

Solución alternativa de conflictos individuales y colectivos: el hircociervo conceptual

Antonello Olivieri
Profesor Titular de Derecho del trabajo
Universidad de Foggia

SUMARIO: 1. Planteamiento. – 2. Las formas alternativas de solución de conflictos laborales o sea el sexo de los ángeles. – 3. La “justicia privada” funcional a los intereses económico-financieros. – 4. Una cabalgata histórica de las formas alternativas de solución de conflictos laborales: desde su valorización hasta a su fracaso. – 4.1. El Collegio dei Probiviri y la comunidad intersindical. – 4.2. La desconfianza tras la Constitución. – 5. El arbitraje: confusión normativa y su escasa aplicación. – 6. El elogio de la incertidumbre jurídica y la protección de los intereses de la parte contractualmente débil. – 7. La oferta de conciliación: ¿I’m gonna make him an offer he can’t refuse? – 8. La Comisión de Garantía en la huelga en los servicios esenciales: ¿mediación o moral suasion? – 9. La negociación asistida en conflictos laborales.

1. Planteamiento.

El título de mi ponencia “*Solución alternativa de conflictos individuales y colectivos: el hircociervo conceptual*” merece una explicación metodológica.

En primer lugar, no es en absoluto mi ambición resumir en unas páginas la historia de las formas alternativas de resolución de conflictos laborales, aun porque el origen del derecho del trabajo italiano germina, ciertamente, dentro de una dimensión alternativa en respecto a aquella jurisdiccional.

Pues, preferiría analizar, indagar, sondear, después haber brevemente recordado el código genético, la *ratio* subyacente de la actual necesidad de especificar estos momentos alternativos que han asumido, en el tiempo, funciones y finalidades diferentes, condicionadas por variables endógenas y exógenas al ordenamiento laboral.

Hay que hacer otra observación sobre el título.

¿Por qué la referencia al hircociervo?

Se trata, como es bien sabido, de un animal imaginario que ha recorrido la historia del pensamiento occidental con paso regio.

Una criatura inexistente para Aristóteles, por no decir imposible, que se parece en parte a una cabra y en parte a un ciervo.

“Dos imágenes se superponen, dos cosas se vuelven diferentes de sí mismas, aunque reconocibles”¹.

“Metáfora de lo inexistente” y “mezcla imposible e incongruente”².

A partir de la metáfora, la reciente parábola de la justicia alternativa italiana puede imaginarse precisamente como la historia, o más bien las historias, que han acompañado al *tragélaphos* a lo largo de las narraciones mitológicas y jurídicas.

La justicia “privada” es inexistente, lo correcto sería decir que se trata de una mera representación mental, dada su sustancial carácter residual. En realidad, como en España³, en el ordenamiento jurídico italiano no existe un verdadero sistema de resolución de conflictos, sino que nos encontramos ante una maraña desordenada y confusa de normas que, aunque tienen el mismo objetivo de facilitar mecanismos más ágiles de resolución de conflictos jurídicos, tienen un origen totalmente distinto.

¹ UMBERTO ECO, *Metafora*, In *Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, Einaudi, 1980, p. 205.

² FRANCESCO GENTILE, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in *L'Ircocervo*, 2008, p. 8.

³ JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *Procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral: la anarquía española*, en Mario Pío Fuiano, Antonello Olivieri (coordinados por), *Alternative labor dispute resolutions. A collection of comparative studies*, Cacucci, 2020, p. 489 ss.

Nuestro sistema de solución de conflictos laborales es esencialmente judicial.

No solo inexistencia.

Al mismo tiempo, tiene una doble naturaleza, funcional a la satisfacción, por un lado, de un interés público: la reducción de la litigiosidad y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la conducta de los operadores económicos desde una perspectiva macroeconómica para favorecer, como se dirá, las inversiones extranjeras que requieren reglas ciertas y previsibles; por otro, de intereses meta-privados: la reducción de los tiempos procesales, la valoración de la certeza de las relaciones jurídicas.

2. *Las formas alternativas de soluciones de conflictos laborales o sea el sexo de los ángeles.*

Inexistencia, pero también naturaleza doble, entonces.

De todos modos, me parece que puede decirse que la necesidad de construir medidas alternativas es, de hecho, una autodenuncia del sistema jurídico que no puede cumplir sus promesas constitucionales, por ejemplo, en materia de duración razonable del proceso (artículo 111 de la Constitución italiana)⁴.

Pero si la solución extrajudicial resulta beneficiosa tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el Estado que puede reducir los procesos laborales, ¿por qué las formas alternativas de solución de conflicto no han tenido éxito?

Una cifra podría escandalizar al auditorio: la duración media de un juicio laboral en Italia es de ocho años. En particular, 536 días para la primera instancia. En cuanto a la segunda y tercera instancia, las cifras serían aún más despiadadas: se necesitan casi tres años, de media, para las apelaciones y otros tres y medio para las sentencias de casación.

Así pues, todo esto significa que cuando hablamos de este tema, debemos situarnos en una relación dialéctica permanente con dos cuestiones fundamentales: la justicia y el sistema jurídico.

Por tanto, hay que cuestionar el sentido de justicia que gravita en torno a soluciones judiciales o extrajudiciales, partiendo de un dato difícilmente discutible: el conflicto es un elemento ontológico y no eliminable en la relación laboral.

Derecho y justicia no son la misma cosa, como recordaba CARNELUTTI⁵. Hay una relación de medios para un fin. El producto proporcionado por los talleres de derecho es bueno o malo si sirve o no sirve a la justicia. Pero ¿cuál es este fin?

Los hombres necesitan la paz que puede extinguir el deseo de cambio: *hic manebimus optime*.

La paz, pues.

¿Cuál es el papel del proceso en la definición de esta paz, en la resolución del conflicto?

El proceso, judicial o extrajudicial, es siempre instrumental para la eliminación de la disputa entre particulares, entendida como una efectiva contraposición de intereses regulada por el Derecho. No se trata de una mera eliminación, sino de una “composición justa”⁶.

La paz es entonces una justa solución.

En este sentido, las perspectivas pública y privada pueden converger. La jurisdicción es un servicio público dirigido a la resolución de litigios conforme a la justicia. Es cierto que prevalecen los intereses privados, pero no se repudian los intereses públicos.

En cualquier caso, creer que el juicio sirve a las partes o las partes sirven al juicio⁷ no anula el problema de la comprobación de la verdad, que sigue concerniendo, evidentemente, sólo a una de

⁴ Art. 111, Cost.: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (apartado I). Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata (apartado II).

⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, 1958, *passim*.

⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *Impressioni sul congresso internazionale di diritto processuale civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, p. 345.

⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol II, Cedam, 1933, p. 99.

las partes (el trabajador), la que reclama el reconocimiento de su derecho. Al fin y al cabo, la finalidad del juicio, “desde que el mundo es mundo”, es “dar la razón a quien la tiene”⁸.

Por tanto, la justicia a través de la premisa de averiguación de la verdad⁹.

Binomio indisoluble, inextricable como un nudo gordiano, remarco, tanto en su forma ordinaria como alternativa.

En este sentido, la pregunta es la siguiente: ¿la búsqueda de medios alternativos responde realmente a los mismos criterios de verdad y justicia?

El factor tiempo es una condición ineludible para hacer justicia, es cierto (*dum pendet rendet*). Sobre todo en un sistema económico integrado en el que las opciones empresariales también incluyen la eficacia y la rapidez de la respuesta judicial en el análisis de las inversiones.

La larga duración de los juicios se traduce esencialmente en la denegación de la propia justicia, a menudo para la parte más débil. Los litigios laborales, en su gran mayoría, se refieren a situaciones de fondo para las que la celeridad del proceso es un elemento esencial para su tutela efectiva.

3. La “justicia privada” funcional a los intereses económico-financieros.

Hoy, sin embargo, el factor tiempo se declina en términos económicos. La rapidez de los resultados procesales ya no tiene por objeto, o no sólo, proteger a la parte más débil desde un punto de vista formal.

La calidad de las instituciones es un factor decisivo en las decisiones de localización de las multinacionales. Ya es bien sabido que la ineficacia judicial es un problema con enormes implicaciones para la economía, por ejemplo, en el mercado laboral, el tamaño de las empresas o la contratación pública. Menos mencionado, pero no menos importante, es el hecho de que la eficiencia judicial también afecta a la capacidad de atraer inversiones extranjeras.

Las empresas multinacionales son sensibles a la eficiencia de la justicia nacional, ya que los procesos judiciales largos conllevan costes más elevados. En esencia, si los procesos judiciales duraran menos, la inversión extranjera en Italia volvería a aumentar inmediatamente. Es más, si la duración de los juicios se redujera a la mitad, la inversión podría duplicarse.

Añádase a esto el otro elemento de evaluación: la certidumbre entendida como previsibilidad de los resultados judiciales. Un mercado laboral eficiente necesita tiempos de resolución de litigios suficientemente rápidos, pero también previsibles.

El legislador, movido por acuciantes necesidades macroeconómicas, ha puesto en marcha en los últimos tiempos iniciativas para promover los sistemas alternativos de resolución de conflictos como herramientas para descargar de trabajo la justicia estatal y optimizar así la eficiencia del sistema judicial, aunque con resultados poco alentadores.

Antes de entrar a valorar los méritos de algunas iniciativas, debemos plantearnos una nueva pregunta: ¿responden realmente la previsibilidad y la certidumbre a las necesidades de justicia de los trabajadores?

Si la cuestión crítica está representada por la apertura a los mercados transnacionales, y no por la protección de las situaciones jurídicas de fondo, es evidente que las opciones legislativas tenderán a debilitar ese sentido de la justicia antes mencionado en favor, en cambio, de prioridades económico-financieras de justicia a toda costa.

¿Pero a qué coste para el trabajador?

Tiempo y certidumbre.

Da la impresión de que el legislador tiene el deseo de deshacerse cuanto antes del proceso escapando de la justicia estatal, incapaz -también por problemas estructurales- de responder a las modernas exigencias supranacionales.

Vuelve aquí la oposición entre los intereses publicistas y los intereses privados del proceso.

⁸ SALVATORE SATTA, *Storia e pubblicizzazione del processo*, Vallardi, 1939, p. 43.

⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Processo e giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 284.

Si, como se ha dicho, la finalidad del proceso es dar la razón a quienes la tienen, incluso la forma (alternativa) se convierte en sustancia cuando es capaz de afectar a los derechos de los trabajadores en deferencia a una heterogénesis de fines por los que la reducción del tiempo procesal, la reducción de la sobrecarga judicial y la previsibilidad de los resultados deben satisfacer, ante todo, intereses económicos.

Por ejemplo, la oferta de conciliación va en esta dirección.

El legislador hace leyes para su tiempo.

El proceso, en su forma jurisdiccional o alternativa, necesita su carácter dialectico en ese juego concebido como una serie de actos que se entrecruzan, preguntas y respuestas, réplicas y dúplicas, acciones, reacciones y contrarréplicas¹⁰.

En opinión del legislador, dado el fracaso del arbitraje, las formas posmodernas de justicia privada, como la oferta de conciliación, son como una obra de teatro en la que los actores interpretan líneas todas escritas en el guion con un final ya previsto. No hay improvisación ni incertidumbre. También es una obra de teatro, pero con un desenlace ya escrito en el que incluso la verdad histórica, la certeza subjetiva del juez de que el hecho ocurrió realmente, ya no es sólo una probabilidad, como decía Voltaire, sino que es absolutamente irrelevante.

La certeza que se propugna no es más que una predeterminación económica del resultado del conflicto.

El problema de la seguridad jurídica se desplaza así del plano objetivo, alejándose de la clásica declinación en términos de claridad, precisión e inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas, al plano subjetivo, convirtiéndose en un medio de persecución y realización de intereses individuales a través de la controlabilidad de las decisiones jurídicas.

Como iuslaboralistas, nos tenemos que preguntar si la incertidumbre no es, en realidad, un valor para el trabajador.

4. *Una cabalgata histórica de las formas alternativa de solución de conflictos laborales: desde su valorización hasta a su fracaso.*

4.1. *El Collegio dei Probiviri y la comunidad intersindical.*

La creación de una tutela jurisdiccional diferenciada fue, en efecto, el camino original seguido por el legislador italiano.

El sistema de protección del trabajador, debido a su condición de parte débil en el plano socioeconómico y contractual, se construyó, al margen de los tribunales ordinarios, mediante la predisposición de una “jurisdicción interna” confiada a los *Collegi dei Probiviri*¹¹ (inspirados en la experiencia francesa de los *Conseils de prud’hommes*¹²) con la finalidad específica de agilizar la vía judicial y resolver amistosamente el conflicto¹³.

Esos órganos de “elevación económica y civil”¹⁴ debían representar un medio adecuado para aplicar “sinceramente” el principio de igualdad jurídica dentro de un sistema de relaciones laborales

¹⁰ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 23.

¹¹ Instituidos para el sector industrial con la ley de 15 de junio de 1893, n. 295.

¹² Se remontan a la ley francesa de la revolución (ley del 18 de marzo de 1806). Las salas estaban compuestas por un presidente, elegido entre los magistrados, y un número igual de representantes de los industriales y de los obreros; en cada sala se creaba una oficina de conciliación, una articulación de los Probiviri distinta del jurado, a la que se confiaban las funciones de juzgar (compuesta por dos miembros de los componentes sociales opuestos, además del presidente de la sala), y un jurado al que se atribuía el *ius decidendi* sobre los litigios según la equidad, si fracasaba el intento de conciliación. Sólo se podía recurrir a la oficina de conciliación para la resolución amistosa de litigios. Así pues, la competencia de las salas estaba limitada en cuanto a su cuantía y su objeto; de hecho, quedaban excluidos los litigios económicos colectivos.

¹³ Antes, en efecto, las controversias laborales no tenían una disciplina específica ni en cuanto a la jurisdicción ni en cuanto al procedimiento. V. ENRICO REDENTI, *Massimario di giurisprudenza dei probiviri* (1906), en S. Caprioli (coordinado por), Giappichelli, 1992, *passim*.

¹⁴ ENRICO REDENTI, op. cit., p. 103.

cada vez más complejo¹⁵. De hecho, al menos al principio, no hubo ningún intento de reforzar la solidaridad de clase, de mejorar la condición económica y jurídica del proletariado. En la pacificación prevista por el legislador italiano a finales del siglo XIX, el objetivo era defender el sistema industrial del conflicto de intereses entre las partes.

Además, el poder judicial ordinario aparecía, sobre todo ante a los ojos de los trabajadores, como algo inadecuado y hostil al subsumir el conflicto de clase en un derecho estrictamente privado.

Esta desconfianza hacia los jueces de extracción predominantemente burguesa y, por tanto, más próximos a los intereses de la patronal, así como los resquemores, recelos y agudización de las luchas por el aliento de nuevas ideas, marcaron un punto de inflexión en el cumplimiento del objetivo político de crear un sistema de convivencia pacífica entre el capital y el trabajo.

Sin embargo, la idea de una pacificación social, basada en una función conciliadora y jurisdiccional, sólo se había imaginado a nivel individual. En consecuencia, esos colegios pronto se revelaron inadecuados para prevenir las grandes luchas¹⁶, ni para calmar el fatal antagonismo entre las partes, precisamente por el pecado original de la propia ley¹⁷, nacida vieja, que había descuidado confiar a esa jurisprudencia recién nacida el verdadero problema de las fricciones colectivas¹⁸. Ni siquiera los mencionó¹⁹, quedando en un silencio casi absoluto²⁰.

De todas formas, esta aplicación tardía y tibia de la ley sobre árbitros había apuntalado, de hecho, el desarrollo de una comunidad intersindical, capaz como era de hacer cumplir los acuerdos celebrados bajo sus propias fuentes y con sus propios órganos de justicia.

La libertad y la (auto)responsabilidad de los grupos mantuvieron²¹, en la medida de lo posible, las relaciones laborales fuera de los tribunales según un orden y equilibrio que reforzaría, cuando no inspiraría, las teorías pluralistas e institucionalistas, también aplicadas al sistema sindical postconstitucional²². Del mismo modo que ese conjunto de normas autónomas preordenadas para la regulación del conflicto realizaba una concepción procesal del conflicto industrial en la que el derecho se cruzaba con el trabajo y su dimensión colectiva.

Los *Probiviri* captaron la voluntad colectiva en sus ordenadas manifestaciones, reconociendo indirectamente la originalidad social de un orden extraestatal, así como valorando en clave constructiva el derecho de grupo y las reglas de gestión autónoma de los conflictos²³. El convenio colectivo, con sus cláusulas conexas y heterogéneas de resolución de conflictos, representaba el momento, a través del cual conseguir -de forma pacífica- ventajas recíprocas, sin recurrir a la huelga, en cualquier caso, convertida en la forma fisiológica de lucha sindical ya incapaz de comprometer la unidad fundamental de la empresa. El ejercicio de la negociación colectiva representaba la manifestación más moderna de la relación entre el capital y el trabajo con una finalidad precisa: lograr esa igualdad entre las partes que daba sentido a la libertad del trabajo.

El advenimiento del fascismo, que poco después envolvió a nuestro país, acabó tanto con la experiencia de los *Probiviri* como con la capacidad del sindicato de dotarse de sus propias reglas de

¹⁵ LUIGI MORTARA, *Per la riforma della legge sui probiviri*, en *Giurisprudenza italiana*, 1904, p. 31.

¹⁶ GIOVANNI MONTEMARTINI, *Sui collegi dei probiviri nel periodo 1904-1912 col confronto con gli anni precedenti, Relazione alla Commissione di statistica e legislazione (sessione luglio 1913)*, en *Bollettino dell'Ufficio del lavoro* (Gennaio, 1914), XXI, Officina Poligrafica italiana, 1914, p. 570 ss.

¹⁷ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), en *Opere giuridiche, Diritto e processo costituzionale*, vol. III, RomatrePress, p. 9.

¹⁸ LUIGI MORTARA, *Sui collegi dei probiviri per l'industria (dalla fondazione a tutto l'anno 1900)*, en *Atti della Commissione per la statistica giudiziaria e notarile*, in *Annali di statistica*, 104, 1903, p. 209.

¹⁹ ENRICO REDENTI, op. cit., p. 80.

²⁰ VITTORIO POLACCO, *La nuova legge sui probiviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minorenni*, en *Monitore dei Tribunali*, 1893, p. 721.

²¹ La función del sindicato, en aquellos años, Carnelutti la trazaba más a ser un "sujeto pasivo de refuerzo" de la responsabilidad de ejecutar el contrato, que un "sujeto activo de refuerzo" de la libertad de los individuos. FRANCESCO CARNELUTTI F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, 1936, p. 56.

²² Vease Gino GIUGNI G., 1960, *passim*.

²³ LAURA CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 1994, p. 215.

resolución de conflictos, para favorecer, en línea con el autoritarismo del que era expresión, una justicia centralizada y excluyente que no podía permitir espacios de libertad para la autonomía privada, ni la existencia de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales.

La anulación de la realidad intersindical, que había sido la matriz histórica y vital del arbitraje de los orígenes de los *Probiviri*, y el carácter público del sindicato fascista condujeron al monopolio de la jurisdicción estatal de la resolución de los conflictos con la creación de la judicatura del trabajo para la solución de los conflictos colectivos, especialmente en relación con su solución preventiva.

4.2. *La desconfianza tras la Constitución.*

Sin embargo, tras la “catástrofe”²⁴ y el nacimiento de una República democrática fundada en el trabajo (art. 1 de la Constitución italiana), las formas de justicia privada²⁵ han ido acompañadas de una cautela específica, cuando no de una actitud de franca desconfianza.

No fue hasta 1966 (art. 7, Ley n. 604) cuando el legislador introdujo, por primera vez, una forma de arbitraje en materia de despidos individuales. No se trataba de una regulación propiamente dicha, sino de una mera referencia a la posibilidad de adoptar este instrumento en caso de “resultado negativo del intento de conciliación”.

Este viraje fue corroborado a continuación por la disposición del artículo 7 de la Ley n. 300 de 1970 (Estatuto de los Trabajadores italiano), que permitía al trabajador impugnar la sanción disciplinaria ante una junta de conciliación y arbitraje, salvo procedimientos similares previstos en el convenio colectivo, dependiente de la dirección territorial de trabajo.

Cabe destacar que estas dos disposiciones, aunque carecían de una disciplina completa, seguían formando parte de la prohibición general del arbitraje, tanto individual como colectivo en materia laboral.

Sin embargo, no se perfiló un modelo único de arbitraje y, de hecho, el previsto por la Ley 604/1966 se limitaba a los despidos individuales, mientras que el regulado por la Ley 300/1970 se refería a las sanciones disciplinarias.

Sólo con la Ley 533 de 1973, de reforma del proceso laboral, el legislador permitió una primera e importante apertura hacia la posibilidad de remitir la solución de conflictos al arbitraje sólo si así lo preveían los convenios colectivos. La elección de la vía arbitral estaba condicionada, por tanto, por el pre-establecimiento sindical.

El entusiasmo de la época también había traído consigo algunas medidas favorecedoras de en los litigios, como la gratuidad de la sentencia y un régimen de gastos especialmente laxo en materia de seguridad social, así como la norma habitual de que, incluso en caso de perder el pleito, el juez procedería a la indemnización.

La reforma de 1973, como afirmaría GIUGNI, nació y se sostuvo sobre un compromiso: una fuerte cooperación del sindicato y de sus abogados, que era efectivamente indispensable para su aplicación, pero a condición de masacrar el arbitraje²⁶.

El verdadero objetivo era revitalizar los principios de CHIOVENDA: concentración, inmediatez y oralidad confiando un sistema rígido de preclusiones y caducidades con el objetivo de acortar el tiempo de la decisión. Una especie de acabado ideal del estatuto de los trabajadores en el que el juez era el único garante de la efectividad de los derechos de los trabajadores.

Estos supuestos han incrementado inevitablemente la litigiosidad con el consiguiente alargamiento de los tiempos judiciales, contribuyendo así a que el proceso laboral pierda esa rapidez que debería haberlo caracterizado.

El objetivo principal, la satisfacción de los derechos de los trabajadores, ya no podía alcanzarse con ese instrumento.

A partir de 1990 se tomó plena conciencia de la crisis de la justicia laboral entendida, en primer lugar, como un exceso de demanda de justicia sobre la capacidad del sistema para atenderla.

²⁴ GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, en *Jus*, 1950, p. 177 ss.

²⁵ MARIO GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, p. 15 ss.

²⁶ PIETRO ICHINO, *Intervista a Giugni*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1992, p. 431 ss.

Una patología del sistema curada con la introducción de medidas evitadoras del proceso, algunas inútiles, como el intento de conciliación obligatoria, otras que nunca despegaron, como el arbitraje.

5. *El arbitraje: confusión normativa y su escasa aplicación.*

Así, en 1998, con el Decreto Legislativo n. 80 hemos asistido a un nuevo intento de hacer atractivo el arbitraje, por un lado, confirmando la autorización colectiva previa y la garantía de renuncia a favor del juez; por otro, introduciendo nuevas normas sobre el procedimiento, la ejecutoriedad y la impugnación del laudo. En esencia, es el convenio colectivo el que regula todo el procedimiento de arbitraje, mientras que se prevé un plazo de 30 días para impugnar el laudo, al término del cual la decisión arbitral adquiere fuerza ejecutiva por decreto del juez dictado a instancia de una de las partes.

Ni siquiera este nuevo intento no ha surtido los resultados esperados.

Italia ha sido objeto de numerosas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por su ineficacia en cuanto a la resolución de conflictos, con especial referencia a la excesiva duración de los juicios, que cuestan más de mil millones de euros en indemnizaciones.

Así, en 2010 (Ley n. 183) el arbitraje fue objeto de una nueva reforma que fragmentó aún más la disciplina.

Las sedes de arbitraje son esencialmente de tres tipos (administrativo, privado, comisión de certificación). Pero los procedimientos de arbitraje son mucho más numerosos y variados, y no es fácil reconstruir con precisión los efectos jurídicos de cada uno. Básicamente, con carácter general, lo sorprendente es que no existe un estatuto unitario para el arbitraje y el intérprete tiene la difícil tarea de reconstruirlo imprimiendo racionalidad al marco normativo.

El *arbitraje administrativo* es el encomendado a las comisiones de conciliación constituidas en el seno de direcciones territoriales de trabajo (arts. 410 y 412 código procesal civil) o, en todo casos, a colegios de arbitraje presididos por funcionarios administrativos art. 5, apartado 6 de la Ley 108 de 1990). Este tipo de arbitraje puede activarse en algunas controversias específicas expresamente previstas por la ley (por ejemplo, el artículo 7 Estatuto de los Trabajos en caso de impugnación contra sanciones disciplinarias). Fuera de estos casos específicos, el arbitraje administrativo puede ponerse en marcha durante el intento de conciliación previsto en el art. 410 código procesal civil o a través de una cláusula compromisoria certificada (art. 31, apartado 10, de la Ley n. 183 de 2010) siempre que esté previsto por la negociación colectiva.

El *arbitraje privado* se encarga a la comisión de conciliación y arbitraje (art. 412-quáter código procesal civil) y del procedimiento definido en la misma. Puede activarse para controversias individuales ya surgidas o (siempre a excepción de los litigios en tema de despido) como consecuencia de una cláusula compromisoria anterior y certificada siempre conforme al art. 31, apartado 10, de la Ley n. 183 de 2010 cuando así lo prevea la negociación colectiva. Sin perjuicio de ciertas peculiaridades procesales, el laudo arbitral tiene una disciplina que se superpone a la del arbitraje administrativo.

El *arbitraje en las Juntas Arbitrales creadas por las Comisiones de certificación de contratos de trabajo* (art. 31, apartado 12, de la Ley n. 183 de 2010), carece, no obstante, de su propia regulación detallada.

Otras sedes y modalidades de arbitraje, en fin, pueden ser introducidas por los convenios colectivos (art. 412-ter código procesal civil) dejándose enteramente su regulación a la autonomía colectiva.

La numerosidad y la fragmentación de las posibles soluciones arbitrales que el ordenamiento jurídico ha ido poniendo a disposición a lo largo del tiempo produce ya de por sí una situación de incertidumbre objetiva que, desde luego, no favorece la difusión del instrumento.

Sin embargo, es un hecho que, a pesar de esta importante disponibilidad de herramientas, el uso del arbitraje en los conflictos laborales sigue estando hoy limitado a ámbitos más bien marginales que, en esencia, coinciden con el ámbito del arbitraje administrativo sobre las sanciones disciplinarias.

Un arbitraje que el trabajador en la práctica tiende a activar para impugnar la legitimidad de las sanciones disciplinarias más leves de carácter conservador (reprimendas, multas, suspensiones), confiando a menudo en el enfoque “equitativo” del Presidente de la comisión nombrada por la Dirección Territorial de Trabajo, y que, si el asunto es realmente importante (al menos en principio), el empresario casi siempre tiende a evitarlo trasladando el litigio a los tribunales respetando el plazo de 10 días que la ley le da para designar a su árbitro. Precisamente para, hay que decirlo claramente, evitar la sentencia, en esencia equitativa.

Por lo demás, los convenios colectivos de ámbito nacional más recientes son, en efecto, densos en cláusulas que regulan instrumentos de arbitraje para la resolución de conflictos laborales más allá del ámbito disciplinario ahora mencionado, de los que, sin embargo, no se conoce una dimensión significativa de aplicación.

6. *El elogio de la incertidumbre jurídica y la protección de los intereses de la parte contractualmente débil.*

Estos continuos fracasos a la hora de encontrar soluciones alternativas han enfrentado a nuestro País con el problema de resolver la incertidumbre derivada de un sistema judicial farragoso, de larga duración y resultados procesales inciertos.

La idea de certeza²⁷ expresada por el legislador actual pretende, por un lado, desvitalizar la dimensión hermenéutica reduciendo el papel del juez; por otro, hacer previsible -para el empresario- tanto las consecuencias jurídicas de su actuación, con una marginación de la tutela de la readmisión, como las económicas, con una predeterminación de los costes derivados de un despido improcedente²⁸.

La previsibilidad del resultado de la intervención del órgano decisorio respecto de la planificación consciente de las opciones empresariales cumple una función eminentemente económica²⁹ y la certeza, “tratada como una cuestión pequeño-burguesa”³⁰, se reduce a la seguridad del resultado judicial para el empresario.

Con las reformas de 2012 (l. n° 92) y 2015 (decreto legislativo n° 23) se ha producido una importante reducción del ámbito de protección real y una prepotente afirmación de la racionalidad económica que permite al empresario eludir la protección de forma específica (readmisión) para los despidos económicos y monetizar, en consecuencia, la extinción. El segundo aspecto se refiere, por una parte, a la reducción del papel del juez en la elección de los remedios aplicables y en la cuantificación de los daños y perjuicios; por otra, a la (probable) eliminación progresiva de cualquier control judicial sobre la decisión empresarial debido a la valorización de instrumentos “incitativos” para la reducción de los litigios, como la oferta de conciliación.

Así pues, el problema de la certeza jurídica se desplaza del plano objetivo (claridad, precisión e inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas) al subjetivo, convirtiéndose en un medio para perseguir y alcanzar los intereses individuales a través de la posibilidad de controlar las decisiones jurídicas.

No hay que olvidar que los problemas ligados a la (in)certeza de la ley en sus múltiples formas adquieren contornos aún más insidiosos en relación con el desequilibrio contractual que caracteriza la relación laboral, entre la necesidad de realización personal, *a latere prestatoris*, y los intereses

²⁷ La referencia formal a la certeza no siempre se ha utilizado para identificar el mismo concepto: la observancia de las normas, la delimitación de la esfera de resultados posibles, la estabilización de las expectativas de comportamiento, la univocidad de las calificaciones jurídicas, la previsibilidad del contenido de las decisiones judiciales, la inviolabilidad de los derechos en cuestión, la conformidad de la ley o de las decisiones judiciales con determinados criterios de justicia o equidad, son sólo algunos ejemplos del polimorfismo que se esconde tras el sustantivo certeza.

²⁸ Vease FRANCO CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 11.

²⁹ MICHELE TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, en *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2014, p. 35.

³⁰ RICCARDO DEL PUNTA, *Intervento*, en *Clausole generali e diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (Roma, 29-30 maggio 2014), Giuffrè, 2014, p. 443.

puramente económicos, *a latere datoris*, condicionados por el riesgo de sufrir una decisión judicial que pueda alterar las propias estrategias empresariales.

La dimensión de la incertidumbre³¹, si está inmersa en las peculiaridades estructurales y genéticas de la relación laboral³², no es una categoría axiológicamente neutra, sobre todo si las repercusiones de una sanción económica previsible y atenuada benefician a una de las partes.

Esta reflexión recupera una idea de la previsibilidad como proceso complejo que se ramifica a lo largo de varias vertientes.

La primera es *objetiva*, es decir, la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas de una conducta determinada. En este sentido, el grado de cognoscibilidad identificará el grado de certeza. Por ejemplo, la determinación del *quantum* de la indemnización dejada al arbitrio del juez en función de parámetros concretos, la antigüedad del trabajador, teniendo en cuenta el número de trabajadores empleados, la dimensión de la actividad económica, la conducta y las condiciones de las partes³³, será menos previsible que una determinación efectuada sobre la base de un mero cálculo aritmético-matemático: el pago de “una indemnización no sujeta a cotización a la Seguridad Social por importe de dos mensualidades de la última retribución total real por cada año de servicio, en cuantía no inferior a cuatro ni superior a veinticuatro mensualidades”³⁴. La reducción del poder discrecional aumenta obviamente la previsibilidad del resultado.

Una segunda es *subjetiva* en la que la previsibilidad adquiere una relevancia ulterior, ya no limitada al momento judicial (fase patológica), sino situada con anterioridad, dentro de una evaluación del coste de oportunidad para el empresario que tiene lugar incluso antes de proceder a la contratación de un trabajador (fase pre-genética). El coste del despido ya no representa una variable de la fase final del ciclo vital de la relación laboral, sino una constante preparatoria del establecimiento de la relación laboral. Y es precisamente el uso instrumental de la disciplina del despido lo que demuestra que los espacios de evaluación no se restringen únicamente a la dimensión jurídica, sino que se extienden sobre todo a la conveniencia de ajustar el propio comportamiento a las normas establecidas.

La seguridad jurídica así declinada se confunde e identifica con la reducción (calculable) de los costes para la empresa, proyectándose a lo largo de la tercera dimensión, la teleológica.

De hecho, la posibilidad de anticipar con certeza las consecuencias jurídicas de la conducta de los particulares ante determinados actos o hechos se corrobora con la previsibilidad de las consecuencias económicas de un despido improcedente. Se intenta que la previsibilidad de la reacción del ordenamiento sea absoluta, con escaso margen de error en el *an* (salvo en los casos de despido discriminatorio, nulo o verbal y “exclusivamente en los casos de despido por causa subjetiva justificada o por justa causa en que se acredite directamente en juicio la inexistencia del hecho material impugnado contra el trabajador”³⁵) y ninguna aproximación en el *quantum* (salvo en los casos de despido discriminatorio, nulo o verbal).

En opinión del legislador, la incertidumbre es un desvalor que hay que superar con determinadas leyes para los empresarios, que a menudo “son incapaces de hacer malabarismos con las trampas manifiestas y encubiertas del texto normativo”³⁶.

³¹ GUIDO ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, 2006, *passim*.

³² «Nel rapporto di lavoro pertanto si assiste ad una duplice situazione di disparità: una giuridica, consistente nel riconoscimento ad una parte, nell'ambito di una relazione di debito-credito, di poteri o facoltà di cui l'altra è priva; una sostanziale, dovuta alle condizioni economiche e sociali, in base alla quale una parte si trova in una posizione dominante mentre l'altra è in posizione debole»: Carlo ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, en *Lavoro e diritti*, 1997, p. 242.

³³ Art. 18, apartado 5, ET.

³⁴ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

³⁵ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

³⁶ ENRICO GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 431. También, MARINA BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 585.

En estas condiciones, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones es el requisito previo esencial para el ejercicio de la racionalidad calculadora que, a su vez, en la modernidad económica, “tiende a asumir un papel predominante, y ya no puede garantizarse recurriendo a la tradición y a la justicia material”; la idea de certidumbre como previsibilidad emerge de forma prepotente “como requisito para la racionalización formal del derecho”³⁷. La seguridad del tráfico jurídico, garantizada también por la “calculabilidad del funcionamiento de la administración de justicia”, se convierte entonces en la condición previa para la empresa en el capitalismo moderno³⁸.

Por lo tanto, a la luz de estas observaciones, el contexto cada vez más abigarrado y compuesto de valores parece ofrecer elementos interesantes para una reconsideración diferente de la categoría de incertidumbre, al menos para el sistema laboral, capaz de restablecer márgenes más amplios de protección para la parte contratante débil.

Precisamente en el ámbito laboral, el amplio ámbito atribuido al juez es esencial y funcional al mismo tiempo para garantizar el correcto ejercicio del poder de organización y dirección del empresario. A lo largo de los años, la jurisprudencia ha desempeñado un papel complementario e integrador de la voz del legislador ordinario, pero también de la Constitución, a través de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo³⁹, sin olvidar el papel de mediación entre intereses contrapuestos⁴⁰.

7. *La oferta de conciliación: ¿I'm gonna make him an offer he can't refuse?*

En este marco, el Decreto Legislativo n. 23 de 2015, en su artículo 6, previó una nueva modalidad de conciliación preventiva, destinada a resolver los conflictos relativos a la impugnación del despido.

Así pues, dentro de su evaluación general de los costes, el empleador tiene la opción de ofrecer la conciliación para extinguir definitivamente la relación laboral a través de la renuncia del trabajador al uso de la demanda contra el despido, incluso ya presentada.

Se trata de una innovación que, con vistas a reducir progresivamente los costes del despido e inmunizar la decisión empresarial del control judicial, persigue una pluralidad de finalidades.

El primero se remonta, sin duda, a los más de diez años de laborioso intento de hacer efectiva, por fin, la reducción de la litigiosidad, tras los fracasos del pasado. Dentro de un “juego de costes”, el empresario, a sabiendas de que puede tener ciertas dificultades probatorias en el curso del juicio, puede ofrecer la conciliación precisamente “para evitar el litigio”⁴¹. En esencia, el empresario reconoce como probable su propio incumplimiento, por carecer, por ejemplo, de justa causa o motivo justificado, y ofrece al trabajador una vía corta para extinguir la relación, no a través de una conciliación propiamente dicha, sino dentro de un esquema ya perfilado heterónomamente.

Este objetivo inicial va acompañado de una serie de elementos que deberían incentivar la elección en términos de conveniencia de la solución extrajudicial.

El propio trabajador podría estar desinteresado en someterse al control judicial para evitar el pago de la cotización unificada, los posibles costes de perder el pleito o, en todo caso, los debidos a su abogado y, sobre todo, para evitar los riesgos derivados de la imprevisibilidad del juicio como consecuencia de la concurrencia concomitante de un mosaico de factores causales (*lites sua sidera habent*, según CALAMANDREI⁴²).

³⁷ MASSIMO CORSALE, *Certeza del diritto. Profili Teorici*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 3.

³⁸ MAX WEBER, *Economía e società*, II, trad. it. P. ROSSI, Ed. Comunità, 1974, p. 188-189.

³⁹ GUIDO VIDIRI, *Il contributo della Corte di Cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, p. 27 ss.; GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 1.

⁴⁰ ANTONIO VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, p. 6.

⁴¹ Art. 6, d.lgs. n. 23/2015.

⁴² PIERO CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1999, p. 3.

Las ventajas para el trabajador de resolver la relación laboral a través del procedimiento de conciliación facilitado también se derivan también de la posibilidad de seguir percibiendo prestaciones por desempleo y en la exención fiscal. El legislador traslada, así, el riesgo empresarial: no sólo al trabajador, sino también a la colectividad, permitiendo -de hecho- que el empresario utilice recursos públicos para fines personales⁴³.

En primer lugar, en el plano de conveniencia económica, el legislador desempeña un papel mediador, indicando la suma que se considera justa ofrecer al trabajador para inducirle a renunciar a la impugnación del despido.

La oferta adecuada es igual a un mes de salario de referencia para el cálculo de la indemnización por despido por cada año de servicio, en cualquier caso, no menos de tres y no más de veintisiete meses de salario⁴⁴. La propuesta conciliadora, especialmente para el despido económico para el que ya no opera la readmisión, no distaba mucho de lo que podría obtenerse con una sentencia favorable, aunque sujeta a plazos más amplios. Además, para las empresas pequeña (con menos de 15 trabajadores)⁴⁵, la cuantía se reduce a la mitad y el límite máximo se reduce en dos tercios (seis meses de salario)⁴⁶.

En cualquier caso, corresponde al órgano de conciliación valorar la adecuación de la oferta con referencia a dos parámetros: el salario que debe tomarse como base para el cálculo y la antigüedad en el servicio.

Incluso en relación con las modalidades de cumplimiento, el espacio de autonomía reservado a las partes parece bastante limitado pues la norma preveía expresamente, a efectos de la extinción de la relación en la fecha del despido o de la renuncia a su impugnación si el trabajador ya la hubiera formulado, la entrega al trabajador de un cheque bancario.

El contenido de la norma exige que la oferta sea formulada por el empresario dentro de los plazos ordinarios de impugnación, es decir, dentro de los 60 días siguientes a la notificación de la carta de despido, con independencia de que se haya interpuesto demanda al respecto. Se trata de un plazo propedéutico para la formulación de la oferta, que abre la puerta a una posible conciliación, no para la conclusión del procedimiento y la aceptación del cheque. De hecho, el empresario puede optar por esperar hasta el último día para la formulación de la oferta, a la espera de la impugnación del despido por parte del trabajador, que puede tener lugar incluso después de transcurridos los sesenta días si se envía por carta certificada con acuse de recibo⁴⁷.

Este procedimiento permite al empresario eludir de hecho el principio de causalidad, hasta el punto de que la aceptación de la oferta determina la extinción de la relación y la renuncia a la impugnación contra el despido, aunque el trabajador ya la haya presentada. Un exceso que también podría ocultar conductas discriminatorias.

Esta institución se vio afectada indirectamente por la sentencia del Tribunal Constitucional n. 194 de 2018, que declaró inconstitucional el apartado 1 del artículo 3 del Decreto Legislativo n. 23 de 2015, en la medida en que establece que el monto de la indemnización debida en caso de despido injustificado se determina en la suma fija de dos meses de salario por cada año de servicio, en lugar de disponer que el juez puede graduar dicha indemnización teniendo en cuenta diferentes factores (no todos pre-determinable), como el número de trabajadores empleados, el tamaño de la empresa, el comportamiento y las condiciones de las partes, así como la dimensión de la actividad económica.

⁴³ FABRIZIO AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, en F. CARINCI, C. CESTER (coordinados por), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 46, 2015, pp. 165-166.

⁴⁴ Apartado así modificado por el art. 3, apartado 1-bis, D.L. 12 julio 2018, n. 87, convertido por la L. 9 agosto 2018, n. 96.

⁴⁵ Véase el artículo 18, apartados 8 y 9, del Estatuto de los Trabajadores italiano.

⁴⁶ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁷ ROBERTO VOZA, *Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare. L'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, d.lgs. n. 23/2015*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 781.

Este procedimiento, sin embargo, ha perdido gran parte de su antiguo atractivo desde la sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, si antes el trabajador podía obtener por la vía de la conciliación de forma inmediata una cantidad, tras la aceptación del despido, una cantidad equivalente al 50% de lo que hubiera obtenido en vía judicial (sumando a esta cantidad tanto la exención fiscal como el ahorro derivado de la ausencia de costas judiciales), en la actualidad el marco normativo actual ha cambiado.

La devolución al juez de amplios márgenes de discrecionalidad en la determinación de la indemnización debida al trabajador en caso de despido improcedente y el aumento de la misma indemnización, que ahora oscila entre un mínimo de seis mensualidades y un máximo de treinta y seis, hacen que la vía judicial resulte más atractiva para el trabajador.

8. *La Comisión de Garantía en la huelga en los servicios esenciales: ¿mediación o moral suasion?*

También en materia de huelga en los servicios esenciales, cuando hay la necesidad de un balanceamiento constitucional con otros valores y principios, por ejemplo, la salud, no tenemos un modelo obligatorio como en España⁴⁸. Me refiero al papel de la Comisión de Garantía con una función híbrida, de conciliación y de arbitraje: de control sobre la huelga y la evaluación sobre las prestaciones indispensables, de composición del conflicto, un poder de sanción, y en fin la posibilidad, en verdad abstracta, de emitir un laudo su solicitud de las partes sobre la controversia. Esta hipótesis no tiene una expresa regulación, es decir que su contenido es totalmente libre y, de todos modos, tampoco ha tenido éxito como forma de solución alternativa de conflicto, también por su escasa eficacia.

De acuerdo con el espíritu de la ley n. 146 del 1990, se encomendó a la Comisión de Garantía una función de *moral suasion*. En otras palabras, la Comisión se concibió como un punto de referencia autorizado para los interlocutores sociales, más que como una autoridad en sentido técnico con poderes reales. De hecho, como es bien sabido, en el momento de su creación, la Comisión sólo tenía por misión formular propuestas no vinculantes para los interlocutores sociales y evaluar la conveniencia o inconveniencia de los acuerdos firmados por las partes.

Tras la Ley n 83 de 2000, se reforzaron los poderes de la Comisión de Garantías, añadiendo una serie de atribuciones indispensables para cubrir una laguna flagrante de la ley anterior. En efecto, es cierto que el principal medio para identificar las prestaciones indispensables es y sigue siendo el acuerdo entre las partes evaluado como idóneo por la Comisión. Antes de 2000, en caso de que las partes no llegaran a un acuerdo, la propuesta de la Comisión de Garantía no tenía efecto vinculante para las partes.

La facultad más significativa introducidas por la Ley n. 83 de 2000 es, en primer lugar, la posibilidad de “reglamentación provisoria” incluso en caso de idoneidad parcial del acuerdo. Como es sabido, los servicios indispensables deben estar contenidos en una medida que no supere, por término medio, el 50% de los servicios normalmente prestados, y deben referirse a cuotas de personal estrictamente necesario que no superen, por término medio, un tercio de la plantilla normalmente utilizada para la prestación completa del servicio. Por lo tanto, se puede afirmar que el reglamento provisional ha cubierto una importante laguna de la Ley n. 146 y constituye una pieza indispensable del rompecabezas para hacer efectiva la conciliación de los derechos de los usuarios con el derecho de huelga, una conciliación que antes del año 2000 era más bien proclamada que realizada.

La Comisión es competente para pronunciarse sobre cuestiones de interpretación o aplicación del contenido de los acuerdos.

Además, está facultada para aplazar la huelga con el fin de comprobar si se han agotado todas las tentativas de conciliación y si se dan las condiciones para una solución del conflicto y, en caso de

⁴⁸ Por ejemplo, v. el art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977.

conflictos importantes, puede invitar a las partes a aplazar la fecha de la huelga el tiempo necesario para permitir un nuevo intento de mediación, desempeñando, en este caso, el papel de mediador entre las propias partes para llegar a un acuerdo.

Diversas reglamentaciones provisionales de la Comisión han reforzado las obligaciones de información que incumben a las empresas sobre los motivos de las huelgas, los sindicatos que las promueven y los índices de adhesión a huelgas anteriores convocadas por los mismos sindicatos. Sin perjuicio de la legitimidad e idoneidad de esta información, ciertamente útil para los usuarios, se plantea la cuestión de si la información facilitada por las empresas permite a la Comisión pronunciarse sobre la pertinencia de los motivos de la huelga, es decir, calificarlos de apropiados o no.

De todos modos, esta facultad no implicaría, sin embargo, la posibilidad de sancionar un comportamiento inadecuado.

9. *La negociación asistida en conflictos laborales.*

Por lo tanto, la forma alternativa de solución de conflicto laboral se caracteriza por una inexistencia relativa por vía heterónoma, es decir que existe formalmente un conjunto de normas, como he dicho, con poca sistematicidad, pero totalmente ineficaz. Además, no tenemos arbitraje obligatorio como en España, por ejemplo, el caso del arbitraje electoral (art. 76 ET), o el arbitraje obligatorio para resolver las huelgas que causen un grave perjuicio a la economía nacional (art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977), o el arbitraje en caso de inaplicación del convenio colectivo (descuelgue) a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del art. 82.3 ET.

Una inexistencia de hecho por vía autónoma, es decir que existen mecanismos autónomos de solución de conflictos a través de la negociación colectiva pero tampoco esta dimensión ha tenido mucha suerte por diversos motivos: en primer lugar, tenemos que recordar que en Italia no hay convenios colectivos estatutarios, sino sólo extraestatutarios. Esto significa que surge, en primer lugar, un problema de eficacia individual, mientras que del lado colectivo los interlocutores sociales han preferido resolver los conflictos a través de los jueces. Además, hay un artículo el 28 del Estatutos de los trabajadores que permite una tutela cautelar bastante rápida.

Tal como hemos subrayado, un proceso que funciona no necesita ser limitado a través de la introducción de mecanismos de solución extrajudicial.

Tanto es así que se ha conseguido una disminución, incluso mínima, de la litigiosidad gracias a otros elementos, sólo aparentemente residuales.

El primero está representado por la introducción de una contribución monetaria mínima para la interposición de una demanda, rompiendo así la tradición del juicio gratuito que había funcionado durante cuarenta años. Una especie de desincentivo *de facto* ya que, en algunos casos el depósito necesario para acudir a los tribunales puede llegar a algunos miles de euros.

Una medida que también sirve para recaudar dinero y que evidentemente afecta a la protección reconocida por el artículo 24 de la Constitución.

El segundo factor está representado por una simplificación de las disciplinas de protección, la introducción de la a-causalidad del contrato de duración determinada o de la sanción solo económica incluso en caso de despido improcedente.

El tercer factor reside en la tendencia de los jueces a condenar a pagar las costas del proceso a los trabajadores perdedores. Esta norma, aunque está recogida en el Código Procesal Civil, sin embargo en el pasado no ha tenido prácticamente aplicación.

Está bastante claro que una menor litigiosidad y una mayor calidad de los litigios requieren intervenciones más complejas y sofisticadas, bien pensadas, que logren combinar la eficacia de la justicia con la protección de los derechos.

Aquí se repiten las palabras de Chiovenda sobre la instrumentalidad del proceso reconocida por nuestra Constitución (art. 24), por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47.1) y por la jurisprudencia europea⁴⁹.

Para no conducir a la frustración de garantías de amplia cobertura constitucional y supranacional, una buena reducción de carga de trabajo no puede sino surgir por el lado de la oferta y no por el de la demanda.

A partir de aquí, se desarrollará una cuestión todavía de actualidad: la identificación de medidas reductoras que nunca son neutras en el plano axiológico porque conciernen a la relación entre eficacia y efectividad de los derechos, entre medio y fin dentro de la cual la eficacia es el medio para asegurar la efectividad de los derechos.

También en la óptica de reducir el número de litigios y acelerar los juicios, el legislador, a la luz de los continuos fracasos del arbitraje y de otras formas alternativas, se ha centrado sobre la negociación asistida en conflictos laborales.

En el marco de una reforma general del proceso civil⁵⁰, estructurada para perseguir los objetivos de simplificación, celeridad y racionalización de la tutela judicial, el legislador prevé también una serie de modificaciones también en la regulación del proceso laboral (incluyendo la posibilidad de negociación asistida para la regulación de los conflictos laborales).

En realidad, la negociación asistida se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en 2014 como un procedimiento que permite una discusión extrajudicial entre las partes implicadas en un litigio y no se entiende la ratio de la exclusión de la materia laboral.

El procedimiento es sencillo: el abogado de la parte que tiene interés en obtener la satisfacción de sus derechos envía a la otra parte una invitación a firmar un acuerdo de negociación asistida, es decir, un acuerdo por el que las partes se comprometen a cooperar de buena fe y para resolver el litigio de forma amistosa. La otra parte tiene la opción de adherirse o rechazar la negociación: en caso de rechazo o de falta de respuesta en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la invitación, se considera que el procedimiento ha fracasado. No obstante, si la otra parte está interesada en el procedimiento de negociación, deberá firmar, junto con su abogado, el acuerdo, cuyo contenido esencial es la indicación del plazo acordado para la finalización del procedimiento (que no podrá ser inferior a un mes ni superior a tres meses, prorrogable por otros treinta días por acuerdo entre las partes) y la indicación del objeto del litigio, que, evidentemente, no deberá referirse a derechos indisponibles⁵¹.

No se trata de una condición procesal para acudir a los tribunales, sino de un elemento evitador de litigios adicional que se ofrece para intentar resolver amistosamente una disputa, cuya dirección, por primera vez, se ha asignado a los abogados.

En caso de que el procedimiento sea infructuoso, es decir, que no se llegue a un acuerdo para resolver el litigio, las partes son libres de acudir a los tribunales, ya que pueden adjuntar a la demanda judicial el acuerdo y la declaración de no acuerdo, que serán valorados por el tribunal al efecto de la imposición de las costas.

Si se alcanza un acuerdo, ya no podrá impugnarse en ningún foro, sin perjuicio del derecho a impugnarlo sobre la base de los principios generales del Derecho civil, es decir, si es nulo (en la medida en que se refiera a derechos absolutamente indisponibles o por infracción de normas

⁴⁹ Solo a modo de ejemplo, v. Tribunal de Justicia 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08: “Los principios de equivalencia y de efectividad, así como el principio de tutela judicial efectiva, tampoco se oponen a una normativa nacional que exija la previa resolución extrajudicial de tales litigios, siempre que dicho procedimiento no conduzca a una decisión vinculante para las partes, no implique un retraso sustancial en la interposición de una impugnación judicial, suspenda la prescripción de los derechos de que se trate y no genere gastos”.

⁵⁰ Il d.lgs. 149 del 2022.

⁵¹ Elementos que no son esenciales pero que podrían incluirse en el acuerdo son la previsión de la posibilidad de obtener declaraciones de terceros sobre hechos relevantes para el objeto del litigio; la posibilidad de obtener declaraciones de la parte contraria sobre la veracidad de hechos desfavorables para ella y favorables para la parte en cuyo interés se solicitan; la posibilidad de llevar a cabo negociaciones por medios telemáticos; la posibilidad de llevar a cabo reuniones mediante enlaces audiovisuales a distancia.

imperativas de la ley) o anulable por vicio de la voluntad (error, violencia o dolo). El acuerdo constitutivo del litigio firmado por las partes y los abogados que las asisten constituye inmediatamente título ejecutivo y título para la inscripción de una hipoteca judicial.

El acuerdo alcanzado al término del procedimiento de negociación debe ser transmitido por cualquiera de las partes, en un plazo de diez días, “a uno de los organismos contemplados en el artículo 76 del Decreto Legislativo n. 276, de 10 de septiembre de 2003”, es decir a la comisión de certificación.

La verdad es que no se entiende el sentido y la finalidad de esta previsión.

En caso contrario, por ejemplo, no se negaría validez al acuerdo y seguiría siendo no impugnabile.

Las novedades introducidas por la llamada Reforma Cartabia en materia de negociación asistida en los conflictos laborales no pueden sino valorarse positivamente, sobre todo porque se reconoce a los abogados un papel que siempre han desempeñado, el de negociadores perfectamente capaces de garantizar esa protección del trabajador que asegure la plena conciencia y conocimiento de los derechos que el mismo -que es la parte más débil de la relación contractual- tendrá al firmar el acuerdo.

Me parece una solución que podrá conciliar bien las necesidades de reequilibrar las asimetrías estructurales de información y ofrecer cierta racionalidad al trabajador en cuanto a la posibilidad de llegar a una conciliación. Los abogados son perfectamente aptos para informar al trabajador de las consecuencias de sus actos, garantizar la autenticidad o legitimidad de sus decisiones e ilustrar la conveniencia (eventual) de la conciliación.