supuesto más dentro de la tipología completa de conflictos canalizables por la vía de la mediación y el arbitraje, sino que además ello requiere de una precisión en cuanto al modo de iniciación de la mediación y el arbitraje, especialmente por lo que se refiere a los sujetos legitimados para ello. Intentaremos precisar estos aspectos más adelante en el apartado correspondiente.

Por último, a la vista de los nuevos ámbitos de negociación colectiva contemplados con la reforma (convenios colectivos de grupos de empresa, empresas en red que no son ni sector productivo ni grupo empresarial, convenios de franja), en especial en lo que afecta a las nuevas reglas sobre legitimación negocial, sería igualmente oportuno que la adaptación del ASEC incluyera una específica mención a los mismos o bien que procediera a una mención genérica a cualquier ámbito en el que las partes procedan a negociar un convenio y se produzca en su transcurso un bloqueo negocial. El ASEC juega en estos momentos exclusivamente con la dualidad empresa/sector, olvidando estos nuevos ámbitos posibles (art. 4.2 ASEC).

6.- Intervención de la Comisión Paritaria

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, la reforma de la negociación colectiva acentúa la trascendencia de las Comisiones Paritarias, con el doble objetivo de introducir elementos de flexibilidad en la negociación colectiva, al propio tiempo que se favorece su intervención como mecanismo resolutorio de discrepancias entre las partes.

¹⁶ Cfr. art. 64 de la Ley Concursal conforme a la nueva redacción fijada por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre).

Es cierto que mucho de esto ya lo vienen asumiendo las Comisiones Paritarias, cuando menos así se deduce de una lectura de la generalidad de los convenios colectivos. Sin embargo, es conocido que la realidad práctica es muy dispar, con mayor éxito de la actuación de las Comisiones Paritarias de los convenios de las grandes empresas, menor en las de las pequeñas empresas y muy escaso en las de los convenios sectoriales, particularmente de los provinciales. Ante ese panorama, la intervención legal es no sólo simbólica, sino de alcance real.

Para empezar, recordar que, hasta el presente, la Ley se limitaba a remitirse a los convenios colectivos, para que fueran éstos quienes determinasen con plena libertad de criterio las competencias atribuidas a las Comisiones Paritarias¹⁷. A tal efecto, no debe pasar inadvertido que la norma estatal procede ahora a asignarles directamente concretas competencias, hagan lo que hagan los convenios colectivos al respecto. De otro lado, se fija una importante hoja de ruta respecto del resto de las competencias que pueden asumir de manera adicional las Comisiones Paritarias, que de facto provocará una casi automática recepción por parte de la generalidad de los convenios colectivos.

En otros términos, a partir de ahora se reconocen dos grupos de competencias a favor de las Comisiones Paritarias: unas ‘ex lege’ al margen de lo que respecto de ellas se prevea en el convenio colectivo de aplicación; otra de posible atribución adicional, condicionado a lo que las partes decidan acordar para la correspondiente Comisión Paritaria.

Entre las primeras, las atribuidas ‘ex lege’, se encontrarían las tres siguientes: interpretación y aplicación de lo pactado en el convenio colectivo (art. 91.1 ET), las discrepancias que se puedan producir en el periodo de consultas respecto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que implican alteración de lo pactado en convenio colectivo (art. 41.6 p. 2 ET), así como discrepancias en los periodos de consultas relativos a los descuelgues salariales (art. 82.3 ET).

Respecto de la primera de ellas, la misma viene contemplada expresamente en el ASEC, si bien no atendiendo a la novedad de que a partir de ahora se contempla como competencia atribuida en todo caso, al margen del convenio, y por tanto de asunción en todos los sectores y empresas. Eso sí, la atribución competencial a la Comisión Paritaria no es incompatible con la correspondiente canalización del asunto por parte de los procedimientos de mediación y arbitraje, siendo prueba fehaciente de ello la propia literalidad de la Ley, cuando inmediatamente a continuación de la mencionada atribución competencial, aclara que también cabrá acudir a los procedimientos de resolución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales (art. 91.2 ET). Eso permite que se siga contemplando en el ASEC, eso sí, debiendo hacerse con un régimen común para todos los supuestos imaginables. En concreto, en el ASEC se prevé la hipótesis de que la Comisión Paritaria no tenga atribuida dicha competencia, en cuyo caso se contempla el posible acceso directo al SIMA, sin pasar previamente por la Comisión Paritaria (art. 10.3 ASEC) y esta diferenciación sí que resulta imposible y entra en colisión directa con el vigente modelo legal; por tanto, dicha previsión debe desaparecer, pues en todo caso ahora es competencia ‘ex lege’ de todas las Comisiones Paritarias. En estos términos, el tercer sujeto en liza (el poder judicial), sólo entraría en

¹⁷ Por todos, F. Alemán Páez, *Las Comisiones Paritarias*, ed. Civitas, Madrid 1996.

juego cuando la resolución de la discrepancia interpretativa no se lograse ni por vía Comisión Paritaria ni por vía de los procedimientos (ahora sí) extrajudiciales de resolución de conflictos.

Aunque a estos efectos, la redacción estatutaria resulta de cierta oscuridad, a mi juicio el modelo que se instaura es que se da cierta preferencia a la intervención de la Comisión Paritaria en materia de interpretación y aplicación, aunque en igual medida no se obliga a que la misma se convierta en trámite inexcusable previo a la mediación y el arbitraje. Dos claves interpretativas se deben traer a colación al respecto.

De un lado, que cuando el texto legal enlaza la intervención de la Comisión Paritaria y de los procedimientos de mediación y arbitraje los conecta a través de la confusa expresión “no obstante lo establecido en el apartado anterior”. Esta expresión puede ser interpretada como un simple reconocimiento de compatibilidad de lo uno y de lo otro, pero sin precisar como se puede llegar a articular en la práctica esa fórmula de compatibilidad. Desde luego esa compatibilidad puede llevarse a cabo por mecanismos muy distintos y cuando menos ese precepto no concreta cual es el que debe funcionar.

De otro lado, y complementario a lo anterior, en otro precepto el texto legal remite al contenido mínimo del convenio colectivo “los términos y las condiciones” para el conocimiento de las cuestiones en materia de interpretación y aplicación asumida por la Comisión Paritaria (art. 85.3 h 1º ET). Tal como está redactado el precepto, ello implica que es el convenio a partir de ahora quien le reconoce esa competencia, que insistimos como ya hemos indicado se trata de una competencia atribuida ya ‘ex lege’ a favor de todas las Comisiones; pero sí que tiene un cierto margen cada convenio de precisión del cómo de esa intervención. Y, justamente, en la precisión del cómo de la intervención de la Comisión Paritaria se encuentra el establecimiento del mecanismo concreto de interrelación entre la intervención de la misma y la correlativa de la mediación y el arbitraje vía SIMA e instituciones autonómicas asimiladas.

En estos términos cabrían esencialmente dos alternativas, en función de lo que se pactase en cada convenio colectivo respecto de “los términos y condiciones” del conocimiento de las Comisiones Paritarias en esta materia. Primera opción, que para entendernos llamaríamos de intervención secuencial: en primer lugar debe acudir como trámite obligado a la Comisión Paritaria para que la misma proceda a abordar la cuestión interpretativa en discusión, de modo que si en su seno se alcanza el correspondiente acuerdo el asunto queda resuelto, pero si no hay acuerdo se podrá prever que las partes puedan acudir a la mediación o el arbitraje antes de acudir a la vía judicial; incluso, por vía de lo contemplado en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social había que interpretar que esa mediación se convierte en obligatoria como trámite previo a la vía judicial¹⁸. Segunda opción, que para entendernos denominaríamos intervención alternativa: se concede a cualquiera de las partes la libre opción por acudir primero a la Comisión Paritaria y sucesivamente al SIMA, o bien si así lo desean acudir directamente al SIMA sin necesidad de someterse al previo trámite de la Comisión Paritaria. Dicho de otro modo, los “términos y condiciones” pueden dejar a criterio de las partes acudir o no en primera instancia a la Comisión Paritaria (segunda opción) o imponerles necesariamente someterse al trámite de la intervención

¹⁸ Arts. 63 y 152 Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre).

de la Comisión Paritaria (primera opción). Eso sí, lo que la Ley impone, al tratarse de competencia ‘ex lege’, es que en todo caso las partes tengan abierta la vía de actuación de la Comisión Paritaria, sin que se les pueda obligar desde el convenio colectivo a ir directamente a los procedimientos de mediación y arbitraje; esta tercera opción a nuestro juicio ya no es posible a partir de la reforma que venimos comentando. Del mismo modo que, como hemos indicado, tampoco se contempla como posible ir directamente a la vía judicial, concluido el trámite de la Comisión Paritaria, en la medida en que se impone el trámite de los acuerdos interprofesionales como previo a la vía judicial (arts. 63 y 152 LJS).

Por otro lado, como ya hemos indicado, ahora también como novedad se le reconoce a la Comisión Paritaria igualmente ‘ex lege’ la competencia relativa a las discrepancias que puedan surgir en el periodo de consultas respecto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que implican alteración de lo pactado en convenio colectivo (art. 41.6 p. 2 ET), así como discrepancias en los periodos de consultas relativos a los descuelgues salariales (art. 82.3 ET).

Primera aclaración, cuando se refiere a los supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo ello sólo se prevé para cuando afecta a lo pactado en convenio colectivo, pero no para el resto de las modificaciones sustanciales, aunque las mismas tengan el carácter de colectivas. Eso supone a nuestro juicio que para estas otras modificaciones no nos enfrentamos a una competencia ‘ex lege’, si bien nada impide que a través de convenio colectivo se extienda la competencia de las Comisiones Paritarias a estos otros supuestos. De un lado, podría entrar en juego la genérica remisión a los convenios colectivos para que estos precisen la extensión competencial de las mismas: “designación de una comisión paritaria...para entender...de cuantas otras le sean atribuidas” (art. 85.3 h ET). De otro lado, la previsión en materia de modificaciones sustanciales de que convencionalmente se pueden establecer procedimientos alternativos a los legalmente previstos: “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva...” (art. 41.4 ET).

Segunda aclaración, también en esta ocasión la intervención de la Comisión Paritaria se presenta como compatible con la articulación de procedimientos de mediación y arbitraje de resolución de estos asuntos. Más aún, con un elemento diferencial que en estos casos refuerza esta otra fórmula, a diferencia de lo que sucede con la competencia precedente en materia de interpretación y aplicación del convenio colectivo. En efecto, mientras que en el ámbito de la interpretación y aplicación se prevé como una posibilidad (“se podrán establecer”, dice literalmente el art. 91.2 ET), que otorga mayor margen de opción a los acuerdos interprofesionales, por el contrario en las discrepancias conectadas con los mencionados periodos de consulta se prevé como necesario (“se deberán establecer”, dicen literalmente los arts. 41.6 p. 3 ET y 82.3 p.7 ET). Ello no significa que se obligue a las partes a acudir a la mediación y al arbitraje, sino que se les reconoce en todo caso la posibilidad de hacerlo por cuanto que se obliga a que todos los acuerdos interprofesionales contemplen dentro de su lista de conflictos posibles a canalizar vías sus procedimientos a los que derivan de estos periodos de consultas.

Tercera aclaración, de nuevo a semejanza de lo previsto para los conflictos de interpretación y aplicación, legalmente se remite a los convenios colectivos a que dentro

de su contenido mínimo perfilen “los términos y condiciones” de la intervención de la Comisión Paritaria en estos períodos de consulta. Por tanto, aquí en primera lectura se podría considerar que el régimen es el mismo y, por tanto, que se podrían reiterar “*mutatis mutandis*” los comentarios que hicimos en relación con esta previsión legal respecto de las relaciones de compatibilidad entre intervención de la Comisión Paritaria y la correspondiente de los procedimientos de mediación y arbitraje. Sin embargo, una lectura más a fondo del texto legal en su totalidad nos conduce ahora a una conclusión diversa. En efecto, en esta ocasión la Ley dice algo más, lo que supone que lo que puede hacer cada convenio colectivo al fijar “los términos y condiciones” resulta bastante más limitado.

En concreto, legalmente se reconoce el derecho de cualquier parte a acudir a la Comisión Paritaria (arts. 41.6 p. 2 y 82.3 p. 6 ET), de modo que se trata de una facultad que no se le podría negar por el correspondiente convenio colectivo. Lo más llamativo de ello es que la intervención de la Comisión Paritaria en estos casos arranca de la solicitud exclusivamente de una de las partes, sin necesidad de la aceptación de la otra parte, con el dato adicional de que lo resuelto por la Comisión Paritaria resulta vinculante para ambas partes. Para cierta doctrina ello debe contemplarse como una intervención arbitral de la Comisión Paritaria, que la Ley impone como obligatoria a instancia de una sola de las partes, a pesar de lo cual se considera como compatible con los condicionamientos constitucionales que pudieran derivar del derecho a la negociación colectiva¹⁹. Es cierto que nos enfrentamos a una intervención muy singular de la Comisión Paritaria, que es cierto que desde el punto de vista de la actuación de la representación de los trabajadores en la empresa y de la propia dirección de la empresa se puede ver como una intervención de un tercero de carácter arbitral. Sin embargo, a mi juicio resulta más destacable e influyente el hecho de que el objeto del cambio de condiciones que se pretende efectuar a través de este procedimiento no es otra cosa que una modificación de un convenio de sector, que ha sido quien ha procedido a constituir a la correspondiente Comisión Paritaria; más aún, teniendo en cuenta las nuevas funciones modificativas del convenio atribuibles a la Comisión Paritaria, materialmente en estos casos los acuerdos de la Comisión Paritaria, como prolongación de la Comisión Negociadora, no pueden sino contemplarse como una muy específica manifestación de disponibilidad de la propia Comisión Paritaria de lo pactado en el correspondiente convenio colectivo que ella se encarga de administrar en la fase aplicativa.

Por añadidura, cuando legalmente se abre paso a la mediación y al arbitraje se prevé expresamente para los casos en los que no se logre acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria. Dicho de otro modo, en estos casos legalmente tan sólo se contempla la opción secuencial, sin permitirse la opción alternativa: primero es necesario acudir a la Comisión Paritaria y sólo en caso de desacuerdo se abre la posibilidad de acceder a los procedimientos de mediación y de arbitraje.

Más allá de las competencias atribuidas de forma directa desde la Ley, ésta habilita para la asunción de otra serie de competencias, vía atribución ahora expresa por parte de cada convenio colectivo.

¹⁹ En este sentido, J. M. Göerlich Peset, Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad, en AA. VV. (I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina directores), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Lex Nova, Valladolid 2011, pgs. 116 ss.

De todas ellas, me interesa destacar la clarificación por parte del texto legal de la cuestión relativa a la posibilidad de que la Comisión Paritaria pueda llegar a asumir competencias incluso en el terreno de la modificación del convenio colectivo (art. 85.3.h 2ª ET). Y lo hace con una contundente respuesta afirmativa, obviamente siempre que el propio texto convencional le otorgue dicha competencia y, de igual modo, con los límites de contenido que se la otorgue. La fórmula legal me parece de todo punto plausible, cuidando particularmente de ser respetuosa al incorporar la jurisprudencia constitucional relativa al reconocimiento del protagonismo negocial a los sujetos legitimados para pactar un convenio colectivo en su fase de renovación total. Eso sí, ello comporta una importante responsabilidad a los redactores del concreto clausulado de los convenios colectivos, pues se deberá ser muy preciso y claro cuando se especifique el tipo de facultad modificativa que se le atribuye a la Comisión Paritaria. Y, en todo caso, puede dar lugar a un nuevo tipo de conflictos, que se pueden canalizar una vez más por la vía de la mediación y arbitraje. Conflictos que pueden ser de dos tipos: uno, cuando las partes no logren acuerdo en la modificación parcial que desean acometer; dos, cuando las partes logren ese acuerdo parcial, lo plasmen como tal, pero constaten la presencia de disenso en otras materias, siendo esta circunstancia precisamente la que ha provocado un acuerdo parcial, en cuyo caso cabe remitir a mediación o arbitraje los aspectos en los que ha surgido la discrepancia entre las partes.

Asimismo, la reforma se refiere a la posible intervención de la Comisión Paritaria en los supuestos de modificaciones sustanciales y de descuelgues salariales “cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa” (art. 85.3 h 4ª ET). La novedad legal es bastante imprecisa y, como tal, será fruto de controversias y de inseguridad en cuanto al alcance de las funciones que a este respecto puede llegar a asumir la Comisión Paritaria. Quede en todo caso claro que se mantiene el esquema de designación de una comisión ‘ad hoc’, que asume la interlocución con la empresa a efectos de pactar lo que se estime oportuno en el curso del período de consultas (art. 41.4 p. 4 ET y art. 82.3 p. 3 ET). Eso sí, no es descartable que no se logre designar a esa comisión o que la misma no logre acuerdo con la dirección de la empresa, de modo que los convenios colectivos otorguen cierto tipo de protagonismo a las Comisiones Paritarias en estos supuestos. Igualmente es posible que las partes a nivel empresarial deseen cierto asesoramiento o apoyo por parte de la Comisión Paritaria. Incluso no es descartable que los convenios colectivos, para el caso específico de las modificaciones sustanciales, puedan optar por sustituir la intervención de la comisión ‘ad hoc’ por la correspondiente de la Comisión Paritaria; esto último lo podrían hacer basándose en la habilitación legal genérica a la introducción de procedimientos alternativos previstos legalmente, a la que ya hemos hecho referencia en algún momento con anterioridad: “sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva...” (art. 41.4 ET).

Pues bien, lo que me interesa destacar a estos efectos es que todas estas hipótesis, pueden dar lugar, en paralelo a un incremento competencial de las Comisiones Paritarias, a un análogo incremento de los tipos de conflictos que lleguen al SIMA y a los correlativos organismos autonómicos de resolución de conflictos colectivos. Ello requeriría una adaptación de la enumeración de los conflictos articulables a través de aquéllos, superando la referencia eminentemente restrictiva de los textos actuales (art. 4.1 ASEC). A la vista de que pueden producirse modificaciones de futuro y, especialmente, derivado del hecho de que las competencias pueden ser alteradas a través de convenio colectivo, lo más aconsejable es que se proceda a una

atribución competencial al SIMA genérica, en el sentido de referirse de manera omnicompreensiva a cuantas discrepancias se puedan producir en el seno de las Comisiones Paritaria en el ámbito de las competencias que le sean atribuidas legal y convencionalmente.

7.- Sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de mediación

Hasta ahora nos hemos estado refiriendo de manera indistinta a ambos tipos de procedimiento, se trate de la mediación o del arbitraje. Sin embargo, a partir del momento en el que procedemos a adentrarnos en los aspectos de desarrollo de la tramitación del procedimiento resulta obligado diferenciar según que se trate del uno o del otro y, por ello, nos referimos a continuación específicamente a la mediación.

Respecto de las partes que intervienen en los procedimientos, la ampliación de los tipos de conflictos a resolver introduce una mayor variedad de sujetos que intervienen en los mismos y, por efecto derivado, de los sujetos que pueden intervenir en las mediaciones. Del mismo modo, la legislación sustantiva ha efectuado ciertos cambios en los sujetos negociadores de los convenios colectivos, así como en los interlocutores de los períodos de consulta, lo que necesariamente repercutirá en los protagonistas mismos de la mediación y de su puesta en marcha.

A pesar de ello, los cambios que han de realizarse al efecto son de tono menor, especialmente debido al acertado carácter genérico del ASEC en el momento de identificar a los legitimados para iniciar la mediación (art. 13 ASEC). Por ejemplo, la redacción actual permite incorporar sin necesidad de modificación expresa tanto la previsión de reglas específicas nuevas para ámbitos particulares de negociación del convenio colectivo (grupos de empresa, empresas en red, convenios de franja) como la presencia de la comisión ‘ad hoc’ para cuando no existan representantes legales en los procedimientos de modificaciones sustanciales o de descuelgues salariales.

No obstante ello, algunas diferencias o faltas de coordinación se perciben entre la vigente redacción del ASEC y la regulación legal vigente, que exigen algunas adaptaciones, que resumiría del modo siguiente.

En primer lugar, a partir de ahora parece preciso en algunos casos establecer la diferencia entre los supuestos en los que legalmente se prevé la posibilidad de acudir a la mediación y aquellos otros en los que se contempla como obligatoria. Los acuerdos interprofesionales a partir de ahora deberán diferenciar entre cada uno de estos supuestos, pues la facultad de arranque es bien diferente.

A tal efecto, en algunos casos resultará obligado diferenciar con mayor nitidez entre sujetos que ostentan la legitimidad para iniciar el procedimiento de mediación y sujetos con derecho a intervenir como partes en el desarrollo del procedimiento. Ya en algunos textos de los acuerdos interprofesionales se hacen algunos apuntes de diferenciación al respecto, pero a partir de ahora se debe ser mucho más preciso al respecto, particularmente a tenor de los cambios antes mencionados en la obligatoriedad o en la precisión legal de los sujetos legitimados para instar la mediación.

De este modo, cuando la Ley prevé supuestos en los que de forma directa o indirecta obliga a acudir al procedimiento, es necesario reconocer a una sola de las partes la facultad de iniciar la mediación, sin el necesario asentimiento de la otra. Tal sucede, por ejemplo, a partir de ahora en las situaciones de superación de los plazos máximos legales o convencionales de negociación del convenio por parte de la Comisión negociadora. Ello no contradice en modo alguno el principio de voluntariedad de estos procedimientos, desde el instante en que este queda plenamente garantizado a través de la plena libertad de aceptar o rechazar la propuesta de avenencia formulada en su momento por el mediador. Más aún, incluso si se trata de un supuesto de auténtica obligatoriedad de acudir al procedimiento de mediación cualquier integrante de una de las partes se encontrará facultado para excitar el procedimiento; en sentido contrario, a partir de ahora no resultarán aceptables para estos supuestos de obligatoriedad de la mediación las actuales exigencias de que quien lo promueva deba contar con la mayoría de la representación, sea sindical o empresarial (art. 13.b ASEC). En estos casos es donde resulta patente la necesidad de diferenciar entre sujetos legitimados para la promoción de la mediación (a quienes no se les puede requerir la mayoría), sujetos llamados a intervenir en el procedimiento de la mediación (todos los que tengan la condición de representativos en el ámbito del conflicto) y los que necesariamente deben dar su refrendo a la avenencia si se desea que la misma goce de eficacia “*erga omnes*” (mayoría absoluta de cada una de las representaciones, por generalización del criterio de eficacia de los convenios colectivos).

En aquellos supuestos en los que la Ley no imponga la obligatoriedad de acudir a la mediación, el margen de diseño del procedimiento por parte de los acuerdos interprofesionales resulta bastante más amplio. En concreto, en estos otros supuestos los acuerdos pueden por su parte establecer criterios de mayor consenso o de mayor unilateralidad en el inicio de la mediación; es decir, pueden exigir tanto que la iniciación sea previo acuerdo entre las dos representaciones (sindical y empresarial) o bien bastar con la promoción por cualquiera de ellas. A estos efectos, la regulación legal ha de interpretarse como genérica cuando hace una remisión a “las partes”, que permite ambas fórmulas de concreción por parte de los acuerdos interprofesionales, incluida la diferenciación según materias. Una vez más, la solución de legitimación unilateral sería respetuosa con el principio de voluntariedad en los términos señalados con anterioridad.

De otra parte, conviene llamar la atención sobre el dato de que en algunos acuerdos interprofesionales, cuando el conflicto tiene su origen en una actuación de la Comisión Paritaria, la legitimación para iniciar la mediación se le atribuye expresamente a la misma Comisión Paritaria, por acuerdo mayoritario de ambas representaciones (art. 13 e ASEC). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en algunas ocasiones el conflicto no surge en el seno mismo de la Comisión Paritaria, que en reiteradas ocasiones se trata de conflictos en el ámbito de la empresa cuando la Comisión Paritaria lo es de un convenio colectivo sectorial. A estos efectos, debe destacarse que para los conflictos que se desarrollan en los periodos de consulta, legalmente se atribuye de manera expresa la posibilidad de acudir a la mediación a las concretas partes en conflicto, una vez que no se logra acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria (art. 41.6 p.2 y art. 82.3 p. 6 ET). Para estos supuestos resulta obligado cambiar la redacción de los acuerdos interprofesionales, atribuyéndole la legitimación de promoción a quienes se la otorga la norma estatal, que no es precisamente a la Comisión Paritaria.

En relación con la intervención de la Comisión Paritaria en estos casos, conviene aclarar el sentido de que la norma indique que cualquiera de las partes “podrá” acudir a la intervención de la misma en caso de desacuerdo en el período de consultas. Naturalmente el precepto no puede ser leído en términos facultativo para las partes. Eso sí, la lectura ya sistemática del precepto, abriendo paso posteriormente a un procedimiento de mediación igualmente potestativo, sí que está exigiendo que para poder poner en marcha el procedimiento de mediación previamente se haya agotado la vía de posible solución en el seno de la Comisión Paritaria. Ello también exige una regulación específica en los acuerdos interprofesionales reguladores del procedimiento de mediación, en el sentido de que para estos supuestos debe exigir a las partes que aporten el previo intento de solución en el seno de la Comisión Paritaria, pues de lo contrario no es viable iniciar la mediación; mientras que en otro tipo de conflictos sí que es posible. Recordar lo que indicamos en su momento respecto de la opción secuencia y de la opción alternativa. De otra parte, resaltar también que la Ley mientras que para la remisión del asunto en estos periodos de consulta a la Comisión Paritaria se refiere a “cualquiera de las partes” cuando sucesivamente se refiere al trámite de mediación se refiere ahora genéricamente a “las partes”, lo que comporta, en los términos ya indicados, mayor margen de diseño del procedimiento por parte de los acuerdos interprofesionales respecto de los sujetos legitimados para iniciar la mediación.

Finalmente, alguna referencia a la mediación iniciada en las situaciones de empresas declaradas en situación de concurso, a tenor de la nueva posibilidad abierta por la reforma de la Ley Concursal, ya referida. En estos momentos, el comentario debe ir referido al dato de que la Ley atribuye al juez, a iniciativa de las partes, la posible puesta en marcha del procedimiento de mediación: “El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa (art. 64.5 p.6 Ley Concursal). Es cierto que las situaciones concursales muestran notables especialidades regulativas en todos los frentes respecto de la situación de gestión cotidiana de una empresa que no se encuentra en situación de concurso; especialidades que tienden a centrarse especialmente en la atribución de poderes reforzados al juez del concurso, en gran medida sustitutorios de los asumidos mercantil o laboralmente por la dirección de la empresa. Ahora bien, ello no puede estimarse que pueda fundamentar cualquier tipo de poder resolutorio al Juez del concurso, que rompa la lógica de cualquier institución. A estos efectos ha de recordarse que el acuerdo en el período de consultas entre las partes da lugar a una intervención cuasi automática del Juez, de modo que éste (a semejanza de lo que sucede con la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo ordinario) procede a dictar auto en el sentido del acuerdo alcanzado, salvo que advierta dolo, coacción o abuso de derecho. Siendo a estos efectos la mediación un trámite sustitutorio del acuerdo entre las partes, habría que concluir que si entre ambas hay consenso en someter la cuestión al procedimiento de mediación, la decisión del Juez del concurso será automática, en tanto que asumirá una superior capacidad resolutoria cuando la iniciativa provenga exclusivamente de una sola de las partes; y, en todo caso, queda claro que el Juez del concurso no puede imponer la mediación por propia voluntad de no existir solicitud previa de alguna de las partes. Todos estos matices deben ser tomados en consideración por los acuerdos interprofesionales cuando incorporen este nuevo supuesto de mediación y, en particular, identifiquen los sujetos legitimados para iniciarla.

8.- El procedimiento arbitral: novedades y requerimientos de adaptación

Uno de los puntos de mayor atención en la reforma legal se sitúa en la voluntad de reforzamiento del procedimiento arbitral, como mecanismo que garantice una respuesta final a las situaciones de discrepancias entre las partes, evite los escenarios tan reiterados de bloqueos negociales y, como efecto derivado, coloque en lugar marginal a la regla de la ultraactividad, en los términos de red de seguridad que ya hemos referido. No cabe la menor duda de que a estos efectos se presenta una diferencia cualitativa esencial entre la mediación y el arbitraje en cuanto a la superación definitiva y con plenas garantías del bloqueo negocial: mientras que el procedimiento de mediación se somete al albur de la consecución final de la avenencia entre las partes, con lo cual a la postre asume el riesgo de dilatar la situación de bloqueo negocial, en cambio, iniciado el procedimiento de arbitraje, se sabe con toda certeza que éste desembocará en el laudo arbitral que con mayor o menor acierto necesariamente elimina la situación de bloqueo negocial.

Por ello, el legislador, consciente de la preferencia que debe tener la mediación, por ser más respetuosa con la voluntad final de las partes, debe poner el acento en la necesidad de incrementar el protagonismo de los procedimientos arbitrales, como instrumento de salida última a los bloqueos negociales; o bien, si se quiere dicho de otro modo, como mal menor frente a los bloqueos negociales. Como ya indicamos al principio de este trabajo, entendemos que acierta esta reforma por la potenciación del arbitraje, que hasta el momento presente ha tenido un papel muy residual en el desarrollo de los procesos negociales y, en general, de la resolución de los conflictos colectivos. Cualquier incentivo que juegue en la línea de la promoción del arbitraje como solución atractiva para los conflictos colectivos laborales debe ser valorado positivamente.

Eso sí, ello debe efectuarse sobre un diagnóstico acertado de las razones determinantes de ese papel hasta el presente esencialmente marginal del procedimiento arbitral en los conflictos laborales. Pues sólo identificando las causas, se pueden adoptar las medidas más razonables y, en correspondencia, las más conciliables con nuestro modelo de negociación colectiva basado en el principio basilar de la autonomía colectiva.

Ante todo, hay que ser conscientes de que el procedimiento arbitral no puede ser concebido como un instrumento alternativo a todos los efectos de la función protagonista que le corresponde necesariamente a las representaciones sindicales y empresariales en la conducción de la negociación colectiva; y, por ende, sustitutorio de la responsabilidad que le corresponde a los interlocutores sociales en la gestión del conflicto y en las responsabilidades que estos asumen al pactar un acuerdo colectivo.

A estos efectos, de orientarnos hacia un modelo de mayor presencia del arbitraje en nuestro sistema, ello debe hacerse siempre por medio de una relación de estrecha colaboración con la función negocial que corresponde a las partes. Así, por ejemplo, no es conveniente que al primer escollo las partes tiendan a hacer dejación de sus responsabilidades situando el desenlace del conflicto en manos del árbitro; el procedimiento arbitral tan sólo debe abrirse cuando fehacientemente las partes sean conscientes de que se encuentran ante una situación de bloqueo objetivo, lo que no

quiere decir tampoco que deban prolongarse innecesariamente los tiempos de negociación cuando ambas partes son plenamente conscientes de su inutilidad.

Más aún, cuestión a mi juicio más relevante, el árbitro no puede convertirse en un a modo de regulador pleno de las condiciones de trabajo en la empresa o en el sector, en términos que, por decirlo de forma emblemática, proceda a redactar desde el primer artículo hasta el último anexo del convenio colectivo. Las partes negociadoras tienen la responsabilidad de asumir incluso un papel protagonista allí cuando se acuda al procedimiento arbitral, de modo que ellas deben efectuar una labor previa de identificación de los puntos de acuerdo entre las mismas, incluso reflejándolo por escrito, de modo que sólo trasladen al árbitro concretos y muy específicos aspectos a resolver a través del laudo. A tal efecto, debe llamarse la atención acerca del importante juego práctico que puede desplegar la novedad prevista tras la reforma de que la comisión negociadora puede adoptar acuerdos parciales de los contenidos del convenio colectivo vigente pero en situación de prórroga (art. 86.3 p. 2 ET). A este precepto debería sacársele toda la potencialidad que encierra, de modo que, interpretado en términos finalistas a estos efectos, permitiría que las partes alcanzaran acuerdos parciales de renovación del contenido de los convenios colectivos, remitiendo al árbitro los exclusivos aspectos de disenso, por importantes que estos fueran, advertidos en el curso del proceso negocial como de imposible consenso. Todo lo anterior no hace sino explicitar, por diferentes vías, la imprescindible colaboración de las partes y, por ende, su necesaria predisposición favorable al arbitraje para que éste proporcione los resultados de él esperables.

Abundando en lo anterior, las posibles insuficiencias del juego efectivo del arbitraje en nuestro modelo de relaciones laborales se deben en gran medida a una cultura negocial que en nuestro país, con mayor o menor fundamento, se ha desenvuelto en unos esquemas o bien de desconfianza frente al procedimiento arbitral o bien de consideración de que el arbitraje consiste esencialmente en un llamamiento a la intervención del poder público que aporta un plus en el desenlace del conflicto más allá de la labor directa de resolución de la discrepancia existente entre las partes. En tanto que no se vayan alterando estos tradicionales elementos culturales de comprensión del arbitraje en el desarrollo general de nuestro sistema de relaciones laborales, difícilmente se pueden cambiar las vías de salida a los bloqueos negociales y, en particular, las de mayor protagonismo del procedimiento arbitral. Hasta tanto que las partes no perciban que el arbitraje puede constituir un método idóneo para satisfacer el equilibrio de intereses propios de cada uno de ellas, al propio tiempo de que la propia cultura de intervención de quienes actúen como árbitro no sea especialmente sensible al logro de ese equilibrio de intereses, difícilmente se pueden alterar los esquemas actuales.

En estos términos, difícilmente desde la intervención legal se puede hacer otra cosa que predisponer a las partes para un uso más asiduo del procedimiento arbitral, pues las reglas de imposición en este terreno siempre darán frutos muy marginales.

Por ello, sin desmerecer lo que de positivo tenga esta reforma en orden a potenciar los procedimientos de resolución de conflictos colectivos particularmente a través del arbitraje, no deja de constituir un error pretender hacerlo a través de mecanismos impositivos, aunque los mismos tengan carácter de temporales y alterables

vía acuerdos interprofesionales²⁰. Dichos mecanismos impositivos han resultado ser los más controvertidos de la reforma, comenzando por las indiscutibles incongruencias que suponen frente al debido respecto al reconocimiento constitucional del derecho de las representaciones sindicales y empresariales a la libre negociación colectiva y, por extensión, al respeto al principio de autonomía colectiva²¹.

El arbitraje obligatorio en nuestro modelo constitucional sólo es admisible en casos muy extraordinarios, vinculados a situaciones de huelgas que provocan graves perjuicios al interés general, escenario que queda bien lejos del contemplado en la presente norma. Es cierto que la jurisprudencia constitucional lo relaciona con un supuesto singular de arbitraje público obligatorio, pero la fundamentación jurídica orienta la discusión y el dilema de constitucionalidad hacia la restricción que ello provoca sobre la autonomía negocial de las partes, de modo que su imputación de inconstitucionalidad es referible a cualquier arbitraje, sea público o privado²². Es cierto también que la jurisprudencia constitucional no cierra por completo el paso a la posible presencia como constitucionales de otros supuestos adicionales de arbitrajes obligatorios, por cuanto que el supuesto marginal hoy admitido de arbitraje obligatorio por huelgas gravemente lesivas se menciona a mero título de ejemplo; pero igualmente resulta cierto que el sistema legal introduce un mecanismo de arbitraje forzoso generalizado y no para supuestos singulares como viene a deducirse ese condicionante para la jurisprudencia constitucional. En todo caso, esa admisión por parte de la jurisprudencia constitucional de otros supuestos adicionales se engarza directamente con la afectación a “intereses generales”, que, desde luego, aquí no concurren a la vista de que la propia norma admite que se trata de una regla supletoria, en modo tal que los interlocutores sociales son libres de recuperar la voluntariedad del arbitraje; si realmente estuvieran en juego intereses generales, la norma tendría que tener carácter de orden público a todos los efectos y no podría ser contradicha por los acuerdos interprofesionales. Tampoco cabría hacer aquí el parangón con el arbitraje obligatorio que se aplicó a los procesos de sustitución de las Ordenanzas Laborales, porque aparte de su excepcionalidad y limitación a una esfera muy singular, no era un arbitraje de sustitución de lo pactado o dejado de pactar por los interlocutores sociales en un convenio colectivo, sino de sustitución de una norma estatal en fase derogativa. Ni siquiera cabe aducir como argumento de constitucionalidad el carácter transitorio de la imposición del arbitraje, por cuanto que tratándose de una limitación indebida de un derecho constitucional la limitación temporal no altera la premisa de su inconstitucionalidad: aparte de tratarse de un período de tiempo bastante prolongado, la suspensión de los derechos constitucionales sólo puede efectuarse a tenor de la declaración de los estados de excepción, de sitio y de alarma y, a mayor abundamiento, ni siquiera la legislación sobre estos singulares estados permite la suspensión durante los mismos del derecho constitucional a la negociación colectiva.

Incluso han de levantarse fuertes sospechas de la corrección constitucional respecto de la fórmula introducida, ahora como permanente, de que deban ser los acuerdos interprofesionales quienes procedan a declarar el carácter obligatorio o

²⁰ Disp. adic. 1ª.2 RDL 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio).

²¹ En el mismo sentido, R. Escudero Rodríguez, Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011, en AA. VV. (I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina directores), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Lex Nova, Valladolid 2011.

²² STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril).

voluntario de un arbitraje²³. No tanto porque a través de la negociación colectiva no pueda incorporarse un compromiso en frío de someter de futuro los posibles conflictos que aparezcan al procedimiento arbitral, cuanto porque quienes deben asumir ese compromiso deben ser los propios sujetos afectados por ese concreto conflicto, por tanto, en el ámbito del conflicto, en el ámbito del convenio colectivo que en el futuro se renueve y pueda desembocar en bloqueo negocial, pero no en un ámbito superior vía los acuerdos interprofesionales. El compromiso de arbitraje, en caliente o en frío, es una delegación en un tercero a los efectos de resolución de una discrepancia en el curso de un proceso de negociación colectiva; es una delegación que, como efecto derivado, provoca un modo de autolimitación de sus facultades de negociación colectiva, que, por tanto, deben asumir ellos mismos, pero que no le puede venir impuesta desde fuera. Por ello, esta fórmula de imposición del arbitraje obligatorio desde niveles superiores podría afectar no sólo al derecho a la negociación colectiva, sino incluso a la propia libertad sindical, en la medida en que condiciona por parte de entes superiores a organizaciones sindicales autónomas y con personalidad jurídica propia el ejercicio de sus facultades de actividad sindical. Más aún, en la sistemática global de nuestro ordenamiento jurídico, este proceder acaba incidiendo en el propio ejercicio del derecho a la huelga: téngase en cuenta que en nuestro sistema se declara como ilegal aquella huelga que pretende alterar lo establecido en un laudo²⁴, fórmula que es perfectamente asimilable cuando dicho laudo es el resultado de un procedimiento arbitral comprometido por los propios sujetos que después se ven limitados en el ejercicio de su derecho de huelga, pero mucho más difícil de encajar constitucionalmente cuando le viene impuesto desde arriba por la imposición del arbitraje.

En todo caso, el error se sitúa igualmente en pretender que ese cambio en las prácticas y culturas negociales las puede materializar el poder público desde la directa imposición legal. Y ya no se trata exclusivamente de una discrepancia de confrontación con el modelo constitucional, sino en el dato de que dicha confrontación lo que está mostrando es la imposibilidad de imponer este tipo de fórmulas si no es con el convencimiento y la aquiescencia de sus principales protagonistas. Dicho de forma resumida, aunque la Ley imponga como obligatorio el arbitraje, éste no se llevará a cabo si no es con aquiescencia de los interlocutores sociales y de los concretos negociadores del convenio bloqueado. Se trata de un esfuerzo baldío forzar las cosas por la vía de la imposición, algo abocado al fracaso: por muy obligatorio que lo contemple la norma legal, si las partes lo rechazan el conflicto no se canalizará por vía del arbitraje. El procedimiento tiene que arrancar de la instancia de las partes, bastando con la pasividad de ambos, incluso con la resistencia de una sola de ellas para que no se tramite el arbitraje. Sería suficiente con que una de las partes no se ponga de acuerdo en el nombramiento de la persona del árbitro para que el intento fracase. Nadie puede sustituir a las partes en la designación del árbitro, pues sería una barbaridad más pensar en que lo hiciera la Administración laboral. Por añadidura, las partes en conflicto tienen que identificar la cuestión sometida a arbitraje, la materia respecto de la que debe resolver el árbitro, sin que el propio árbitro pueda autodelimitar la cuestión a resolver,

²³ “Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular 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” (art. 86.3 p. 3 ET).

²⁴ “La huelga es ilegal...c) cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia...lo establecido por laudo” (art. 11 RDL 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo).

pues el árbitro también está sometido al principio de congruencia procesal que marca límites máximos y mínimos de su laudo. Incluso ha de tenerse en cuenta que el arbitraje debe jugar de manera dialéctica con el desarrollo del proceso negocial, de modo que ni siquiera en un escenario de fuerte presencia del arbitraje en nuestro sistema de relaciones laborales, éste tendrá una obligada conexión con el proceso previo de negociación: las partes aproximarán posiciones, acordarán multitud de aspectos en el proceso de renegociación del convenio y tan sólo residenciarán en sede arbitral aquellos concretos aspectos que hayan provocado el bloqueo; por muy importante que sean estos aspectos, siempre serán limitados y, por tanto, un juego efectivo del modelo requerirá de la connivencia de todos los implicados: las partes concretando lo que es objeto de acuerdo logrado y precisando lo que en concreto se somete a la decisión del árbitro. La legitimidad del árbitro quedaría en entredicho si las partes no depositan en él su confianza y no precisan el objeto de su arbitraje. Al final, incluso si se dictase el laudo, el mismo acabaría siendo impugnado, con lo cual se desembocaría en el escenario que se pretende evitar: la judicialización de los conflictos.

En todo caso, más allá de la controversia precedente, desde el punto de vista ya mucho más concreto de los elementos de necesaria adaptación de los actuales textos de los acuerdos interprofesionales, las modificaciones de necesaria introducción en los mismos se presentan a nuestro juicio de escasa entidad. En primer lugar, con independencia de la discusión general respecto del arbitraje obligatorio, la redacción vigente de los acuerdos interprofesionales puede permanecer sin cambios, pues es compatible a todos los efectos con la nueva regulación el sistema generalizado de contemplar tan sólo la fórmula del arbitraje voluntario (art. 18 ASEC). En suma, es de todo punto correcto que como regla general los acuerdos interprofesionales sigan exigiendo que el inicio del procedimiento arbitral se produzca por medio de acuerdo alcanzado entre las partes en conflicto, por medio de la firma del correspondiente compromiso arbitral. Recordar que las reglas de obligatoriedad en la Ley poseen un mero carácter supletorio, admitiendo por consiguiente la generalizada regla de la voluntariedad.

Eso sí, como corrección a la afirmación precedente, sí debemos recordar que lo que es posible en todo caso es que las partes en frío, a través del correspondiente convenio colectivo, por anticipado se comprometan a someterse a un procedimiento de arbitraje para la hipótesis de que en el futuro surja entre las mismas algún tipo de discrepancia que desemboque en bloqueo. A estos efectos, los acuerdos interprofesionales deben proceder a contemplar expresamente esta hipótesis, de modo que diferencien entre el compromiso arbitral en caliente, en el momento de verificarse el bloqueo negocial, o bien en frío, de manera anticipada a través de convenio colectivo vigente a estos efectos.

De otro lado, sería oportuno que se contemplara específicamente el supuesto del arbitraje acordado por el Juez del concurso respecto de reestructuraciones de empleo en el marco de empresas declaradas en situación de concurso, supuesto al que ya hemos tenido oportunidad de hacer referencia. Ahora se trataría de especificar el modo como se inicia este procedimiento arbitral, en la medida en que la comunicación puede provenir directamente del Juez del concurso, no de las partes. En la medida en que el arbitraje en estos casos materialmente no hace otra cosa que sustituir la capacidad resolutoria del expediente por parte del Juez a través del correspondiente auto, no observamos objeción alguna a la fórmula legal de que sea formalmente el Juez quien acuerde el sometimiento

al procedimiento arbitral. Eso sí, una cosa es que la promoción del arbitraje corresponda al Juez del concurso y otra diferente es la identificación de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, que a nuestro juicio deben ser necesariamente el administrador concursal y los representantes de los trabajadores, además de la propia dirección de la empresa cuando se trate de un concurso en el que no se le hayan retirado las facultades de gestión ordinaria de la empresa. En todo caso, es conveniente que para estos supuestos los acuerdos interprofesionales procedan a precisar las especialidades subjetivas de tramitación de estos singulares procedimientos arbitrales en las empresas en situación de concurso.

9.- El nuevo régimen de plazos de desarrollo de los procedimientos

La tramitación tanto del procedimiento de mediación como el correlativo de arbitraje tiende a ser eminentemente simple, con vistas a garantizar la flexibilidad en su desarrollo, lo que se manifiesta ante todo en el hecho de que la normativa estatal no suele establecer casi ningún condicionante sobre el particular. El punto de referencia legal suele situarse en los dos extremos, el correspondiente al inicio del procedimiento y el relativo al final en cuanto a sus efectos, dejando libertad de actuación a las partes y, en cierta medida, al tercero mediador o árbitro. En esos términos, los acuerdos interprofesionales que regulan la tramitación tanto de la mediación como del arbitraje se encuentran muy escasamente condicionados por los imperativos legales; incluso ellos mismos con vistas a mantener esos objetivos de agilidad y flexibilidad tampoco suelen fijar requisitos formales relevantes para la tramitación del procedimiento.

Eso sí, la reforma legislativa que venimos comentando manifiesta una particular preocupación por la conveniencia de que se produzca una intensificación de la celeridad en la tramitación de los procedimientos. Preocupación por la celeridad que se advierte en la Ley especialmente centrada en aquellos procedimientos dirigidos a la resolución de conflictos que puedan afectar a pretensiones empresariales de atender a sus requerimientos de flexibilidad interna y de reestructuración del empleo ante necesidades sobrevenidas de cierta urgencia.

A tenor de ello, aparecen ciertas reglas de fijación de topes máximos en la realización de ciertos trámites en las fases de resolución de los conflictos atendidos por estos procedimientos. Plazos máximos que pueden ser más reducidos que los establecidos en los correspondientes acuerdos interprofesionales y, por tanto, exigir, la consiguiente adaptación de estos a los imperativos legales.

Antes de entrar en los detalles y concretos plazos máximos, conviene buscar el necesario punto de equilibrio en los objetivos fijados a estos efectos. De un lado, resulta indiscutible que la celeridad en la resolución de los conflictos constituye un valor positivo en sí mismo, siendo uno de los primeros alicientes que presentan la mediación y el arbitraje comparativamente con la lentitud de las actuaciones judiciales, administrativas, incluso negociales que puedan ser las opciones alternativas al mismo. Particularmente cuando se logra la avenencia o se dicta un laudo que cierra el paso a intervenciones sucesivas, especialmente las impugnaciones judiciales, estos procedimientos tienen garantizada plenamente la celeridad. Los plazos establecidos por los acuerdos interprofesionales tienden a ser notablemente reducidos y, por añadidura, la práctica de funcionamiento de los correspondientes organismos suele dar como

resultado una actuación inmediata y sin dilaciones. Si hay que formular alguna preocupación a estos efectos, la misma se puede situar en la llamada de atención a que la actual diligencia de los organismos está contrastada en relación al volumen actual de actividad mediadora y arbitral desplegada. Quiere esto decir que si por adaptaciones de cierto calado se pretende incrementar el número de procedimientos a acometer, ello exigirá necesariamente un mayor esfuerzo en recursos materiales y humanos, pues de lo contrario padecerá el sistema en términos de indeseables incrementos en los tiempos de resolución.

Por otra parte, a la vista de que los actuales procedimientos en líneas generales resultan perceptiblemente rápidos, existen escasas posibilidades de forzar la reducción de los plazos de actuación, so pena de que con ello se comience a actuar en la tramitación anteponiendo la inmediatez en la actuación frente a la búsqueda de la solución más adecuada al conflicto de fondo entre las partes. La eficacia, efectividad y eficiencia del sistema depende de que los plazos no abrumen a sus protagonistas en la resolución de la mediación y del arbitraje; valoración esta última que se efectúa especialmente a partir de la constatación de que en estos momentos los procedimientos suelen ser rápidos. Lo anterior aconseja, como conclusión, no ir más allá del mero deber de adaptación de los acuerdos interprofesionales a los requerimientos legales; es decir, no extender el acortamiento de plazos a otros supuestos adicionales a los exigidos por la reforma legislativa.

Entrando ya en el detalle de la reforma y por orden secuencial de tramitación, habría que comenzar por recordar que ya la reforma laboral de 2010 estableció respecto de los períodos de consulta su carácter de máximos y, por añadidura, que dentro de ese cómputo en total se incluía la posible tramitación de los procedimientos de mediación y arbitraje que las partes pudieran acordar al respecto²⁵. En el ASEC se precisa que la tramitación en estos casos de la mediación no implicará la ampliación de los plazos previstos en la Ley (art. 12.4 ASEC). En igual medida el plazo fijado vía acuerdo para el arbitraje también respetaría formalmente estos plazos, salvo el específico problema de la facultad otorgada al árbitro para su ampliación en ciertas circunstancias. En todo caso, no deja de ser perceptible que el estricto cumplimiento de estos plazos en la práctica puede dificultar el desarrollo efectivo tanto de la mediación como del arbitraje.

Situación diferente se presenta respecto del período de consulta cuando legalmente está prevista la actuación de la Comisión Paritaria. En concreto, lo que se establece es una duración máxima de actuación de la Comisión para cuando actúe ante discrepancias en los períodos de consulta, tanto de modificaciones sustanciales que implican cambio de lo pactado en convenio colectivo (art. 41.6 p. 2 ET) como de descuelgues salariales (art. 82.3 p. 6 ET). Para ambos se establece un plazo máximo de actuación de 7 días, mientras que el ASEC con carácter general contempla un plazo de

²⁵ Arts. 40.2, 41.4, 51.4 ET, conforme a la redacción dada primero por el RDL 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio) y sucesivamente por la Ley 37/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre). En el caso de los despidos colectivos, el plazo es de 30 días como regla general, pero vuelve a establecerse en 15 días para las empresas de menos de 50 trabajadores. Aparte de ello, ha de incluirse también el supuesto de las suspensiones de la relación laboral y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, que igualmente se somete a un período de consultas que habilita por remisión para su sustitución por un procedimiento de mediación o arbitraje, donde incluso se llega a establecer un plazo de 8 días para las empresas de menos de 50 trabajadores (art. 22.b RD 801/2011, de 10 de junio, BOE de 14 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos).

15 días; obviamente, ello está exigiendo la correspondiente adaptación del acuerdo interprofesional.

Para estos períodos de consulta, concluida la actuación de la Comisión Paritaria, se abre la posibilidad de poner en marcha un procedimiento de mediación o arbitraje, si bien para esta sucesiva intervención no se fija formalmente desde la Ley plazo máximo de actuación. Es cierto que en otro momento, la regulación como hemos indicado antes con carácter general para las modificaciones sustanciales se indica que los procedimientos de mediación y arbitraje deberán desarrollarse dentro del plazo señalado para dicho período de consultas (art. 41.4 ET). A poco que se piense en un funcionamiento ordinario de las diversas fases, nada patológico ni dilatorio, el tiempo mínimo imprescindible para las consultas más los siete días previstos para la intervención de la Comisión Paritaria agotarían ya por sí solos los tiempos contemplados para dar un juego mínimo a la mediación y al arbitraje. En estos términos, debe procederse a una interpretación lógica y funcional de los requisitos legales, de modo que se haga viable lo que parece constituir objetivo real del legislador, esto es, que materialmente en la práctica se pueda desplegar un procedimiento de mediación y arbitraje en estos casos, sin que el plazo máximo pueda constituir un impedimento oculto para no facilitar lo que desea el legislador. En estos términos, cabe interpretar, en primer lugar, que cuando la medida consiste en modificación sustancial que implica cambio de lo pactado en convenio colectivo o bien descuelgue salarial, no se aplica la regla general (art. 41.4 ET), sino la regla específica prevista para ellos (art. 41.6 p. 2 y 82.3 p. 6 ET); y esta regla especial no significa otra cosa que en estos casos el procedimiento de mediación y arbitraje, al celebrarse tras la intervención de la Comisión Paritaria, también se efectúa después de concluido el periodo de consultas, lo que en definitiva supone deducir que no está acotado en el tiempo por el plazo de desarrollo del período de consultas. En definitiva, que los acuerdos interprofesionales para estos supuestos pueden seguir manteniendo los plazos previstos en los mismos, que específicamente se computan desde que se promueve la mediación o comienza a actuar el árbitro.

En sentido contrario, que la regla relativa a que el procedimiento de mediación y arbitraje se debe desarrollar en el tiempo hábil total concedido para el desarrollo del período de consultas (art. 4.1.4 ET) tan sólo rige para aquellas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que no impliquen cambio de lo pactado en convenio colectivo. Más aún, en estos casos, si las partes manifiestan auténtica voluntad de dar el tiempo requerido para que se sustancie la correspondiente mediación o el arbitraje, siempre les cabría el expediente práctico de agotar el periodo de consultas, cerrarlo sin acuerdo y, pactar el inicio de un nuevo periodo de consultas que coincida su comienzo con la promoción de la mediación o del arranque del arbitraje. En la medida en que sean las propias partes libremente quienes adopten estas prácticas, que valoran no perjudican sus intereses, sino todo lo contrario, en ningún momento cabría interpretar esta actuación como contraria a derecho, por fraudulenta o abusiva en la aplicación de las prescripciones legales.

Todo lo anterior permitiría mantener los plazos actualmente contemplados de desarrollo, razonablemente cortos ya de por sí, para las mediaciones (arts. 12.4 y 14.3 ASEC) y para los arbitrajes (21.2 ASEC).

10.- La adaptación a la Ley reguladora de la jurisdicción social

Para concluir simplemente señalar que la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social²⁶, exige proceder a sustituir la multitud de remisiones por parte de los acuerdos interprofesionales a la antigua Ley de Procedimiento Laboral. Las citadas menciones son muy abundantes en el texto convencional actual; cuando menos se encuentran en los siguientes preceptos del ASEC: arts. 1.2, 3.1, 4.1 a), 8, 11, 12.5, 16.1, 22.1, 22.3, 22.4.

Se puede a estos efectos proceder a una muy sencilla labor técnica de identificación del correspondiente precepto ahora de la nueva Ley de la jurisdicción social, sustituyendo la mención a la Ley derogada por la nueva Ley. Labor sencilla por cuanto que a estos efectos no se presentan especiales novedades de contenido, de modo que resulta nada problemática la identificación del precepto homónimo de la nueva ley equivalente al de la antigua Ley.

Eso sí, más allá de esta simple operación de adaptación técnica, cabría efectuar una reflexión de algún alcance superior en cuanto al diseño general del sistema. Me refiero al concreto contexto en el que surgieron el conjunto de los acuerdos interprofesionales como realidad novedosa, que manifestaba cierta inseguridad en cuanto a su viabilidad y necesidad de refuerzo externo. Ello determinó un modelo de redacción en el que reiteradamente los acuerdos interprofesionales efectuaban apelación al texto de la Ley procesal laboral, como mecanismo de garantizar a sus destinatarios y usuarios la efectividad de los procedimientos de mediación y arbitraje, particularmente por lo que se refería a la eficacia vinculante de lo resuelto en avenencia o laudo. De ahí, la sentida necesidad de constante apoyo en la Ley procesal para reforzar el convencimiento de la efectividad de lo actuado. Mención, por lo demás, de todo punto innecesaria, inocua, cuando no inútil, desde el instante en que la aplicabilidad de los preceptos procesales es la que deriva del propio texto legal y, por tanto, con independencia de lo que esté reflejado en los acuerdos interprofesionales que venimos comentando. Y, a la postre, tales remisiones, sin añadir nada desde el punto de vista regulativo, no hacen sino mostrar un modelo débil, que no tiene autosuficiencia aplicativa.

A la luz de ello, y al margen de que se trate de una cuestión más de presentación o de simple estética, a la vista del grado de consolidación y potencialidad que ya poseen por sí mismos estos procedimientos de resolución de conflictos colectivos laborales, sería la ocasión idónea para proceder a una supresión generalizada de las menciones y remisiones a la regulación contenida en la legislación procesal laboral. Sin desconocer que lo contenido en la misma puede mantener una importante función jurídica, de garantía de cumplimiento de avenencias en laudos en ciertos supuestos, su omisión no elimina garantías ni seguridades jurídicas frente a conductas incumplidoras; los mecanismos de reacción siempre seguirán jugando y, sobre todo, no se transmitirá esa imagen más en el terreno de lo patológico de que las partes van a requerir de la sucesiva intervención judicial o de la amenaza de ésta para hacer cumplir la avenencia o el laudo.

Más aún, se podría proceder a reforzar la identidad propia de estos procedimientos de mediación y de arbitraje, sin la constante apelación a que son una

²⁶ Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre).

alternativa a la vía judicial. Para empezar, porque no es cierto, pues cuando a través de estos procedimientos se resuelven conflictos de intereses los mismos en ningún caso se presentan como solución alternativa a la judicial, dado que la limitación de la actividad jurisdiccional por parte de los Jueces y Tribunales les impediría actuar en todo caso en este tipo de discrepancias laborales. Pero incluso, en el resto de los supuestos, la mediación y el arbitraje poseen un valor en sí mismos, más allá del de ser meros mecanismos alternativos a lo judicial. Todo ello permite reforzar la propuesta formulada en diversas ocasiones desde diversas posiciones favorable a la eliminación del calificativo de “extrajudicial” para referirse a este tipo de procedimientos. Son mucho más que procedimientos “extrajudiciales”, por lo que el calificativo no hace sino minusvalorar la trascendencia de los mismos y otorgarles una funcionalidad mucho más reducida de la que ya están desplegando en la práctica. Por lo demás, la eliminación del calificativo de “extrajudiciales” no requeriría entrar en la discusión terminológica alternativa de qué otra denominación darle a los mismos; bastaría con eliminar el calificativo de “extrajudiciales”, sin necesidad de entrar en debates estériles de la búsqueda de un calificativo alternativo que puede no ser del todo correcto en la presentación de estos, cada vez más trascendentes, mecanismos de resolución de conflictos colectivos laborales.