

Quiero expresar mi agradecimiento a la Fundación SIMA, a CEOE, CEPYME, CCOO, UGT, y a su Director General, don Martín Borrego Gutiérrez, por su amable invitación para participar en estas importantes jornadas que organiza la Fundación, que en esta edición alcanzan su núm. XIV, sobre las novedades del V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con especial referencia a la mediación y el arbitraje. Es un honor y un placer participar en estas Jornadas y compartir mesa y tema con el Prof. S. Del Rey Guanter.

Procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y reestructuraciones empresariales

(Las novedades de la Ley 3/2012 con especial referencia a la mediación y el arbitraje en los procedimientos de consultas en las reestructuraciones empresariales)

I. Introducción

El marco legal actual de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales brinda un significativo espacio para el desenvolvimiento de dichos procedimientos. La historia de dicho marco legal es la de una paulatina y progresiva aceptación del papel favorable –eficiente y eficaz- que los procedimientos de solución autónoma de los conflictos de trabajo pueden desempeñar en el gobierno del conflicto laboral y en el logro de la paz social. A un lado ahora precedentes anteriores, bien conocidos, no descubro nada nuevo al decir que desde una primera reacción de reserva del ordenamiento legal frente a esos procedimientos, sostenida en la anterior conformación heterónoma de nuestro modelo de relaciones laborales –en condicionantes históricos y culturales, por tanto- y en el reconocimiento y ensalzamiento del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de “todas las personas” (art. 24.1 CE), el ordenamiento jurídico español ha evolucionado hacia la consideración positiva de dichos procedimientos como instrumento de la autonomía colectiva –el Tribunal Constitucional ya en su Sentencia 217/1991 les proporcionó cobijo en los derechos constitucionales a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo del art. 37.1. y 2 en relación con el art. 28.1 CE y calificó de óptima la solución así alcanzada en cuanto decidida por las partes interesadas- y de su eficacia en la solución de los conflictos laborales.

La manifestación mas característica de ese cambio de actitud es la disposición de una legislación que, respetando la regulación de estos procedimientos por la autonomía colectiva, que es su sede natural, acoja su existencia y efectos, procesales también, para proporcionarles seguridad jurídica. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, es el instrumento que brinda esa seguridad, pues hasta su promulgación y entrada en vigor los procedimientos de solución autónoma de los conflictos, reconocidos en nuestro ordenamiento a través de acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico y estatal (con base en el art. 83.3 ET) y con entidad real a través

de su ejercicio efectivo, carecieron, especialmente el arbitraje, de una regulación clara, ordenada y coherente de protección y aseguramiento de su eficacia.

La Ley reguladora de la jurisdicción social incluye expresamente en el ámbito de su jurisdicción el conocimiento de la “impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada. De haberse dictado respecto de las Administraciones públicas, cuando dichos laudos afecten en exclusiva al personal laboral” [art. 2.h), modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). El Título V del Libro Primero, de la Ley reguladora de la jurisdicción social, “De la evitación del proceso”, regula en su Capítulo I, además de la conciliación previa, la mediación y los laudos arbitrales, su eficacia e impugnación (arts. 63 a 68); así como, el Título VI de su Libro Tercero, la revisión de los laudos arbitrales firmes junto con la de las sentencias firmes (art. 236); y, finalmente, su Libro Cuarto su ejecutividad, como la de los acuerdos de conciliación y mediación, con la de las sentencias firmes.

I. 2. La creación de procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales y sus límites constitucionales; el arbitraje obligatorio

En el plano constitucional es sabido que el derecho fundamental de trabajadores y empresarios a la adopción de medidas de conflicto colectivo, reconocido en el art. 37.2 CE, comprende el derecho a crear «medios propios y autónomos» para solventarlos (STC 217/1991, FFJJ 5 y 6), contenido esencial del derecho de libertad sindical en cuanto medio de acción típico de los sindicatos (art. 28.1 CE), según jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal ha efectuado una adecuada valoración de estos procedimientos al señalar que en los conflictos colectivos nacidos de la interpretación de los convenios colectivos «la solución extrajudicial resulta especialmente deseable al estar en juego también la propia autonomía colectiva» (STC 210/1990, FJ. 1), conveniencia que enérgicamente subraya la citada STC 217/1991: este tipo de solución es «beneficioso» para las partes, para «el sistema de relaciones laborales» y para «el sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo» (FJ 5).

Tampoco ha sido ajena la doctrina del Tribunal Constitucional al entendimiento de estos procedimientos como mecanismo natural del sistema de relaciones laborales y, en concreto, como instrumento típico de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus distintas funciones; también de su función de gestión de la empresa y de las reestructuraciones empresariales. Hasta el punto de considerar que la solución unilateral de determinados conflictos de intereses a través del ejercicio de las facultades directivas empresariales reconocidas constitucionalmente al amparo de la libertad de empresa del art. 38 CE, «a espaldas de la negociación colectiva» y, en defecto de negociación, sin el recurso a las técnicas de composición de los conflictos legal o convencionalmente previstas en nuestro ordenamiento jurídico, puede constituir un indicio de conducta empresarial antisindical, lesiva del derecho de libertad sindical de los sindicatos del art. 28.1 Const., que comprende en su contenido esencial el derecho de negociación colectiva (SSTC 107/2000, FFJJ 5 y 8; 225/2001, FFJJ 3 y 7; 238/2005, FJ 7). Habría que preguntarse si la Ley 3/2012, de 6 de julio, ha cambiado esa interpretación al

ampliar los poderes de dirección empresariales y su ejercicio unilateral en la adopción de decisiones de reorganización y ajuste empresarial.

Sea como fuere, la Constitución garantiza, limitando el margen de libertad o disponibilidad del legislador, el derecho fundamental de trabajadores y empresarios a crear procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en los términos dichos.

Los límites a dicho derecho fundamental se encuentran en los derechos a la tutela judicial efectiva y a la negociación colectiva y, con éste, en el “principio de autonomía colectiva en el marco de las relaciones laborales” (STC 11/1981, FJ 24). Desde la óptica propia de estos derechos plantea problemas de constitucionalidad a la luz de la propia jurisprudencia constitucional, como es sabido, el arbitraje público obligatorio, impuesto por la ley y carente de compromiso arbitral que voluntariamente limite el derecho a la tutela judicial efectiva o ejerza el derecho a la negociación colectiva.

Respecto de los conflictos jurídicos o de interpretación la constitucionalidad del arbitraje obligatorio sólo será posible sobre la base del respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuyo primer contenido —dicen las SSTC 174/1995, FJ 3; 75/1996, FJ 2; y 352/2006, FFJJ 2 y 4— «consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». En consecuencia, la voluntariedad es de esencia a la legitimidad constitucional de la institución arbitral, institución que, según el Tribunal Constitucional, se funda en la autonomía de la voluntad de las partes, que, al tiempo, constituye su esencia (STC 174/1995, FJ 3), sin que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consienta “la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje” (STC 136/2010, FJ 2), que eliminaría la libre facultad del demandante de solicitar la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.

En consecuencia, de no ser voluntario, la legitimidad constitucional del arbitraje podría asegurarse estableciendo un sistema de control de los laudos que no excluya el conocimiento judicial de las cuestiones de fondo del asunto objeto de conflicto, aunque, como es patente, la revisión judicial plena o completa del laudo desnaturalice la institución arbitral (SSTC 174/1995, 75/1996 y 305/2006, *a sensu contrario*). A esta doctrina responde el art. 65.4 de la Ley de la Jurisdicción Social, que, sin embargo, desnaturaliza la institución arbitral sin tener que hacerlo, porque no presupone la obligatoriedad de los laudos (recuérdese que los laudos en materia electoral, dictados en un procedimiento arbitral obligatorio que impone el art. 76 ET, cuentan con una modalidad impugnatoria específica: arts. 127 a 132 LRJS), a cuyo tenor: “Las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social, cuando no tengan establecido un procedimiento especial, incluidos los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o *infracción de normas imperativas*. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación

del laudo. De formularse la impugnación por el Fondo de Garantía Salarial, en relación con posibles obligaciones de garantía salarial, o por otros terceros posibles perjudicados, se podrá fundamentar en ilegalidad o lesividad y el plazo para el ejercicio de la acción contará desde que pudieran haber conocido la existencia del laudo arbitral”.

Obviamente, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE no juega en los conflictos económicos o de intereses, en los que la imposición de un arbitraje obligatorio topa con los derechos a la negociación colectiva del art. 37.1 y de libertad sindical del art. 28.1 CE, salvo en casos extraordinarios o excepcionales. La STC 11/1981 afirmó la constitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 10, párrf. 2º, del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, pese a ser obligatorio, como “medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe” (FJ 19): “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar...el establecimiento de un arbitraje obligatorio”. Y la inconstitucionalidad de los arbitrajes obligatorios públicos injustificadamente restrictivos de la libertad individual y de la autonomía colectiva y, por ello, del contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, que a su integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional del art. 28.1 CE [FJ 24 y fallo 2º.g].

I. 2. La regulación legal de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales: las tensiones del marco legal vigente

El marco legal actual de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales se mueve, no obstante, entre diversas opciones de política legislativa que abren ante los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales un panorama incierto de oportunidades que éstos han de aprovechar: de un lado, la “estimulación de la jurisdicción” –a la que responde la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social- “para proyectarla como auténticamente social” (Preámbulo, II), lo que ha significado la asunción por la jurisdicción social de un ámbito competencial hasta ahora desconocido, acabando con enojosas dualidades jurisdiccionales; de otro, la supresión del requisito de la autorización administrativa en los procedimientos de suspensión temporal de los contratos de trabajo, reducción temporal de las jornadas y despidos colectivos por causas económicas, técnicas organizativas o de producción, sustituido por el control judicial posterior de la decisión empresarial, producida por la Ley 3/2012, de 6 de julio -y por el precedente RDL 3/2012-. Y aunque de ambas reformas legislativas pudiera desprenderse, en una primera aproximación, una voluntad de judicialización de los conflictos laborales y un previsible incremento del control judicial poco favorable al desarrollo de los procedimientos de composición autónoma o extrajudicial de esos mismos conflictos, el análisis detenido de su regulación con todos sus matices revela otros propósitos en ambos grupos normativos que es necesario tener en cuenta para ponderar los efectos reales que ambas reformas legales puedan proyectar sobre la vida de dichos procedimientos.

Desde luego, la estimulación de la jurisdicción, sobre la que pivota la regulación de la Ley 36/2011, no pone en cuestión la virtualidad de dichos procedimientos. Antes al contrario, ha sido la Ley 36/2011 la que ha deparado a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos una acogida mas completa y acabada que la que les

dispensaba el último texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, llamando a dichos procedimientos autónomos precisamente como mecanismo compensador de la estimulación de la jurisdicción y corrector de sus consecuencias y efectos negativos; para aliviar su carga de trabajo, como diría el Tribunal Constitucional, que está resultando realmente pesada y provocando retrasos en los señalamientos de un orden jurisdiccional que siempre ha sido ejemplar en su celeridad. Así, la Ley 36/2011 dice reforzar la conciliación extrajudicial, impulsar la mediación y el arbitraje, “con regulación de una modalidad procesal de impugnación del laudo y con previsión de la revisión de los laudos arbitrales firmes”, y aceptar “la posibilidad de transacción judicial en cualquier momento del proceso, incluida la ejecución” (Preámbulo, IV).

Por su parte, la sustitución de la autorización administrativa previa por el control judicial posterior de la decisión empresarial en los procedimientos de regulación de empleo se acompaña en la propia Ley 3/2012 de una confesada limitación de la solución judicial –unánimemente reconocida por la doctrina- por considerar la Ley que los tribunales han venido realizando en el pasado, “en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”, que no les correspondían, y, por ello, “ambivalente” la “doctrina judicial y jurisprudencia” sobre los despidos por causas económicas técnicas, organizativas y de producción -en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas”, generadora de desconfianza a los empresarios que les ha hecho recurrir a la improcedencia de los despidos (Preámbulo, V), todo lo cual se traduce en el deseo explícito del legislador reformador de ceñir o limitar el control judicial en este ámbito de la gestión empresarial perteneciente al empresario. La nueva definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como hechos amplios, indeterminados incluso –salvo en las económicas-, y sin “proyecciones de futuro, de imposible prueba” (Preámbulo, V), cuya concurrencia meramente fáctica, y sólo ésta, compete a los jueces y tribunales apreciar, o mas precisamente constatar, busca limitar el control judicial sobre las causas de las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo, también las incluidas en convenios colectivos “estatutarios”, movilidad geográfica, suspensiones y reducciones de jornada, despidos objetivos. Podría pensarse que esta desincentivación de la solución o del control judicial incentivaría la de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales, que son –o pueden ser- su alternativa. Pero la conclusión ha de perfilarse aún más.

Pues la Ley 3/2006 no logra plenamente su objetivo “desjudicializador”. En primer lugar, porque no lo tiene constitucionalmente a su alcance, ya que el legislador no puede prescindir legítimamente de la garantía judicial de los derechos de los trabajadores integrante del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y del derecho al trabajo en su dimensión individual (art. 35.1 CE) entendido como derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa (SSTC 22/1981, FJ 8; 20/1994, FJ 2; 192/2003, FJ 4; y Convenio núm. 158 OIT). Además, porque la amplia e indeterminada definición legal de las causas -no económicas- que justifican las señaladas decisiones empresariales abrirá inexorablemente el terreno de la apreciación judicial del principio de causalidad de dimensión constitucional y constitucionalmente protegido; y aunque, huérfana deliberadamente esa definición legal de las causas de

elementos finalistas en que en la regulación anterior se apoyaba el juicio de razonabilidad y proporcionalidad –se han suprimido, dice la Ley en su Preámbulo, “otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre”, causa de las valoraciones de oportunidad de los jueces (V)-, no puede estarlo de elementos de proporcionalidad, también de naturaleza constitucional, que justifiquen la medida empresarial propuesta en relación con el fin pretendido. El control judicial opera asimismo sobre los procedimientos y requisitos de forma (períodos de consultas, obligación legal de negociar de buena fe en su desarrollo y deberes empresariales de información y documentación, principalmente), que la Ley 3/2012 convierte en esenciales factores de garantía en sustitución de la suprimida autorización administrativa previa y a los que traslada el peso de la intervención judicial que pretende apartar de los requisitos de fondo. Y aún hay más: la propia Ley 3/2012, que depara cauces procesales específicos para la impugnación de estas medidas empresariales, amplía la intervención judicial, aunque aquí como garantía de los intereses del empresario, creando, en el seno de la compleja modalidad procesal de impugnación del despido colectivo del art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, que modifica a tal fin, un nuevo proceso al legitimar al empresario, si su decisión extintiva no se impugna por los representantes legales de los trabajadores ni por la autoridad laboral, transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para la impugnación colectiva, en un nuevo plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, para interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. En tal caso, legitimados pasivamente están los representantes legales de los trabajadores. La sentencia que se dicte “tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160” de la Ley de la jurisdicción social (nuevo apartado 3 del art. 124 de dicha Ley). Con ello el empresario se puede “blindar” frente a las impugnaciones individuales de despido obteniendo con carácter previo un “placet” sobre la legitimidad de su decisión extintiva, reduciendo o evitando así la litigiosidad individual.

Con todo, el futuro de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales no dependerá tanto del empeño judicializador o desjudicializador del legislador cuanto de la función real que les atribuye la regulación de la Ley 3/2012 en el ámbito de la “flexibilidad interna” y del ajuste empresarial del volumen de empleo en que es un hecho –también unánimemente reconocido por la doctrina- el reforzamiento del poder empresarial, al que sirve la supresión de la autorización administrativa en los procedimientos de regulación de empleo y el propósito declarado de la Ley de limitar el control judicial del principio de causalidad en la toma de decisiones que sólo deben corresponder al empresario. No es de extrañar que la doctrina se haya ocupado de inmediato de relacionar esa supresión de la autorización administrativa con la suerte de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales, estimando que de aquélla resultará la devaluación de éstos en la medida en que el empresario puede adoptar su decisión sin necesidad de acuerdo, ni por tanto mediación o arbitraje sustitutivos del acuerdo, en los períodos de consultas (CRUZ, 2012, pág. 414; GOERLICH, 2012, pág. 209; MERCADER, 2012, pág. 34). El Preámbulo de la Ley 3/2012 es explícito también a este respecto. Tras referirse a “la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral” en la experiencia anterior, destaca sus efectos negativos: además de sus efectos dilatorios en la adopción de las decisiones empresariales, “ello se ha hecho muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista

para este despido” y de desnaturalizar, “en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, debe[n] versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. Y en esa crítica justifica sus medidas reformadoras. Frente a tal situación la Ley 3/2012 elimina la necesidad de la autorización administrativa, “manteniendo la exigencia comunitaria de un período de consultas” –Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, “*pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos*” (V).

En suma, los diferentes objetivos de política legislativa que han conducido a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, y a la Ley 3/2012, de 6 de julio, y las posibles líneas de evolución que ante ellas se abren, llevan a concluir que la actual situación normativa de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales se encuentra fijada en un espacio, propio de la autonomía colectiva, cuyos perfiles, desde el punto de vista de su regulación procesal, están más definidos que en la regulación anterior, y en tal sentido, sus funciones potenciadas al estarlo la seguridad jurídica. En cuanto a sus funciones, la Ley 3/2012 mantiene abierto y reabre para estos procedimientos el campo de la gestión y de las reestructuraciones empresariales –corrigiendo al respecto los olvidos o supresiones deliberadas de las reformas del RDL 3/2012 en las decisiones empresariales más relevantes de ajuste del volumen de empleo, suspensiones y reducciones de jornada y despidos colectivos por causas empresariales-, que se propone sustraer, en cambio, “a los juicios de oportunidad” de los jueces y tribunales, bien que otorgando al empresario la decisión última –en esta fase- sobre las medidas concretas adoptadas. Su ámbito de actuación real resultará, en consecuencia, de la voluntad de las partes de cumplimiento de los acuerdos de establecimiento y regulación de estos procedimientos, como el V Acuerdo sobre solución autónoma de los conflictos laborales (ASAC), que cambia su denominación precisamente “para subrayar el papel que en la solución de los mismos deben desempeñar las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores, al margen y sin perjuicio de la jurisdicción social” (Preámbulo); pero señaladamente de la voluntad empresarial, así como del funcionamiento efectivo, rápido y eficaz de estos procedimientos en la composición de los conflictos; en otras palabras, de su valor añadido para la solución de los conflictos laborales, especialmente de estos conflictos de intereses, en una coyuntura ciertamente difícil, pero en la que, como el propio V ASAC reconoce, ya cuentan “con décadas de trabajo y una amplia experiencia” (Preámbulo).

El volumen de litigiosidad sobre las decisiones empresariales de despido colectivo, suspensiones de contratos y reducciones de jornada, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados e inaplicación y modificación de convenios colectivos “estatutarios”, y la interpretación que de la nueva regulación legal hagan los jueces y tribunal del orden social, señaladamente el Tribunal Supremo, en ejercicio de su función jurisdiccional, será otro factor importante en el comportamiento real de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales.

II. Los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales en la Ley 3/2012; su papel en la gestión de las reorganizaciones empresariales (medidas de flexibilidad interna y despidos colectivos)

Vistos los grandes rasgos de la regulación constitucional y legal en que se desenvuelven los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales procede a continuación analizar sus funciones en la Ley 3/2012 en conexión con su regulación en la Ley reguladora de la jurisdicción social y en el V ASAC, suscrito por CCOO, UGT, CEOE y CEPYME también en ese crucial año reformador 2012, el 7 de febrero concretamente, sólo tres días antes de que se aprobase por el Gobierno el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral, publicado en el BOE del siguiente día 11 y en vigor desde el siguiente día 12 de febrero. No obstante, el V ASAC había decidido “ante el nuevo marco normativo y las reformas que ello implica en materia de medios autónomos de solución de conflictos”, refiriéndose a las reformas de 2010/2011, “adelantar la terminación de la vigencia del IV Acuerdo, a 31 de diciembre de 2011, y establecer la entrada en vigor del presente V Acuerdo con fecha 1 de enero de 2012” (art. 2.2).

El V ASAC trae causa del Acuerdo Social y Económico (ASE), firmado por las mismas organizaciones sindicales y empresariales más representativas el 2 de febrero de 2011, que vinculaba especialmente los medios de solución extrajudicial de conflictos a la gestión y administración permanente de los convenios colectivos, tareas a las que dicho medios debían aportar “asistencia activa”. El V ASAC se proclama expresamente de desarrollo de aquel Acuerdo y en el marco de las previsiones de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que el RDL 3/2012 llevará más lejos desvinculándose el ASE, anuncia que “permitirá una mayor polivalencia a los medios de solución de discrepancias y, en la presente coyuntura, una más rápida y eficaz solución de las controversias, dada la necesidad de encontrar soluciones rápidas a las demandas de los procesos de adaptación de las empresas”. E insiste en situar los instrumentos de solución autónoma de las discrepancias en el ámbito de la empresa: en sus términos, el fortalecimiento de dichos instrumentos “implicará una mejora de los mecanismos de participación de las empresas y de los trabajadores de ellas dependientes en la resolución de los conflictos inherentes a las relaciones colectivas de trabajo, dando satisfacción de manera equilibrada a los planteamientos de unos y otros al posibilitar la conciliación de los intereses de ambas partes ante una realidad extremadamente cambiante y que requiere de mecanismos ágiles y de respuestas inmediatas ante las incertidumbres y demandas en la coyuntura actual. La eficacia de las medidas incorporadas en el ASAC, redundará en la mejora de los derechos de los trabajadores, de una parte, y de la competitividad y productividad de las empresas, de otra”.

Convertido el citado RDL 3/2012, tras su correspondiente tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE), en Ley 3/2012, de 6 de julio, de igual denominación, el análisis que ahora se emprende versará sobre esta Ley y sus nuevas modificaciones de la regulación del ET, de la LJS y del propio RDL precedente. Se deja pues a un lado el análisis de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales en el campo tradicional de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos (art. 91 ET) y en los nuevamente reformados de

inaplicación (o “descuelgue”) a las empresas de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos “estatutarios” (art. 82.3 ET) y de sucesión y sustitución de convenios colectivos asimismo “estatutarios” (art. 86.3 ET).

Siguiendo el camino abierto por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del RDL 10/2010, de 16 de junio, y del RDL 7/2011, de 10 de junio, la Ley 3/2012 llama a los procedimientos de mediación y arbitraje en su regulación de las que denomina “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo” (Capítulo III), en concreto de las medidas de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada e inaplicación a la empresa del convenio colectivo estatutario aplicable, decisiones empresariales todas ellas justificadas en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, ampliamente definidas, y sometidas, para su legitimidad y efectividad, al requisito de consulta con los representantes de los trabajadores. Los procedimientos de mediación y arbitraje tienen asimismo sitio en los despidos colectivos, calificados por la Ley 3/2012 de “Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral” (Capítulo IV). Hagamos un breve recorrido por los aspectos sobresalientes a los efectos que aquí nos interesan de la regulación legal integrándola después con la regulación paralela del V ASAC.

II.1. Períodos de consulta y procedimientos de mediación y arbitraje: la sustitución de aquéllos por éstos

El ET, reformado por la Ley 3/2012, prevé el acuerdo de las partes para sustituir el período de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje en los siguientes supuestos, que son bien conocidos:

1. Movilidad geográfica por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción de dimensión colectiva (sin modificaciones de la Ley 3/2012 respecto del RDL 3/2012):

Art. 40.2 ET, últm. párrf.:

“El empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”: “de una duración no superior a quince días” naturales (art. 40.2.1º ET).

2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo (sin modificaciones de la Ley 3/2012 respecto del RDL 3/2012)

Art. 41.4 ET, párrf. 6º:

“El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá

desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo” : “de duración no superior a quince días” naturales (art. 41.4 ET).

Téngase en cuenta que a través del procedimiento regulado en el art. 41 ET cabe que la dirección de la empresa acuerde modificar las condiciones de trabajo pactadas en acuerdos o pactos colectivos (art. 41.4 y 5 ET). Salvo que se trate de convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, cuya inaplicación sigue el procedimiento del art. 82.3 del ET (art. 41.6 ET), la modificación de los convenios colectivos de eficacia limitada o “extraestatutarios” y de los acuerdos o pactos colectivos de empresa transcurre según la regulación del art. 41 ET.

3. Suspensiones del contrato y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas

Prevé también la Ley 3/2012 la posibilidad, omitida en el RDL 3/2012, de que en los procedimientos para las suspensiones del contrato o las reducciones temporales de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, el empresario y la representación de los trabajadores acuerden “en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo” (nuevo párrf. 8º del art. 47.1 ET): “de duración no superior a quince días” naturales (art. 47.1, párrf. 4º, ET).

4. Inaplicación a la empresa y modificación de los convenios colectivos “estatutarios”

La inaplicación a la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las materias relacionadas en el art. 82.3 ET, exige la previa tramitación de un período de consultas “en los términos del art. 41.4” ET (art. 82.3, párrf. 2º, ET); términos que comprenden, como se ha visto, la sustitución acordada del período de consultas por los procedimientos de mediación a arbitraje aplicables a la empresa. Sin embargo, la propia regulación del art. 82.3 ET hace inútil esa remisión una vez que regula con caracteres singulares y específicos la presencia de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos en dicho período de consultas, de modo que en caso de desacuerdo en él surgido cualquiera de las partes puede someter la discrepancia a la comisión del convenio, que debe pronunciarse en “un plazo máximo de siete días... a contar desde que la discrepancia le fuera planteada”. Si no se solicita la intervención de la comisión o no se alcanza en ésta acuerdo, “las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos” de sustitución del convenio colectivo inaplicado, “incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” ET (art. 82.3, párrf. 7º, ET).

El resto de la regulación, su extremo más polémico desde el punto de vista constitucional, es también conocida. Si los procedimientos de solución autónoma de los conflictos no son aplicables o si, aplicados, no solucionan el desacuerdo “cualquiera de

las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” ET (art. 82.3, párrf. 8º, ET).

5. Despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas

También aquí introduce la Ley 3/2012 expresamente los procedimientos de mediación y arbitraje, que había suprimido el RDL 3/2012 del art. 51.7 ET en la versión de la Ley 35/2012 (regulación a la que se remitía la del procedimiento para la suspensión y reducción de la jornada por las mismas causas). Ahora, el nuevo párrf. 9º del art. 51.2 ET contempla la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores acuerden “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, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”: “de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores” (art. 51. 2, párrf. 1º, ET).

Precisa el nuevo Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre –precisión que ya contenía en idénticos términos el anterior Reglamento aprobado por RD 801/2011-, en sus “Disposiciones comunes a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, que los procedimientos de mediación y consulta aplicables a la empresa que pueden sustituir a los períodos de consultas son “en particular los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico” (art. 28.4, párrf. 1º).

En todos los supuestos mencionados, el período de consultas debe “versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial [de movilidad geográfica] y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” (art. 40.2.3º ET); “sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial [de modificación sustancial de condiciones de trabajo] y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados” (art. 41.4, párrf. 1º, ET); “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 51.2, párrf. 1º, ET), lo que naturalmente hace extensiva la consulta a las causas del despido colectivo –pese a que se hayan planteado algunas dudas en la doctrina-, sin el análisis de cuya concurrencia no es posible evitar o reducir los despidos, y a cuya acreditación se dirigen las obligaciones documentales del empresario ante los representantes de los

trabajadores y la autoridad laboral (escrito de inicio o comunicación del período de consultas, memoria explicativa, información necesaria: art. 51, apdo. 2, párrfs. 2º a 4º, y apdo. 8 ET y arts. 3 a 5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012).

Nada se dice en el art. 47.1 y 2 ET sobre el objeto de la consulta en las suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, pero no es difícil cubrir el vacío legal con la aplicación analógica de la finalidad los períodos de consultas previos a la adopción por el empresario de medidas de flexibilidad interna. Por su parte, el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada no deja lugar a dudas sobre la comprensión de las causas justificativas de las medidas empresariales propuestas en el objeto de la consulta: la memoria explicativa de las causas y demás documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del período de consultas en los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada “será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa” (art. 18.1), teniendo por objeto del período de consultas alcanzar acuerdo “sobre las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada” (art. 20.1).

Obviamente, esta problemática no tiene lugar en las suspensiones temporales de contratos, reducciones igualmente temporales de jornada (aunque el art. 47.3 ET sólo se refiera a la suspensión del contrato), y despidos colectivos por causa de fuerza mayor, en cuyos procedimientos no existen los períodos de consulta (arts. 51.7 y 47.3 ET).

II.2. El régimen legal de los procedimientos y de los acuerdos de consultas

La regulación del ET, modificada por la Ley 3/2012, presenta un régimen jurídico prácticamente común de los procedimientos y acuerdos alcanzados en los períodos de consultas en cuestiones básicas (períodos de duración máxima; legitimación de las partes, obligación de negociar de buena fe, requisitos para la válida adopción de los acuerdos) que, sin embargo, no lo es en otras cuestiones asimismo básicas. Empezando por el procedimiento mismo que, en caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, puede establecerse en la negociación colectiva (art. 41.4, párrf. 1º, ET).

Los arts. 40.2, 2º párrf., 41.2, 2º párrf, y 51.2, párrf. 6º, ET atribuyen legitimación a las secciones sindicales “cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”, para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en los procedimientos de consultas. El art. 41.4 ET, párrfs. 4º y 5º, regula la ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa y los modos de subsanarla mediante la atribución por los trabajadores de representación a “una comisión negociadora de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente [...] o designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”; regulación a la que se remiten los arts. 40.2, párrf. 7º, 47.1, párrf. 6º, 51.2, párrf. 7º, ET. El Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada regula con precisiones

adicionales la “interlocución en los períodos de consultas” en estos procedimientos (arts. 26 y 27).

Durante el período de consultas las partes deben de negociar de buena fe “con vistas a la consecución de un acuerdo” (arts. 40.2, párrf. 5º, 41.2, párrf. 3º, 51.2, párrf. 8º, ET).

La adopción válida de los acuerdos requiere la conformidad de la mayoría de miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, o de las representaciones sindicales que en su conjunto representen a la mayoría de aquéllos; o, en ausencia de representaciones legales de los trabajadores en la empresa, el voto favorable de la mayoría de miembros de la comisión elegida por los trabajadores o designada por los sindicatos mas representativos y representativos del sector (arts. 40.2., párrf. 6º, y 41.4, párrfs. 3º y 5º, ET, y art. 28 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Pero, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada, los arts. 41.4, párrf. 7º, y 47.1, párrf. 7º, ET establecen que el acuerdo alcanzado en el período de consultas presumirá la concurrencia de las causas justificativas de la decisión empresarial acuerdo de mediación o el laudo presumirá, como el acuerdo de consultas, “que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1”. Y añaden que dicho acuerdo sólo “podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

En caso de despidos colectivos, del acuerdo logrado en el período de consultas se ha de trasladar copia íntegra a la autoridad laboral (art. 51.2, párrf. 11º, ET, y art. 12.1 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), que “podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo” [art. 51.6, párrf. 2º, ET y art. 148.b) LRJS]. También en los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada el empresario debe trasladar copia íntegra del acuerdo alcanzado a la autoridad laboral, que a su vez ha de remitirlo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo (art. 20.6 y 8 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada), pudiendo la autoridad laboral impugnarlo por iguales motivos a través del proceso de oficio conforme al citado art. 148.b) LRJS y el art. 47.1, párrfs. 7º y 10º, ET.

También hay variaciones procedimentales en la tramitación de los despidos colectivos, en que la Ley 3/2012 refuerza el papel de la autoridad laboral, que había quedado muy desdibujado en el Real Decreto-ley 3/2012. La autoridad laboral competente vela “por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento”. Igualmente, sin perjuicio de los procedimientos de mediación y arbitraje, la autoridad laboral puede “realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que

resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo”. La norma refleja la realidad práctica de esa función mediadora de la autoridad laboral, que trata de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo sin interferirse en la decisión, debiendo subrayarse que esa función mediadora sólo puede realizarse a petición conjunta de las partes. Pero, además, puede la autoridad laboral realizar o, más bien, cumplir “funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa” (art. 51.1, párrf. 10, ET). Esa posibilidad de actuación por propia iniciativa de la autoridad laboral que ha querido satisfacer la solicitud de mayor participación de las Comunidades Autónomas en los procesos de despido colectivo se concreta por el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, “en especial”, en “dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa” (art. 10.2). Ahora bien, ni esa actuación administrativa de asistencia unilateral ni la propiamente mediadora, que requiere el acuerdo de las partes, pueden interferirse directamente en el proceso negocial ni en los procedimientos autónomos de mediación y arbitraje, por lo que la iniciativa administrativa debe respetar en todo caso la voluntad de las partes.

Esa mayor participación de la autoridad laboral competente se canaliza asimismo a través de su facultad, ejercida a través del servicio público de empleo competente y no inexplicablemente a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dada su vinculación con el procedimiento sancionador –salvo que la explicación radique en el hecho de que la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no ha sido transferida a todas las Comunidades Autónomas, sino sólo a Cataluña y País Vasco-, de verificar la acreditación del cumplimiento por la empresa que despidió a más de 50 trabajadores de su obligación de ofrecerles un plan de recolocación externa y, en su defecto, de requerir a la empresa para que proceda a su cumplimiento (nuevo párrafo. 2º del apartado 10 del art. 51 ET), sin perjuicio de la reclamación judicial de los trabajadores (art. 51.10.3º ET). En efecto, y presuponiendo la actuación preceptiva la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a partir de esa actuación de inspección y requerimiento de los servicios públicos de empleo correspondientes, la Ley 3/2012 reforma la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipificando como infracción laboral muy grave el incumplimiento empresarial “de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo” (nuevo apartado 14 del art. 8 LIS). El citado Reglamento lleva esa actuación al informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incorporado al procedimiento de despido colectivo tras la finalización del período de consultas (art. 11.7).

III.- La Ley 3/2012 y los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales en el V Acuerdo sobre solución autónoma de los conflictos laborales

La anticipación por días del V ASAC a la primera “reforma laboral” de 2012 y su proclamada vinculación al ASE dieron al V ASAC una vida propia, paralela en principio al proceso de reformas legales iniciado por el RDL 3/2012, aunque no estén tan alejados como podría pensarse dado el nacimiento del V ASAC en el contexto normativo reformador de 2010/2011. El paralelismo se pierde en los aspectos en que el

V ASAC necesita encontrarse con el ordenamiento legal vigente. Por ello, las referencias y citas del V ASAC las haré de conformidad con la regulación de la Ley 3/2012, explicando la acomodación obligada de los preceptos contrarios del V ASAC sólo cuando sea necesario a los efectos aquí perseguidos. Como no podía ser de otra manera, el V ASAC declara respetar, “en todo caso, la legislación vigente y los principios constitucionales” (art. 8, párrf. 1º).

Aunque no sería necesario hacerlo, especialmente ante un auditorio como éste, recordaré que el ASAC excluye de su ámbito de aplicación los conflictos laborales “en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social”, sin perjuicio de su eventual incorporación futura [art. 1.2 y disp. adicional 3ª.b)]. Y que, entre otros tipos de conflictos laborales colectivos, pueden someterse a sus procedimientos los conflictos, suscitados en los ámbitos señalados en su art. 4.2, “derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82. 3”, del ET; los conflictos “derivados de las discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por el artículo 44.9 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no se refieran a traslados colectivos o a modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo”; la “sustitución del período de consultas, acordada por el juez, por la mediación y el arbitraje, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del artículo 64.5 párrafo último de la Ley Concursal” [art. 4.1.e), f) y h)]. También pueden someterse al ASAC los conflictos “derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos” [art. 4.i)] aplicables a la empresa, pero, frente a lo que dispone expresamente el ASAC dadas las modificaciones de los arts. 41.6 y 83.3 ET por la Ley 3/2012, con independencia de que los convenios objeto de inaplicación sean de ámbito sectorial o de empresa y sin necesidad de que dichos convenios contemplen su inaplicación negociada.

III.1. El régimen jurídico de los acuerdos de sustitución de los períodos de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje; legitimación, adopción de los acuerdos, objeto y régimen temporal

Los aspectos sobresalientes del régimen jurídico de los acuerdos de sustitución de los procedimientos de consulta por los de solución autónoma de las discrepancias de las partes sobre el objeto de la consulta se refieren a la legitimación de las partes, a los requisitos del propio acuerdo de sustitución, a su objeto, y a su régimen temporal en relación con los plazos legales de los períodos de consultas, “máximos” -y no mínimos como antes de las reformas introducidas por la Ley 35/2010- ante la celeridad que se busca imprimir a su desarrollo y la obligación legal de negociar que se impone a las partes y rige desde la apertura hasta el vencimiento de la duración máxima de los períodos de consultas.

A) Legitimación

Es obvio que las partes legitimadas para adoptar el acuerdo de sustitución han de ser las mismas partes entre las que tiene lugar la consulta y quedan obligadas a negociar durante el período de la misma: el empresario y la representaciones legales de los trabajadores legitimadas para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa, entendidas tales representaciones en los términos, ya vistos, en que las seleccionan y regulan los preceptos que a continuación se citan de nuevo (arts. 40.2, párrfs. 2º, 7º y 11º; 41.4, párrfs. 2º, 4º, 5º y 6º; 47.1, párrfs. 4º, 6º y 8º; y 51.2, párrfs. 6º, 7º y 8º ET; y con detalle, arts. 26 y 27 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada para estos procedimientos). Las partes del período de consultas legitimadas para adoptar acuerdos en el mismo quedan legalmente sometidas a la obligación de negociar de buena fe “con vistas a la consecución de un acuerdo”, el acuerdo de consultas o el de sustitución por los procedimientos de mediación o arbitraje con el fin de trasladar a estas instancias de solución de conflictos la consecución del acuerdo de consultas. El acuerdo de sustitución cumple, desde luego, el deber de negociar de buena fe, interpretado por la doctrina judicial posterior a la Ley 3/2012 en los siguientes términos que recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 con cita de decisiones anteriores:

“Esta Sala ha defendido ya en otras ocasiones que no cabe entender existente una verdadera negociación si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder, y que no puede alegar la inamovilidad del contrario quien no ofrezca alternativas razonables y viables.

Así, mantuvimos en SAN núm. 61/2012, de 28-5-12 (pudiendo citarse, en similar sentido SSAN núm. 59/2012, de 28-5-12 ; núm. 90/2012, de 25-7-12, y núm. 106/2012, de 28-9-12), que "El período de consultas se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE , que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos, habiéndose entendido por la jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011 [...] y 18-01-2012 [...] , que es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin, como hemos mantenido en SAN 25-11-2009 [...]”.

El ASAC sigue las reglas legales. No en vano proceden de la Ley 35/2010. Sobre ellas, y desde el RDL 7/2011, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en los procedimientos de consultas corresponde a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Sin embargo, es necesario realizar alguna precisión.

En el ASAC, están legitimados para solicitar la mediación en los conflictos surgidos en los períodos de consultas “el empresario y la representación de los trabajadores que

participe en las consultas correspondientes” [art. 13.d)]. Según el citado precepto del ASAC, la “*decisión de instar la mediación deberá contar con la mayoría de la representación que la promueva*”, exigencia que únicamente puede referirse, como es obvio, a la representación de los trabajadores –sindical, unitaria o comisión “*ad hoc*”- y que, como veremos inmediatamente, es la mayoría exigida por el ET y el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada para alcanzar los acuerdos de consultas y los acuerdos de sustitución de los períodos de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje. El ordenamiento legal rechaza la unilateralidad del recurso a estos procedimientos en este ámbito, también la promoción unilateral de la mediación por tanto, pero nada impide alcanzar el acuerdo de sustitución a resultas de la decisión mayoritaria de la representación legal de los trabajadores de instar unilateralmente la mediación ante el SIMA si es aceptada por el empresario.

Estos mismos sujetos están legitimados para instar el procedimiento arbitral “de mutuo acuerdo” (art. 19.1, párrf. 1º, ASAC), debiendo hacer constar en su escrito de promoción ante el SIMA, entre otros extremos, su modalidad (de derecho o equidad, de posición última) (art. 20.1 ASAC).

B) Los acuerdos de sustitución y su objeto

La sustitución del período de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje ha de ser acordada por las partes. La adopción válida de ese acuerdo requiere la misma voluntad mayoritaria exigida para los acuerdos de consultas: esto es, la “conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos” o “el voto favorable de la mayoría de [...] miembros” de la comisión representativa de los trabajadores, elegida por éstos o designada por los sindicatos mas representativos y representativos del sector, en las empresas en que no existan representaciones legales de los mismos (arts. 40.2, párrfs. 6º y 7º; y 41.4, párrfs. 3º y 5º, ET; los arts. 47.1, párrf. 6º, y 51.2, párrf. 7º, ET se limitan a remitirse al art. 41.4 para los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, regulando los arts. 28 y 27 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada el régimen de adopción de acuerdos en el período de consultas con iguales exigencias mayoritarias y señalando que “[s]ólo se considerará acuerdo colectivo en el período de consultas aquel que haya sido adoptado por la representación legal de los trabajadores o por la comisión” designada por los trabajadores, que debe establecer en su acta de constitución que se constituye “como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones”).

Sin embargo, el ASAC contempla con carácter general, y específicamente en los períodos de consultas, la mediación “obligatoria [...] siempre que la demande una de las partes del conflicto”, “una de las partes legitimadas”. Es verdad que su art. 8.1.a) excepciona de esa obligatoriedad “los casos en que se exija acuerdo entre ambas partes”, lo que reitera su art. 12.4; en consecuencia, los casos de discrepancias en los períodos de consultas de los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51 ET –mayores matices y desarrollos requiere el caso del art. 82.3 ET, en que “cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio” y , ulteriormente o en su defecto, “las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los

acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico”-, casos en que la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación ha de ser siempre acordada por las partes. Pero el problema radica en que el art. 12.4 del ASAC contiene en su párrafo 4º una regla específica justamente para “los supuestos a que se refieren los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51” ET, a cuyo tenor, “*y a fin de resolver las discrepancias que hubieran surgido en el período de consultas, deberá agotarse el procedimiento de mediación si así lo solicita, al menos, una de las partes*. Ello no implicará la ampliación por esta causa de los plazos previstos en la Ley”.

Puesto que el ET exige el acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores para la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación, el obligado agotamiento del procedimiento de mediación a solicitud de una de las partes sólo podría ser tal, obligado por decisión de una de ellas, si las partes acordasen sustituir el período de consultas genéricamente por “la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa”, siendo éste el regulado en el ASAC; en otras palabras, si las partes acordasen someterse al ASAC y una de ellas solicitase la tramitación del procedimiento de mediación. Nos lleva esta consideración al objeto o contenido de estos acuerdos de sustitución. Pero adviértase que el propio ASAC permite “[e]n todo caso” que las partes acuerden “someterse voluntariamente al procedimiento de arbitraje [...] sin necesidad de acudir al trámite de mediación”, pudiendo también las partes “habilitar, desde un principio o durante el procedimiento de mediación, al mediador o a los mediadores para que arbitren todas o algunas de las materias objeto de controversia” (art. 12.6).

El arbitraje, por su parte, requiere el acuerdo de las partes en conflicto, la manifestación expresa de su voluntad de “someterse a la decisión imparcial de un árbitro o árbitros” y “aceptar de antemano la solución que éste dicte sobre el conflicto suscitado” [arts. 8.1.b) y 18.1 ASAC]; necesaria también, conforme al propio ASAC, en los supuestos en que el arbitraje sea obligatorio porque así lo haya decidido el convenio colectivo, que también puede articular una “mediación previa al arbitraje obligatorio por el propio árbitro o un tercero distinto” [art. 8.1.b), párrfs. 3º y 4º].

En el acuerdo de sumisión a arbitraje o compromiso arbitral y en la solicitud conjunta de mediación –o unilateral de una parte aceptada por la otra- se adoptarán y formalizarán, pues, los acuerdos de sustitución. El ET insiste en que su objeto es la sustitución del período de consultas, de todo el período de consultas o de parte del mismo, por los procedimientos de mediación o arbitraje, utilizando siempre dicha formulación alternativa: “mediación o arbitraje”. Pero es fácil convenir en que tal formulación legal es la más idónea y respetuosa con la libertad de las partes de optar por uno u otro procedimiento o por ambos concatenados –nada lo impide, en principio, si las partes lo acuerdan; podría entenderse, en cambio, que su enunciado enlazado “mediación y arbitraje” obligaría a esta última opción, que puede no ser querida por el empresario ante la dilación excesiva del procedimiento- en la medida en que esa sucesión procedimental se avenga a la finalidad de alcanzar el acuerdo o solución arbitral en plazo razonable para la efectividad de las medidas empresariales.

Llegamos así a un punto importante en el régimen jurídico de los acuerdos de sustitución y de los procedimientos de mediación o arbitraje sustitutivos de los acuerdos de consultas: el del momento hábil para la adopción del acuerdo de sustitución.

C) El tiempo de los acuerdos de sustitución

Los acuerdos de sustitución pueden alcanzarse “en cualquier momento” del período de consultas en cuya regulación se enmarca la facultad de las partes de acordar su sustitución ante su desacuerdo sobre las medidas objeto de la consulta (arts. 40.2, párrf. 11º; 41.4, párrf. 6º; 47.1, párrf. 8º; art. 51.2, párrf. 9º). Por tanto, el día de su apertura o a lo largo de su desarrollo, si bien la regulación del ET exige imperativamente que los procedimientos de mediación y arbitraje se desarrollen dentro del plazo máximo de los períodos de consultas para facilitar, como dice la Ley 3/2012, la “celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales” (Preámbulo), y que quizás estuvo en el origen de la supresión del recurso a estos procedimientos por el RDL 3/2012 en los despidos colectivos y suspensiones y reducciones de jornada por causas empresariales. El Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada insiste en la imperatividad de la determinación legal *en todo caso*: “En todo caso”, dice, “el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores” (art. 28.4, párrf. 2º).

No se puede desconocer que la interpretación estricta y rigurosa de los citados preceptos legales y reglamentario, ciertamente indisponibles en su dimensión imperativa máxima por los convenios colectivos, llevaría a considerar inválidos e ineficaces por extemporáneos los acuerdos de sustitución adoptados cuando, atendiendo a los plazos máximos de los procedimientos de consultas (quince o treinta días naturales), los de mediación o arbitraje no pudieran ya desarrollarse y llevarse a término dentro de los mismos. Sin embargo, no parece que una interpretación de este tipo deba sostenerse ante el acuerdo de sustitución alcanzado el último día del plazo del período de consultas, o incluso finalizado éste. Ese acuerdo será válido y desencadenará sus efectos propios de iniciar la tramitación de los procedimientos de mediación y/o arbitraje, de los que puede resultar el acuerdo o laudo arbitral que resuelva las discrepancias de las partes.

La observancia de los plazos legales máximos de los períodos de consultas y del desarrollo en su transcurso de una negociación de buena fe sobre las medidas objeto de la consulta, a la que se anudan las obligaciones informativas y documentales empresariales, son condición de la licitud formal de la decisión empresarial unilateral sobre las medidas de reorganización o ajuste consultadas. Esos plazos máximos delimitan también la duración temporal de la obligación de las partes de negociar de buena fe, coextensa con la duración máxima del período de consulta, pero no impiden su alargamiento convenido para la consecución de acuerdos; ni la facultad del empresario de abrir un nuevo período de consultas, agotado el primero, precisamente con el fin de lograr el acuerdo. Así lo confirma, para los casos de despidos colectivos y suspensiones de contrato y reducciones de jornada pese a las dificultades que a esta interpretación flexible hay que reconocer que opone en su comprensión de los plazos como preclusivos el nuevo Reglamento de los correspondientes procedimientos. En términos próximos a los del anterior Reglamento aprobado por RD 801/2011, el nuevo Reglamento, aprobado por Real Decreto 1483/2012, dispone que, con independencia de su duración máxima, el período de consultas puede darse por finalizado “en todo caso

cuando las partes alcancen un acuerdo”, comprendido el acuerdo de “dar por finalizado el período de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral” (arts. 7.6 y 20.4). En el nuevo Reglamento puede también el empresario dejar transcurrir el plazo máximo de 15 días “a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas” en que debe comunicar a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores su decisión de despido colectivo o de suspensión de los contratos o de reducción de jornada sin enviar dicha comunicación, produciéndose entonces la “caducidad” del procedimiento, lo que impide al empresario despedir o aplicar las medidas propuestas de suspensión de contratos o reducción de jornada, “sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento” (arts. 12.4 y 20.7)

Tampoco impiden los plazos máximos de los períodos de consultas, ante su premura, el adelantamiento de las negociaciones a la apertura formal del período de consultas para que ya dentro de éste, formalmente, se alcance el acuerdo y se desarrollen el o los procedimientos acordados de mediación o/y arbitraje, “muy en especial, si los empresarios tienen interés en llegar a una solución consensuada con los representantes de los trabajadores” (ESCUADERO, 2012, pag. 39). Es de señalar, en relación con esta interpretación que adopta criterios flexibles en beneficio de las soluciones acordadas, la posibilidad prevista por el ASAC de que las partes designen a un mediador “para que pueda desarrollar sus funciones de forma continuada en un determinado ámbito, en relación a todas las controversias que pudieran surgir en el mismo, incluyendo la posibilidad de intervenir con carácter preventivo, a petición de cualquiera de las partes, cuando por razón de las circunstancias concurrentes, las distintas posiciones pudieran derivar en alguno de los conflictos incluidos...” en el ASAC (art. 8.3).

III.2. Contenido, validez y eficacia jurídica de los acuerdos de mediación y de los laudos arbitrales “de consultas”. Algunos problemas interpretativos

A) El contenido de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales

Se coincidirá en que, en principio, el campo de actuación material posible de los acuerdos y laudos arbitrales resultantes de los procedimientos de mediación o arbitraje acordados por las partes para sustituir a los preceptivos procedimientos de consulta versará sobre los mismos extremos que se reservan a éstos y que constituyen el objeto de la consulta y de la negociación desarrollada en su seno: la apreciación de la existencia de las causas legales que justifican las decisiones empresariales –en la definición, no igual como es sabido, de los arts. 40.1, párrf. 1º; 41.1, párrf. 1º; 47.1, párrfs. 2º y 3º; 51.1, párrfs. 2º y 3º; 82.3, párrfs. 3º y 4º, ET-, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, y la de incorporar las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, como, específicamente, las “sociales de acompañamiento”, de recolocación interna o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y planes de recolocación externa en el caso de los despidos colectivos (art. 51.2, párrfs. 1º y 10º, ET y arts. 8 y 9 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012), o las formativas para aumentar la polivalencia y empleabilidad de los trabajadores en el de las suspensiones y reducciones de jornada (art. 47.4 ET).

En síntesis, el objeto del acuerdo de mediación o del laudo arbitral es el del acuerdo que las partes no pudieron alcanzar en el procedimiento de consulta al que sustituyen. Por lo mismo, en los supuestos de movilidad geográfica y de despidos colectivos, pueden también los acuerdos de consultas, y por tanto los sustitutivos acuerdos de mediación y laudos arbitrales, establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos –los representantes de los trabajadores gozan legalmente de prioridad de permanencia: art. 68. b) ET-, “como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” (arts. 40.5 y 51.5 ET). Debiendo prevalecer aquí también una interpretación flexible de la regulación legal que permita un mayor contenido a los acuerdos de consultas y, por tanto, a los acuerdos alcanzados en mediación y a los laudos arbitrales. Así, a propósito de la fijación de prioridades de permanencia, la contemplación expresa de esa posibilidad por los citados preceptos estatutarios no veda la posibilidad de acordar prioridades de permanencia en otros supuestos en que puedan desempeñar su función: a título de ejemplo, en las suspensiones temporales de los contratos y reducciones temporales de las jornadas, en que los representantes de los trabajadores la tienen también garantizada por el art. 68.b) ET; ni de acordar preferencias en el mantenimiento de determinadas condiciones de trabajo frente a su modificación (jornada o régimen de trabajo a turnos en relación con los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores).

Pueden también los acuerdos de mediación y laudos arbitrales, como los acuerdos de consultas, valorar la entidad de las causas y graduar las medidas inicialmente previstas por el empresario, sustituirlas por otras menos gravosas para los trabajadores, o limitar su alcance en su proyección sobre los trabajadores. La misma transformación contractual de las medidas inicialmente propuestas y consultadas por el empresario que pueden operar los acuerdos de consulta (de medidas extintivas a modificativas o suspensivas) pueden realizar los acuerdos de mediación y de sometimiento de las discrepancias a arbitraje, que podrá serlo de equidad y, quizá de posición final, tratándose de conflictos de intereses.

Dentro de tan amplio contenido y abanico de medidas posibles corresponde a las partes en conflicto precisar el concreto del acuerdo conseguido en mediación en la solicitud de ésta [art. 14.2.b) ASAC] y, señaladamente, en la negociación llevada a cabo entre las partes en su comparecencia y a partir de las propuestas del mediador o mediadores (art. 15 ASAC). El escrito de promoción del arbitraje debe contener las “cuestiones concretas sobre las que ha de versar el arbitraje, si éste es en derecho o en equidad, con especificación de su génesis y desarrollo, de la pretensión y de las razones que la fundamenten y el plazo para dictar el laudo arbitral. Las partes podrán instar al árbitro a dictar su laudo en base a la posición final que le puedan presentar las mismas en una o varias de las cuestiones concretas sometidas a arbitraje” [art. 20.1.b) ASAC].

Cuestión que pide una consideración especial es la de resolver la duda de si puede un acuerdo de mediación o un laudo por medio de los cuales se desemboque en despidos colectivos extinguir los contratos de trabajo del personal de edad avanzada, de forma que los aboque a su jubilación, cuando la nueva disp. adicional 10ª ET (modificada por la Ley 3/2012) impide a los convenios colectivos contener cláusulas “que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. Con independencia de su acierto, la finalidad de la regulación legal es otra y de alcance general: no sólo impedir

jubilaciones forzosas, sino también prácticas que fomenten la jubilación ordinaria en una política de ahorro de gasto público en pensiones. El precepto legal prohibitivo (“[s]e entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos...”) se ciñe a los convenios colectivos “estatutarios” y a sus contenidos normativos posibilitadores de la extinción del contrato por jubilación, sin extender la prohibición a otros acuerdos y pactos colectivos, menos a los acuerdos de consultas alcanzados en procedimientos a través de los que se encauzan reestructuraciones empresariales por causas económicas y técnico-organizativas. En conclusión, los acuerdos de consultas pueden alcanzar ese resultado sin riesgo de nulidad e ineficacia. Por tanto, también la mediación acordada y el laudo dictado tras acogerse las partes en desacuerdo a los procedimientos autónomos de solución de conflictos aplicables en la empresa.

B) El tiempo de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales; validez

Es inevitable mencionar de nuevo la exigencia legal de que los procedimientos de mediación y arbitraje se desarrollen en el tiempo dentro del plazo máximo señalado para el periodo de consultas y la problemática vinculada a su entendimiento riguroso en el que ese plazo máximo alcanza no sólo al desarrollo, sino también a la terminación de dichos procedimientos mediante el correspondiente acuerdo de mediación o laudo arbitral, cuya validez y eficacia dependerían, como la de los acuerdos “en el período de consultas”, de su adopción temporánea dentro del plazo máximo de dichos períodos. Ya he señalado que no es ésa la interpretación que, en mi opinión, debería prevalecer acerca de la duración máxima de los plazos a que el ET sujeta los períodos de consulta, sino el de acotar temporalmente tan esencial requisito procedimental y la obligación legal de negociar de buena fe cuyo cumplimiento condicionan la licitud formal de la decisión empresarial, pero sin obstaculizar la celebración de acuerdos y el dictado de laudos arbitrales válidos y eficaces trascurridos esos plazos.

A las consideraciones anteriormente hechas han de añadirse ahora otras, bien conocidas, sobre la finalización de los procedimientos para la adopción de las decisiones empresariales en que se insertan los períodos de consultas concluidos sin acuerdo por vencimiento de su plazo máximo. El procedimiento de traslados colectivos concluye realmente con la comunicación de la decisión empresarial a los trabajadores y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad (art. 40, apdo 2, párrf. 8º en relación con el párrf. 2º de su apdo. 1, ET). Lo mismo sucede con el de modificaciones colectivas de condiciones de trabajo, en que la decisión de modificación se notifica por el empresario a los trabajadores tras la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, surtiendo efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación (art. 41.5 ET). En estos procedimientos ¿carecerían de validez por extemporáneos los acuerdos conseguidos en mediación o los laudos arbitrales emitidos tras la finalización de los períodos de consultas?

Problemas especiales plantean los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada y de despidos colectivos no sólo por la participación mas activa en ellos del poder público, de la autoridad laboral – a la que, por cierto, también ha de comunicarse la apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión en los traslados (art. 40.2, párrf. 4º ET)-, sino porque de la adopción de tales medidas resultan prestaciones de desempleo, total o parcial, para los trabajadores afectados y porque el nuevo Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada acoge una interpretación estricta de

la duración temporal de los períodos que despeja el camino para la pronta adopción de la decisión empresarial en el plazo máximo señalado, salvo su acortamiento acordado, este sí disponible, al convenir las partes en la imposibilidad de alcanzar acuerdo sobre el objeto de la consulta y en el rechazo de su sustitución por procedimientos de mediación o arbitraje.

En estos procedimientos, transcurrido el período de consultas sin acuerdo, el empresario notifica a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión o reducción de jornada (art. 47.1, párrf. 9º ET); comunica a la autoridad laboral el resultado del período de consultas y remite “a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”, momento a partir del cual el empresario puede comenzar a notificar los despidos a los trabajadores afectados respetando el plazo mínimo de treinta días desde el inicio del despido colectivo y surtiendo efectos los despidos desde su notificación (art. 51.2, párrf. 11º, y 4). La autoridad laboral, a su vez, comunica la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo, fecha a partir de la cual surte efectos la decisión empresarial sobre la suspensión de los contratos o reducción de jornada, “salvo que en ella se contemple una posterior” (art. 47.1, párrf. 9º, y 2 ET y 20.6 y 23). En el caso de despido colectivo la autoridad laboral da traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo -y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 del ET-, “haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación” (art. 12.4 del Reglamento).

En ambos procedimientos el empresario tiene que comunicar su decisión a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores en el plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, según establece el citado Reglamento (arts. 12.1 y 20.6). ¿Carecerán también de validez por igual causa de extemporaneidad los acuerdos de mediación conseguidos o los laudos arbitrales dictados tras la finalización del período de consultas pero dentro de ese plazo reglamentario máximo de quince días y trasladados en ese plazo a la autoridad laboral?. ¿Deberá en todo caso el empresario dejar transcurrir el plazo reglamentario que determina la terminación del procedimiento ya tramitado por caducidad e iniciar la tramitación de un nuevo procedimiento conforme a lo dispuesto en los arts. 20.7 y 12.4 del Reglamento? ¿Qué valor jurídico tendrían los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales posteriores al transcurso del plazo máximo del período de consultas pero resultantes de acuerdos de sometimiento a mediación o arbitraje alcanzados en cumplimiento de la obligación legal de negociar que rige durante dicho período máximo? ¿Serán impugnables por ilegalidad conforme a los arts. 67 y 163 LRJS? El deber de vela de la autoridad laboral por la efectividad de dichos períodos ¿se centra únicamente en el control de su desarrollo formal y en el cumplimiento de las obligaciones que le son propias o se extiende a garantizar su posible terminación acordada siendo ésta real?. En las respuestas a estos interrogantes se juegan probablemente los procedimientos de solución autónomas de los conflictos en períodos de consultas su destino, sin perjuicio de que las partes que a ellos recurran deban imprimir la celeridad máxima posible al funcionamiento de estos procedimientos.

La interpretación legal estricta significará en ocasiones imposibilitar la actuación efectiva y eficaz de los procedimientos de mediación y arbitraje en la solución de los

conflictos generados en la gestión de la empresa. Veamos sus tiempos en el ASAC, que manifiesta una y otra vez su voluntad –y hace un encomiable esfuerzo por conseguirla- de garantizar “el funcionamiento rápido y efectivo” de los procedimientos que regula, su “máxima celeridad” y eficacia, su “máxima efectividad y agilidad”, mediante el acortamiento de los plazos “al mínimo posible”, la agilidad de los procedimientos y el reforzamiento del consenso en las listas de mediadores y árbitros, en “salvaguarda de los derechos afectados” y “a efectos de no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva o dilatar la resolución de las controversias por otras posibles vías” (Preámbulo, arts. 9, párrf. 2º, y 10.4, y Anexo de recomendaciones sobre las comisiones paritarias). En efecto, las partes en conflicto en los procedimientos de consultas son las primeras interesadas en conseguir el acuerdo de mediación o el compromiso arbitral en el término máximo de dicho procedimientos por cuanto ese tiempo está cubierto por la obligación de negociar de buena fe, cuyo incumplimiento acarreará la nulidad de las medidas empresariales. Es posible, sin embargo, que no suceda así ante la brevedad general de los plazos en relación con la eventual complejidad y dificultad de las negociaciones.

Según el ASAC, en los conflictos derivados de discrepancias surgidas en los períodos de consultas exigidos por los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51 y 82. 3 del ET es preceptiva la intervención previa de la comisión paritaria del convenio colectivo si así se ha pactado en el mismo y, en todo caso, cuando –actualizando las previsiones del ASAC mediante su acomodación a la regulación vigente del ET, tras su reforma por la Ley 3/2012- al amparo del 82.3, párrafo 7º, del ET cualquiera de las partes solicite la intervención de dicha comisión, entendiéndose agotado el trámite de intervención previa de la Comisión Paritaria transcurrido “el plazo máximo de siete días a contar desde que la discrepancia fuera planteada” (art. 10.2). El propio ASAC explica en su Preámbulo el papel esencial que deben cumplir las comisiones paritarias “con respecto a los conflictos en materia de desacuerdo durante el período de consultas”, bien que señaladamente en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo dispuestas por convenio colectivo y en los supuestos de descuelgue salarial, ampliados por la Ley 3/2012, como es sabido, a la serie de materias relacionadas en el art. 82.3, párrf. 2º, ET. Pero no únicamente en estos supuestos, pues es clara la regla del art. 10.2 del ASAC que exige la intervención previa de la comisión paritaria del convenio colectivo en los demás de existencia de períodos de consultas cuando así lo haya previsto el convenio colectivo, exigiendo también en esos mismos supuestos la acreditación en la solicitud de mediación de esa intervención o de haberse dirigido a ella sin efecto, y el dictamen emitido en su caso [art. 14.2.d).3]. Lo que, por lo demás, guarda coherencia con la previsión expresa –e innecesaria- del ET de que los convenios colectivos pueden regular “los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley” (art. 85.1, párrf. 1º, ET). Añade el ASAC que en tales casos, “se entenderá agotada la mediación en el Servicio, cuando la comisión paritaria del convenio [...] actúe como órgano específico de mediación, integrado en el mismo” (art. 10.3).

El tiempo de la comisión paritaria, si tiene que intervenir, ocupa, pues, un máximo de siete días desde el planteamiento del conflicto. Recomienda, no obstante, el ASAC la previsión de plazos menores para asuntos de urgencia, de 48 a 72 horas [Anexo, h)]. Instada la mediación ante el SIMA se agota este trámite en el plazo de diez días desde la solicitud de mediación, “si bien los solicitantes de la mediación pueden requerir al mediador o a los mediadores para que desarrollen el procedimiento en un plazo más breve [...], siempre que en su solicitud identifiquen al mediador o mediadores que han

consensuado” (art. 14.3 y 4 ASAC). En el peor de los casos, agotados ambos plazos sumarían diecisiete días, con los que superarían los de los períodos de consultas de 15 días de duración como máximo. En la mejor de las hipótesis -tramitación de la mediación en plazo breve sin intervención previa de la comisión paritaria-, habría que considerar el tiempo consumido en el período de consultas, lo que no asegura la consecución de acuerdo en el procedimiento de mediación dentro del término máximo del período de consultas.

Es cierto que la mediación puede concluir sin agotamiento de su plazo si las partes acuerdan someter el conflicto a arbitraje (art. 15.3, párrf. 3º, ASAC). Y que las partes pueden decidir la promoción directa del arbitraje, sin tramitar siquiera el procedimiento de mediación (art. 18.2 ASAC), sujetando en su compromiso arbitral la decisión del árbitro o del colegio arbitral a plazos breves, inferiores al máximo de diez días hábiles a partir de la designación del árbitro o árbitros fijado por el ASAC y sin alargamiento posible, “en aquellos supuestos en los que la ley o el convenio colectivo prevea periodos de consulta o negociación en los que sea prioritario la rápida resolución de la controversia” [arts. 20.1.e) y 21.2 ASAC]. Pero el tiempo consumido en el período de consultas, mas el de intervención de la comisión paritaria del convenio, de ser preceptiva, podrían malograr también el resultado arbitral.

C) Eficacia; modificación de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales vinculantes

Los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales, siempre que aquellos acuerdos y los compromisos arbitrales se adopten por los sujetos legitimados y con la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, tienen la misma eficacia que los acuerdos colectivos en el período de consultas (para los laudos arbitrales, art. 85.1, párrf. 1º, ET).

Así es en la regulación del ASAC, en la que el acuerdo conseguido en mediación y el laudo arbitral, “siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos”, tienen la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo en el período de consultas –“tras el periodo de consultas”, dice imprecisamente- al que se refieren los arts. 40, 41, 47, 44.9, 51 y 82.3 del ET y art. 64.6 de la Ley Concursal” (arts. 16.1, párrf. 1º, y 22.1).

No se pronuncia el ET sobre cuál sea la eficacia del que el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada denomina “acuerdo colectivo en el período de consultas” (art. 28.1, párrf. 2º). Son acuerdos colectivos de ámbito empresarial o de grupo de empresas (SAN de 28 de septiembre de 2012), eficacia personal general atendiendo a los requisitos de legitimación y de voluntad representativa mayoritaria en su adopción, y fuerza vinculante garantizada por el art. 37.1 en relación con el art. 28.1 CE y por el Código Civil (arts. 1091 y 1254 a 1258).

No obstante esa fuerza vinculante, los acuerdos de consultas pueden ser modificados por decisión unilateral del empresario conforme a los procedimientos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41 ET. Y pueden modificar, a su vez, condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos estatutarios, con lo que la

garantía de su fuerza vinculante se quiebra hasta vaciarse no ya a través de esta primera modificación posible que ha de transcurrir a través del procedimiento del art. 82.3 ET, sino de la posterior que pudiera tener lugar como consecuencia de la facultad de la dirección de la empresa de disponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo contenidas en acuerdos colectivos cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme al art. 41 ET.

En efecto, la Ley 3/2012, siguiendo las modificaciones ya introducidas por el RDL 7/2011, permite que los acuerdos de consultas –y, ante su fracaso, en su caso los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales “vinculantes”- inapliquen a la empresa y modifiquen la regulación contenida en el convenio colectivo estatutario aplicable sobre una serie de materias –relacionadas en el reformado art. 82.3, párrf. 2º, ET, coincidentes con las que definen en el también reformado art. 41.1, párrf. 2º, ET las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, a las que se añaden las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social-, concurriendo las nuevas y mas ampliamente definidas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y, según el procedimiento regulado en el citado art. 82.3 ET, reformado. A su vez esos acuerdos de consultas, o, en su caso, acuerdos de mediación o laudos arbitrales vinculantes, de igual eficacia que los acuerdos de consultas, podrán ser modificados conforme al procedimiento del art. 41, aplicable a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “reconocidas a los trabajadores [...] en acuerdos o pactos colectivos” (art. 41.2, párrf. 1º, ET).

La impugnación judicial de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales “de consultas” plantea también una importante e interesante problemática. Pero este sería ya tema de otra ponencia.

María Emilia Casas Baamonde
Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid