



ESTUDOS JURÍDICOS

2016



# CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉVIA NOS CONFLITOS TRABALHISTAS: a experiência do Direito Comparado

## CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN PREVIA EN CONFLICTOS LABORALES: la experiencia del Derecho Comparado

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani

Manoel Carlos Toledo Filho

(Coordenadores)



Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região  
Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO  
PRÉVIA NOS CONFLITOS  
TRABALHISTAS:  
a experiência do Direito Comparado**

**CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN  
PREVIA EN CONFLICTOS  
LABORALES:  
la experiencia del Derecho Comparado**

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani  
Manoel Carlos Toledo Filho  
(Coordenadores)

Campinas  
Estudos Jurídicos  
2016

## **Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região**

PRESIDENTE  
Desembargador LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS

### **Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região**

DIRETOR  
Desembargador FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI

VICE-DIRETOR  
Desembargador MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO

#### **CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargador EDMUNDO FRAGA LOPES  
Representante dos Desembargadores do Tribunal

Juíza LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES  
Representante dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho

Juiz CAIO RODRIGUES MARTINS PASSOS  
Representante dos Juízes do Trabalho Substitutos

Servidor EVANDRO LUIZ MICHELON  
Representante dos Servidores (voz e assento)

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região (voz e assento)

**ISBN 978-85-93326-00-4**

#### **Editoração e Diagramação**

Seção de Pesquisa e Elizabeth de Oliveira Rei  
Publicações Jurídicas Laura Regina Salles Aranha

#### **Capa**

Marcello Alexandre de Castro Moreira

#### **Escola Judicial do TRT da 15<sup>a</sup> Região**

Rua Barão de Jaguara, 901 - 3º andar - Centro  
13015-927 Campinas - SP  
Telefone: (19) 3731-1683 - Fax: (19) 3236-0585  
*e-mail:* escolajudicial@trt15.jus.br

## **SUMÁRIO**

APRESENTAÇÃO.....	4
PREFÁCIO.....	5
LA CONCILIACIÓN LABORAL OBLIGATORIA EN ARGENTINA. EL SECLLO COMO ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN.....	10
TAMAGNO, Lucas F.	
LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL LABORAL EN ESPAÑA.....	28
FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia	
SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS TRABALHISTAS NA ITÁLIA.....	46
RONDELLI, Cristiane Montenegro; NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves	
LA CONCILIACIÓN PRE-JUDICIAL EN URUGUAY.....	89
GARMENDIA ARIGÓN, Mario	
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	103

## **APRESENTAÇÃO**

A Escola Judicial, cumprindo sua função de divulgação e promoção de estudos, oferece com satisfação, a todos os interessados, mais um livro.

A obra apresentada trata do conflito trabalhista, que normalmente ocorre nos mais diversos países, e a forma como a conciliação a mediação, que, sendo prerrogativas da Justiça do Trabalho, são feitas em quatro países. As diferenças legais e culturais de cada um deles convergem na tentativa de minorizar o volume de ações trabalhistas.

Os textos mostram a experiência de juristas e professores da Argentina, do Uruguai e da Espanha, países brilhantemente representados por Lucas Tamagno, Alicia Fernández-Peinado Martinez e Mario Garmendia Arigón, em tentar evitar dissídios entre empregados e patrões.

As Juízas do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região Cristiane Montenegro Rondelli e Eliana dos Santos Alves Nogueira, doutorandas em Direito pela Università La Sapienza, da Itália, narram um pouco da forma italiana de solucionar conflitos trabalhistas extrajudicialmente.

A direção da Escola pretende, mais uma vez, com esta publicação, suscitar debates entre os estudiosos do Direito do Trabalho, que, observando as diferenças e semelhanças existentes em alguns países possam, ao menos um pouco, transformar, no que possível, as ações para a otimização do Poder Judiciário Trabalhista.

Desembargador **Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani**  
Diretor da Escola Judicial

## PREFÁCIO

Nunca se duvidou de que as ações trabalhistas, por conta de seu delicado conteúdo - que ordinariamente se reporta à sobrevivência pessoal e familiar do trabalhador assalariado - consubstanciem demandas “urgentes por natureza”<sup>1</sup>. Daí porque a rápida tramitação do litígio, com a entrega de uma **solução justa e equilibrada**, aspiração comum a todo e qualquer processo, na específica seara trabalhista sempre e ainda mais se agiganta.

Sem embargo, a multiplicidade crescente de reclamações, que tanto mais se avoluma quanto mais sensível seja a realidade econômica nacional, aliada à perene escassez de recursos orçamentários - aspecto, aliás, que nos últimos tempos deixou de possuir um matiz meramente técnico para assumir a índole de pura e mesquinha **retaliação ideológica** - obstaculiza, muitas vezes, que se obtenha um resultado consistente em tempo razoável. Daí a necessidade de se buscar **alternativas legítimas** à via judicial tradicional, em ordem a atender às **necessidades inadiáveis** dos jurisdicionados, é dizer, aquelas de cuja consecução irá depender a dignidade mesma dos envolvidos na contenda.

Neste contexto, a conciliação e/ou mediação prévia, ingressa como uma **valiosa ferramenta** de aceleração do desfecho do conflito, na medida em que poderá potencialmente minimizar ou até eliminar os entraves rotineiramente afetos à via processual tradicional, prestigiando, ademais, a consecução de uma **solução autônoma**, que seja assim fundamentalmente delineada e acolhida pelos próprios interessados diretos, dentro dos limites de seus respectivos anseios e possibilidades.

---

<sup>1</sup>BARRETO, Amaro. **Execução cível e trabalhista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975, p. 46.

Contudo - e este é um ponto de **fundamental transcendência** - para que tal via alternativa logre efetivamente atender ao **elevado objetivo** que se propõe, alguns requisitos deverão ser rigorosa e impreterivelmente observados, sob o **grave e sério risco** de se transformar uma **ferramenta nobre** em uma mera técnica de **eliminação de processos**, adicionada, ademais, à vulneração de direitos indisponíveis, que consoante é cediço, historicamente permeiam a órbita laboral.

Com o escopo destarte de colaborar com tão **importante e delicada temática**, o presente opúsculo analisa a correlativa experiência do direito comparado, focando em quatro países: Argentina, Espanha, Itália e Uruguai.

A análise do sistema argentino ficou a cargo do advogado Lucas Tamagno, profissional militante na capital federal bem como na Província de Buenos Aires. Aqui é necessário aclarar que, na Argentina, cada Província (Estado) organiza sua Justiça e seu direito processual de modo independente. Assim, existem relevantes distinções entre o sistema que vige na Cidade Autônoma de Buenos Aires (capital federal) e na Província de Buenos Aires (cuja capital é a cidade de La Plata). Em ambas as realidades os conciliadores são selecionados e supervisionados pelo Ministério do Trabalho. Somente na capital federal a prévia passagem pelo órgão administrativo é requisito necessário para poder demandar judicialmente. Um ponto interessante a destacar é que, na capital federal, a assistência por advogado no ato de conciliação prévia é obrigatória, sendo meramente facultativa na Província Buenairense, circunstância que acarreta um **impacto direto** na qualidade do ajuste obtido, sendo frequentes, no segundo caso, a apresentação de composições fraudulentas (problema, aliás, igualmente presente no sistema federal, conquanto em menor escala). A jurisprudência contempla diversos exemplos de acordos anulados, máxime por detectar-se vício de vontade na manifestação do trabalhador. Um outro aspecto deveras interessante: a Lei Argentina clara e taxativamente dispõe que o acordado pelas partes não irá vincular o Estado para efeito de arrecadação das contribuições devidas para o sistema de seguridade social, que deverá, ainda, ser obrigatoriamente comunicado da ocorrência e dos termos da transação. Na prática, porém, esta exigência é frequentemente contornada de modo a evitar que a ânsia estatal de arrecadação não prejudique

o êxito da conciliação. Qualquer semelhança com a realidade brasileira talvez não seja mera coincidência<sup>2</sup>.

O sistema espanhol é objeto de exame pela Dra. Alicia Fernández-Peinado Martínez, professora assistente na Universidade de Alicante. Ali, a mediação e conciliação prévias estão previstas, com **caráter obrigatório** - ou seja, como pressuposto processual - na Lei de Jurisdição Social, dentro do Título sugestivamente nominado “Da Evitação do Processo” (arts. 63/73). A dita obrigatoriedade não alcança, porém, todas as espécies de causas, dela se excluindo aquelas que, a critério do legislador, se demonstrem de índole mais sensível ou urgente, ou, ainda, por conta da natureza das partes envolvidas. Os conciliadores/mediadores poderão pertencer a órgãos administrativos ou que estejam para este efeito indicados em contratos coletivos. Não é obrigatória a assistência por advogado, mas parece intuitivo que, pela complexidade do procedimento, esta normalmente aconteça. Um ponto interessante a destacar está em que, não comparecendo ao ato de conciliação prévia a parte demandada, e, posteriormente, a sentença judicial conclua pela procedência da pretensão, poderá o faltoso ser multado como litigante de má-fé, no importe de até 6.000,00 euros (art. 97.3 c/c art. 75. 4 da IJS). Ademais, o conteúdo do acordo poderá ser objeto de ação anulatória, caso se estimem vulnerados direitos irrenunciáveis. Esclarece ademais a autora que, nos últimos anos, houve um significativo incremento na taxa de conciliações alcançadas, que chegou a atingir a cifra de quase 50% no ano de 2014. Porém, este efeito parece estar mais vinculado a mudanças operadas no âmbito do direito material - que flexibilizou a possibilidade de dispensa - do que ao sistema instrumental propriamente dito.

O panorama uruguai é examinado pelo advogado e professor Mario Garmendia Arigón. Segundo esclarece o autor, no Uruguai a conciliação é “a fórmula mais comum e generalizada de

---

<sup>2</sup>De fato: a **Lei n. 25.345**, que modificou a legislação argentina neste particular, apropriadamente chamada de Lei de “prevenção da evasão fiscal”, foi sancionada em **19.10.2000**. No Brasil, a **Lei n. 10.035**, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 831 da CLT, para o efeito de estabelecer que “no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas”, foi publicada em **25.10.2000**. A **sintonia** do *timing* afirma-se mesmo algo **irrefragável**.

solução dos conflitos individuais de trabalho". Existe a respeito uma etapa prévia obrigatória perante o Ministério do Trabalho, onde a assistência por advogado é **preceptiva**, exceto nas causas de pequeno valor. O conciliador/mediador será um funcionário do Ministério do Trabalho, normalmente um advogado com conhecimento específico de direito do trabalho, de cujo preparo e capacitação irá depender, em grande medida, o bom êxito da conciliação. A média de contendas conciliadas é da ordem de 65%, quer dizer, **significativamente alta**, o que permite concluir que a conciliação prévia obrigatória funciona, no Uruguai, como um eficaz mecanismo de **descongestionamento** da via judicial laboral. Nada obstante, também existem ali os chamados "acordos prontos" que, em sua essência, revelam mais uma necessidade do empregador de obter segurança quanto ao objeto da quitação do que propriamente uma transação e, por isto mesmo, não raro, acabam servindo como um instrumento de **renúncia do trabalhador** a direitos legalmente a ele garantidos<sup>3</sup>. De todo modo, conquanto possível, não chega a ser frequente, na prática, a impugnação judicial dos acordos prévios celebrados perante o Ministério do Trabalho.

Por fim, a experiência italiana foi perscrutada pelas magistradas da 15ª Região, e Doutorandas em direito pela Università La Sapienza, Cristiane Montenegro Rondelli e Eliana dos Santos Alves Nogueira, que a investigaram tanto sob a perspectiva da normativa vigente na União Europeia quanto desde a história particular da realidade peninsular. E o ponto a destacar, no contexto italiano, é que, de 1998 a 2010, por força do quanto até então se dispunha no art. 410 do Código de Processo Civil - já que na Itália, ao revés do que se passa nos países antecedentes, o processo trabalhista está previsto não em uma lei autônoma, mas dentro de um Título específico do CPC (arts. 409 e seguintes) - a tentativa prévia de conciliação, perante um órgão administrativo ou sindical, era de índole obrigatória, à semelhança do que ainda vige no sistema espanhol. O resultado, contudo, para nada foi o esperado: a via conciliatória prévia se transformou em uma **mera etapa burocrática**, funcionando não como um instrumento de descongestionamento do sistema, mas

<sup>3</sup>Também aqui, a semelhança com a realidade brasileira não há de ser mera casualidade.

como um fator de **prolongamento do tempo de duração da demanda**. Uma das razões fundamentais para tanto estaria vinculada ao despreparo dos órgãos conciliadores, seja quanto ao ângulo pessoal, seja quanto à sua organização. Nada obstante, esse insucesso não impediu que, como apontado pelas autoras, siga em debate o tema da conciliação prévia, inclusive com algumas inovações legislativas recentes já aprovadas no plano do direito material e outras ainda em consideração no Parlamento para a via processual.

A modo de **conclusão preliminar** - e, portanto, a título de **mero ponto de partida**, e não de chegada - poderíamos dizer que, se bem sempre seja uma tarefa complexa associar sistemas e realidades sociais e culturais cambiantes de país a país, algumas **ilações básicas** parecem emergir do confronto acima rapidamente delineado.

Em linhas gerais, a nosso juízo, seriam elas as seguintes: **a)** a conciliação ou mediação prévia pode funcionar como um **mecanismo salutar de efetivo descongestionamento** da via judicial laboral; **b)** a qualidade dos resultados assim obtidos estará diretamente vinculada à qualidade dos mediadores ou conciliadores, que deverão possuir uma **rigorosa formação, capacitação e treinamento específico** para tanto; **c)** a passagem pelo sistema deverá revestir-se de **caráter facultativo**; **d)** a assistência técnica, é dizer, a presença de advogado acompanhando os litigantes, colabora para o sucesso da iniciativa, notadamente naquilo que se refere à facilitação de informações e à concreta garantia dos direitos da parte trabalhadora; **e)** a não observância dessas **premissas cumulativas mínimas** potencialmente **subverterá a lógica e o objetivo do instituto**, com **ponderoso prejuízo** à ordem pública laboral.

Nestes termos, e renovando seus agradecimentos aos autores acima nominados, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região espera haver prestado sua contribuição ao debate, a todos desejando uma profícua leitura do material que ora aqui se disponibiliza.

**Desembargador Manoel Carlos Toledo Filho**  
Vice-Diretor da Escola Judicial

# **LA CONCILIACIÓN LABORAL OBLIGATORIA EN ARGENTINA. EL SECOLO COMO ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN**

**Lucas F. Tamagno\***

## **1 LA CONCILIACIÓN LABORAL**

Debemos comenzar sosteniendo que el instituto de la conciliación en el derecho del trabajo debe ser aplicado en forma restrictiva, ello por cuanto se trata en el caso de derechos que han sido claramente definidos como irrenunciables, y receptados como tales por la Ley de Contrato de Trabajo argentina a través de su artículo 12@1. En este sentido debe remarcarse que el hecho de que el trabajador haya prestado su consentimiento, importando esto una renuncia a sus derechos laborales, no resulta de por sí determinante en el derecho del trabajo, ya que aquí, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, rige como principio la irrenunciabilidad de los derechos en la persona del trabajador, ello en razón de los elementos que pueden condicionar su autonomía de la voluntad.

---

\*Abogado laboralista - Argentina. Especialización en Derecho Social (del Trabajo y la Seguridad Social - UNLP), tesis en preparación. Autor de diferentes publicaciones sobre Derecho del Trabajo.

@1Más allá de que el principio de irrenunciabilidad de derechos se encontró siempre vigente, fue incorporado por Ley 26574 en el año 2009 a la Ley de Contrato de Trabajo en los siguientes términos: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

Es claro que la conciliación laboral entre empresario y trabajador no significa abdicar gratuitamente ningún derecho, ya que, a cambio de alguna concesión se debe obtener siempre alguna ventaja o beneficio. Para ello uno de los únicos supuestos que se podría aceptar - al menos en nuestra posición - la figura de la conciliación dentro del derecho laboral, sería cuando los derechos sobre los que se transigen no son ciertos al momento del acuerdo, sino que, por el contrario, resultan dudosos e inciertos (*res dubia*); de modo que por intermedio de la conciliación se cambia un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto.

Entonces, la transacción se refiere siempre a dos prestaciones opuestas, una del empleador y la otra del empleado que se reducen de común acuerdo a una sola, por mutua cesión, de donde se deduce la existencia de derechos inciertos y que presuponen un litigio. En caso de no reunirse estos requisitos, el acuerdo arribado y eventualmente homologado será posible de ser revisado judicialmente y, en caso de así verificarlo, declarar su nulidad, procediendo a dictar sentencia conforme a los reales parámetros que rigieron la relación laboral.

Si bien los derechos “**económicos**” derivados de la extinción del contrato de trabajo pueden ser caracterizados como de contenido patrimonial, y por ende renunciables, no podemos desconocer el carácter alimentario que los mismos presentan. Por ello, es evidente que cualquier convención o acuerdo en el que el trabajador renuncie a derechos (no controvertidos) debe ser declarado nulo.

Realizada esta breve mención, procederemos seguidamente a describir los procedimientos conciliatorios existentes, haciendo hincapié en el denominado Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria.

## **2 EL SERVICIO DE CONCILIACIÓN LABORAL OBLIGATORIO COMO UNA ALTERNATIVA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

El Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, fue

creado en la década del 90 en el marco de un proceso de transformación del derecho laboral, muchas veces criticado pero que también instauró sistemas de protección y reparación para el trabajador.

La ley 24.635 creó el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECLO), en donde el Ministerio de Trabajo de la Nación, por intermedio de conciliadores laborales designados al efecto<sup>2</sup>, desarrolla un procedimiento administrativo obligatorio de conciliación previo al inicio de un proceso judicial, aplicable tanto para los reclamos individuales como para aquellos pluri-individuales que versen sobre conflictos en donde sea competente la Justicia Nacional del Trabajo, conforme lo dispone la ley 18.345 que rige el proceso laboral en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>3</sup>.

Este sistema de conciliación laboral obligatoria previa fue criticado por diferentes autores de la doctrina nacional, principalmente procesalistas, quienes sostuvieron que:

Por nuestra parte nos enrolamos en el criterio más amplio para garantizar el derecho de los litigantes a acceder rápida e irrestrictamente ante la sede natural de sus reclamos, es decir, la vía judicial. Nos parece claro que el SECLO constituye un obstáculo legal, de dudosa legitimidad por su obligatoriedad y sus defectos técnicos, al acceso

---

<sup>2</sup>Estos conciliadores son abogados que ejercen libremente la profesión, y que han sido designados por el Ministerio. Para ello deben tener conocimientos sobre derecho laboral. Estos profesionales conformarán el Registro Nacional de Conciliadores Laborales dependiente del Ministerio de Justicia, el que será responsable de su constitución, calificación, coordinación, depuración, actualización y gobierno.

<sup>3</sup>Sin embargo, el art. 2 de la ley que creó el SECLO estableció que: “Art. 2º- Quedan exceptuados del carácter obligatorio y previo de esta instancia: 1. La interposición de acciones de amparo y medidas cautelares. 2. Las diligencias preliminares y prueba anticipada. 3. Cuando el reclamo individual o pluriindividual haya sido objeto de las acciones previstas en los procedimientos de reestructuración productiva, preventivo de crisis, o de conciliación obligatoria previstos en las leyes 24.013 y 14.786. 4. Las demandas contra empleadores concursados o quebrados. 5. Las demandas contra el Estado nacional, provincial y municipal. 6. Las acciones promovidas por menores que requieran la intervención del Ministerio Público”.

a la instancia judicial y que, por ende, todas las interpretaciones deben ser restrictivas en lo relativo a su ámbito de competencia obligatoria, y amplias a la hora de soslayar ese trámite. (Cfr. Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, Amadeo Allocati Director, Miguel Angel Pirolo Coordinador, p. 29/30, Editorial Astrea).

Más allá de lo destacado por tan prestigiosa doctrina laboral, entendemos que nos encontramos simplemente frente a un procedimiento administrativo previo en donde el conflicto se presenta por la falta de una instancia judicial revisora del acuerdo.

Es claro que existen infinidad de procedimientos administrativos que tienen restringida su revisión judicial - como es el caso de la mediación en materia civil y comercial o el arbitraje - pero lo que dispara la discusión en este caso es el hecho de que una de las partes sea un trabajador, la parte más débil de la relación laboral y cuya autonomía de voluntad se encuentra subordinada incluso al finalizar la relación laboral.

Lo cierto es que justamente, el pilar del sistema es el de otorgar cosa juzgada a la decisión dictada por el Ministerio de Trabajo, imposibilitando - en principio - su revisión judicial ante los Tribunales del Trabajo.

### **3 EL PROCEDIMIENTO ANTE EL SECLO**

El procedimiento ante el SECLO se inicia con una petición del trabajador o del empleador<sup>4</sup>, el donde se recepcionará el trámite,

---

<sup>4</sup>En el caso del empleador, éste podrá iniciar el procedimiento para poder cumplir con alguna de sus obligaciones cuando se encuentre impedido de hacerlo. El más común de los casos es cuando no pueda cumplir con el pago de la liquidación final o de la indemnización debida o cuando deba hacer entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones.

sorteando un conciliador sobre la base de los inscriptos en el Registro Nacional de Conciliadores Laborales, el cual será el encargado de intermediar en el conflicto e intentar que las partes arriben a una solución, o, en caso de fracaso en la conciliación, emitir la constancia - denominada **acta de cierre de procedimiento** - que acredite que se ha tramitado este procedimiento obligatorio quedando expedita la vía judicial.

También, el SECLLO, prevé la posibilidad de realizar audiencias espontáneas en las cuales las partes empleadora y trabajadora se presenten ante el Ministerio de Trabajo a los fines de formalizar el acuerdo al que previamente han arribado producto de una negociación derivada de un conflicto entre las partes. En este caso el SECLLO tomará la audiencia por intermedio de personal propio.

En ambos casos, cuando existiera un acuerdo, el SECLLO por intermedio del área legal procederá a evaluar si se ha arribado a una justa composición de derechos e intereses entre las partes, es decir, si el monto ofrecido a los efectos conciliatorios por el empleador compensa el objeto del reclamo formulado por el trabajador.

Como resultado de un acuerdo, el SECLLO podrá disponer la homologación del acuerdo o su registración, dependiendo en cada caso si con el acuerdo se cumple una justa composición de derechos e intereses entre las partes.

La homologación que emita el Ministerio de Trabajo significa que en el caso se ha arribado a esa justa composición de derechos e intereses, y por ende, que una vez percibido el monto acordado por el trabajador nada más podrá reclamar en lo que fue objeto de reclamo. Por su parte, la registración no otorga carácter de cosa juzgada y deja la posibilidad de que el trabajador formule su petición ante la Justicia<sup>5</sup>.

Lo importante del procedimiento, y es lo que normalmente se persigue con él, es el lograr que el acuerdo arribado sea homologado por la autoridad administrativa del trabajo, otorgando el carácter de cosa juzgada al acuerdo y, por ende, generando la imposibilidad de reclamo posterior.

---

<sup>5</sup>Normalmente, y en la mayoría de los casos, los pagos de los acuerdos quedan sujetos a la condición de que el acuerdo sea homologado.

Es claro que el SECLO solo debería intervenir en aquellos casos en los cuales se presenta una situación de conflicto entre la parte empleadora y el trabajador. Sin embargo, muchas veces se ha hecho un uso abusivo de esta herramienta y se ha utilizado el procedimiento ante el SECLO para llevar adelante supuestos acuerdos que nunca tuvieron una negociación, sino que se les impone su firma y concurrencia a la instancia de conciliación para percibir lo que en derecho les corresponde. De esta forma, el empleador se asegura que el trabajador no formulará ningún tipo de reclamo judicial posterior.

Frente a ello se comenzaron a iniciar causas judiciales acusando la nulidad del procedimiento administrativo, basado en que el acto administrativo de la conciliación era nulo, toda vez que la voluntad del trabajador se encontraba viciada.

En este tipo de planteos judiciales, la Justicia del Trabajo fue propensa a dar tratamiento a las demandas presentadas por trabajadores que alegaban haber firmados coaccionados para hacerlo, declarando en numerosas ocasiones la nulidad de los mismos.

No son pocas las sentencias que han declarado la nulidad de este tipo de procedimientos, así ha sido sostenido por la propia Justicia Laboral al decir que:

El acto nulo, posee una nulidad manifiesta, rígida e invariable y en el caso, va acompañada de nulidad absoluta que es la que posee la mayor rigidez. Deseo recalcar que se trata de un acto nulo de nulidad absoluta. El acto contrario al orden público, en cualquier disciplina jurídica, adolece de nulidad absoluta y sobre todo acarrea el peso de la sanción legal más rigurosa. Estamos, por tanto, en presencia de una nulidad manifiesta o patente, que aniquila los efectos propios del acto jurídico como sanción insoslayable que debe ser declarada de oficio por el Juez, cuando el vicio está manifiesto en el acto (art.14 de la Ley de Contrato de Trabajo, 1044 y 1047 del Código Civil). En igual sentido, v. autos: 'Giménez, César Valentín

c/ Siembra Seguros de Retiro S.A. s/ despido'; S.D. 39.543 del 7.9.06 - en mayoría - votos Dres. Ferreirós - Rodríguez Brunengo. Como consecuencia de lo que he dejado expresado, considero que el actor tiene razón al pretender de las indemnizaciones correspondientes al despido incausado. (Maldonado, Mauro Marcelo c/ Harengus S.A. s/ despido, CNTrab., Sala VII, 19.2.2008, SD. 40702, Causa 18.626/04, [s.p.]).

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el precedente "Vivas Miguel Angel c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ despido" (CNTrab., Sala V, 19.5.2006, D.T. Tº 2006 (octubre), p. 1532) procedió a declarar la nulidad del acuerdo extintivo homologado por la autoridad administrativa del trabajo en donde se sostuvo que:

[...] la competencia atribuida por el art. 15 de la L.C.T. (t.o.) a la autoridad administrativa del trabajo para homologar acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios debe ser compatibilizada con el derecho de quien se considere afectado por la decisión adoptada por esa autoridad para plantear judicialmente la nulidad del acto homologatorio por la vía procesal pertinente, con amplitud de debate y prueba, en homenaje a las garantías constitucionales de acceso a la jurisdicción y del debido proceso adjetivo.

Y más clarificante ha sido en cuanto sostuvo:

[...] que los jueces del trabajo tienen competencia para entender en todos los conflictos individuales de derecho (art. 20, ley 18.345), lo que incluye la facultad de apreciar la validez o invalidez de

los actos que incidan en la resolución de los referidos conflictos, aunque los mismos hayan sido homologados por actos administrativos. Por ello, si de los acuerdos suscriptos por las partes y homologados por el Ministerio de Trabajo, surgen violaciones al orden público que implican renuncia de derechos (art. 12 de la LCT), tales actos no sólo pueden ser cuestionados por las vías previstas en la ley 19.549 o mediante redargución de falsedad, sino que, al no haber una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 LCT) pueden ser declarados inválidos por el juez laboral competente (cfr. C.N.A.T., Sala VI, sent. n. 54.279, 14.8.2001, ‘Giménez Fortunata y otro c./Finexcor S.A. y otro’).

En idéntico sentido se sostuvo que:

[...] si de los acuerdos suscriptos por las partes y homologados por el Ministerio de Trabajo, surgen violaciones al orden público que implican la renuncia de derechos (art. 12 LCT), tales actos, al no haber una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 LCT), pueden ser declaradas inválidas por el juez. (Gunierz Fortuna y otro c. Finexcor SA y otro. CNAT Sala VI-14.8.2001).

Y estos no constituyen casos aislados, sino que se presentan como un gran universo de pronunciamientos en donde la Justicia del Trabajo al detectar que existe una situación irregular, donde el trabajador es obligado a concurrir al SECLO como condición para acceder al crédito laboral que le corresponde, ha procedido a declarar la nulidad del acto y llevar adelante el tratamiento del reclamo formulado por el trabajador.

Sin embargo, es evidente que debe existir una necesaria intención de perjudicar al trabajador, es decir, que el acuerdo debe contar con un vicio en la voluntad del trabajador para que pueda ser considerado anulable. También ha sostenido la Justicia del Trabajo que:

Ahora bien, a mi juicio, esta sola circunstancia - desempeñarse en la misma materia de la Facultad de Derecho - si bien puede configurar un indicio, no es un dato mínimamente relevante de la pretendida connivencia dolosa invocada por la accionante a los fines de acreditar que el letrado que la representó en la oportunidad de celebrar el acuerdo ante el Ministerio de Trabajo fue una imposición de la empresa destinada a frustrar sus derechos. (Hernán Daniela Verónica c/Buenos Aires Sports S.A. y otros s/ despido, CNTrab., Sala II, 29.8.2014).

#### **4 LA SITUACIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO**

La situación en la provincia de Buenos Aires es incluso más caótica, en donde el estado provincial no exige ningún tipo de documentación que acredite las condiciones esenciales de la relación laboral a los fines de valorar si en el caso existe una justa composición de derechos e intereses en el acuerdo.

La práctica indica que en la mayoría de los casos en los trabajadores concurren a la sede del Ministerio de Trabajo, su voluntad se encuentra viciada. El principal fundamento de ello es la falta de obligatoriedad de patrocinio letrado en la persona del trabajador, quien en muchas ocasiones es obligado a concurrir como exigencia para abonarle lo que en derecho le corresponde.

De esta forma, la ausencia de un patrocinio letrado obliga a aceptar al trabajador aquello que la empresa - en mejor posición - ofrece en muchos de los casos, que se ve además obligado a aceptar por el estado de necesidad en la que muchas veces se encuentran.

No obstante ello, el personal del Ministerio de Trabajo provincial procede a formalizar el acuerdo, y en la mayoría de los casos a homologar el mismo, sin siquiera evaluar si en el caso se cumple con la exigencia de una justa composición de derechos e intereses que establece el art. 15 LCT.

La homologación, en los términos del art. 15 de la LCT, obliga a quien otorga calidad de cosa juzgada a una relación de derecho - en este caso laboral - a verificar que se respeten todos y cada uno de los derechos que, en el caso, asisten al trabajador.

Frente a reclamos posteriores de trabajadores que suscribieron este tipo de acuerdos abusivos, la Suprema Corte dio tratamiento dictando una serie de elementos como requisitos ineludibles para que se cumpla con el debido respeto por el orden público laboral.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha sostenido que existen tres supuestos que invalidan el acto administrativo del acuerdo en su carácter de, estos son:

- i) que la homologación no se hubiera notificado al actor;
- ii) que el ministerio no se haya pronunciado sobre los rubros que alcanzan la homologación;
- iii) que haya existido supuesto de nulidad por estar viciada la voluntad del trabajador.

### **i) Ausencia de notificación al trabajador**

En el caso la ausencia de notificación genera la imposibilidad de que el acto administrativo (homologación) pueda ser revisado por el particular, atento no haber tomado conocimiento del mismo. Esta

postura es la que emana de la doctrina de la Suprema Corte bonaerense, quien ha sostenido que:

[...] no se cumplen los presupuestos para que se configure la cosa juzgada administrativa si la disposición dictada en dicha sede no fue notificada a las partes, y, en consecuencia, no puede tenerse por consentido ni, por ende, firme a dicho acto (conf. causas L. 60.912 ‘Mulleady’, sent. del 28.X.1997; L. 62.659 ‘Basilico’, sent. del 2.XII.1997; L. 77.791 ‘Lafourcade’, sent. del 24.IX.2003).

También ha sostenido que:

Sólo corresponde asignar los efectos de la cosa juzgada al acto administrativo de homologación de un convenio celebrado entre empleado y empleador si éste fue consentido por la parte interesada que no formuló la impugnación pertinente en dicha sede por razones formales o sustanciales y el interesado estará en condiciones de formular tal impugnación, si previamente le es notificada dicha decisión o cuando surge de las actuaciones administrativas que las partes actuaron posteriormente a su dictado en forma que evidencia el cabal conocimiento de la resolución homologatoria. (SCBA, L 90029 S 19.3.2008).

Y en idéntico sentido:

No se cumplen los presupuestos para que se configure la cosa juzgada administrativa si

la disposición dictada en dicha sede no fue notificada a las partes. (Basilico, Orlando F. c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ Indemnización por despido, SCBA, L 62659 S 2.12.1997).

**ii) que el Ministerio de Trabajo no se haya pronunciado sobre los rubros que alcanza la homologación**

Por no haber sido notificado por el Ministerio de Trabajo el resultado del acuerdo, en donde necesariamente deberían estar incluidos los rubros sobre los cuales se le reclama, esta parte entiende que la cartera ministerial del trabajo no se pronunciado sobre los rubros que comprendían la homologación.

La propia Corte de la provincia de Buenos Aires sostuvo que:

Corresponde revocar el pronunciamiento que hizo lugar prematuramente a la excepción de cosa juzgada administrativa si no medió el examen de las circunstancias fácticas y jurídicas que resulta menester respecto a un acto cuya validez sustancial ha sido precisamente objetada por el actor en su demanda, en atención a que sus términos afectan derechos irrenunciables del trabajador y por lo tanto violatorios de los arts. 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Contrato de Trabajo. (SCBA, L 84423 S 29.12.2003, 'Ramírez, Néstor Aníbal c/ Sol Petróleo S.A. s/ Indemnización incapacidad art. 212 cuarto párrafo, LCT').

**iii) que haya existido supuesto de nulidad por estar viciada la voluntad del trabajador**

El tercero de los elementos, y quizás el que mayor atención merece, es la existencia de un vicio en la voluntad del trabajador que

invalida en un todo el acto celebrado ante la cartera laboral. Es claro que desde el punto de vista formal y material acto es lesivo a los intereses del trabajador.

El acto se encuentra viciado en aquellos casos en los cuales el trabajador ha asistido a un acto **sin contar con un patrocinio letrado**, sin que en el acta del acuerdo existieran elementos que hubieran permitido al Ministerio poder determinar si el monto abonado eran correcto, y generaba entonces, al menos, una presunción de justa composición de derechos e intereses entre las partes (punto que por su parte además se encuentra expresamente relacionado con el punto ii anteriormente citado).

Nuestros tribunales han sostenido que:

La referida omisión [la ausencia de patrocinio letrado obligatorio a favor del trabajador y de sus derechohabientes] vulnera gravemente el derecho de defensa del trabajador y de sus derechohabientes, pues le impide exponer cabalmente los hechos, ofrecer las pruebas y los argumentos jurídicos fundantes de su pretensión, realizar los actos procesales dentro de los plazos fijados y de conformidad con los requisitos técnico-jurídicos exigidos para su viabilidad.<sup>6</sup>

El fundamento de contar con un patrocinio letrado no es otro que el de la comprensión del trabajador del alcance y los efectos del acuerdo que está suscribiendo.

La lesividad de los derechos laborales conlleva a su vez la nulidad del acto, esto es, la invalidez formal y material para que el mismo haga cosa juzgada.

---

<sup>6</sup>Orsi, Elba Edith c/ Mapfre A.R.T. S.A., CNTrab., Sala V, 29.8.2008.

## 5 LA SITUACIÓN EN OTRAS PROVINCIAS. LA CONCILIACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

La República Argentina está conformada por un total de 23 provincias, y cada una de ellas al momento del dictado de la Constitución Nacional ha hecho reserva de dictar sus propias normas de procedimiento. Además cada una de ellas cuenta con un Ministerio de Trabajo provincial.

En estas provincias la situación no es muy diferente a lo que hemos planteado en el caso de la provincia de Buenos Aires, en donde las partes se presentan ante el Ministerio de Trabajo para intentar llegar a un acuerdo. No existe en ninguna de ellas un procedimiento laboral obligatorio previo como es el SECLLO, pero todas cuentan con una instancia de conciliación para poder llevarse adelante frente al Ministerio de la provincia, algunas con mayor desarrollo - como podría ser el caso de Mendoza - y otras con una posición menos activa.

Pero un caso interesante lo presenta la provincia de Córdoba, en donde el proceso judicial se inicia con una audiencia de conciliación. Así, en el art. 50 de la Ley de Procedimiento Laboral n. 7987 se establece una instancia previa a la contestación de demanda en donde se intenta el advenimiento de las partes, y en caso de arribar a un acuerdo sobre los hechos y las divergencias existentes entre ellas, se suscribe el mismo frente al Juez de Conciliación que actúa en la instancia y se le otorga el carácter de Cosa Juzgada. Incluso la norma prevé la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo parcial y continúen el proceso por los conceptos o rubros sobre los cuales mantuvieran sus diferencias. Esta instancia de conciliación se lleva adelante en audiencia oral y privada.

Este interesante sistema procedural, se encontraba en la vieja Ley de Procedimiento Laboral que regía en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>7</sup>, en donde hoy rige el SECLLO.

**El hecho de que la conciliación laboral previa se realice frente a un juez, como instancia previa, parece un mecanismo de**

---

<sup>7</sup>Y técnicamente en aquellos casos laborales de competencia federal.

**conciliación más protectorio que evitaría la existencia de casos de abusos, aunque, como contrapartida, los tiempos procesales que insume este procedimiento, resultan notoriamente superiores a los que plantea una instancia de conciliación previa.**

## **6 EFECTOS SECUNDARIOS EN LA CELEBRACIÓN DE ESTE TIPO DE ACUERDOS. EL PERJUICIO AL ESTADO**

Incluso estos acuerdos en muchas ocasiones perjudican no solo a los trabajadores sino también al propio Estado Nacional mediante diversas formas.

Un acuerdo celebrado por un trabajador con un empleador en el marco de un reclamo derivado de una relación laboral irregularmente registrada, comúnmente denominada “en negro”, trae aparejada una consecuencia disvaliosa para el Estado que además no ha sido parte integrante del “acuerdo”, perdiendo en consecuencia la posibilidad de percibir las sumas por aportes y contribuciones a la seguridad social que no se han realizado, como sí sucederían frente a una sentencia.

Si bien, y siguiendo en estos las palabras del autor Carlos Alberto Etala, la redacción de la norma nos da la certeza de que la autoridad administrativa o judicial debe remitir - en las situaciones previstas - las actuaciones a la AFIP, a la vez plantea dudas interpretativas con respecto a estos casos (ETALA, 2009, p. 71).

Y esta posición de dificultad interpretativa se abona con la posición en la que queda el Fisco ante el desconocimiento de los hechos por parte del empresario quien mediante la frase “[...] sin reconocer hechos ni derechos, y al solo efecto conciliatorio [...]” se libera de responsabilidad frente al Estado Nacional quien ya no puede discutir si ha existido una relación laboral entre las partes, más allá de lo que dispone el art. 44 de la ley 25.345 que establece:

En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios,

transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero **no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social**, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social.

Así se han expresado nuestros tribunales al decir que:

Dado que la contienda laboral se concilió sin que la accionada reconociera hecho ni derecho alguno, y antes de que se produjera la prueba, resulta improcedente remitir las actuaciones a la AFIP en los términos del art. 44 de la ley 25.345, pues la manifestación unilateral del trabajador respecto a su verdadera fecha de ingreso, que carece de todo respaldo probatorio, no alcanza para configurar los indicios a que se refiere la citada norma legal. (CNTrab., Sala III, 16.4.2007, DT - 2008- A - 61).

Si bien algunos juzgados cumplen con lo ordenado por la norma, remitiendo el expediente a la AFIP luego de un acuerdo conciliatorio, la realidad es que, a excepción de algunos juzgados laborales (como los pertenecientes al fuero en la provincia de Córdoba), la mayoría de los juzgados no lo hacen, perdiéndose en consecuencia un gran número de aportes previsionales que a lo largo de un tiempo perjudican finalmente al Estado, además, claramente de perjudicar al trabajador al momento de la solicitud de acceder a un beneficio previsional.

## 7 CONCLUSIÓN

Luego de realizar este breve análisis, que sin dudas merece una mayor extensión y profundidad, debemos concluir que el instituto de la conciliación solo debe ser aplicable a aquellos supuestos en los cuales existe una controversia en cuanto a los derechos reclamados. En consecuencia, será nulo todo acuerdo que disponga una renuncia a derechos laborales, a los que además podríamos denominar como “elementales”, de evidente legitimidad como es el caso de la liquidación final, el monto de las sumas indemnizatorias derivadas de los artículos 232, 233 y 245 LCT en los casos de despidos directos sin expresión de causa.

De la misma forma que se encuentra vedado que el actor renuncie a derechos laborales elementales durante el desarrollo de la relación laboral debe estarlo también que lo haga una vez finalizada el vínculo laboral que lo unía al empleador.

De acuerdo a lo aquí expuesto, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora, del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

La percepción de las sumas laborales que se encuentran reconocidas por ley constituyen un mínimo inderogable que delimitan parte de ese orden público infranqueable que no puede ser violado, y que si es violado debe ser recompuesto frente a la primer petición que formule el trabajador, motivo que aumenta la necesidad de hacer que los trabajadores posean la posibilidad de acceder a la justicia, dejándose de lado los plazos previstos por el derecho administrativo, materia en la que prima la búsqueda de la realidad formal por sobre la verdad material.

A modo de conclusión final, y a los fines de graficar lo expuesto, debemos concluir que para que se pueda estar frente a una conciliación laboral debe existir:

- 1) un litigio pendiente o eventual;
- 2) derechos del trabajador de carácter dudoso o incierto;
- 3) contar el trabajador con el debido asesoramiento legal;
- 4) que en el objeto del acuerdo existan concesiones recíprocas entre el empleador y su ex dependiente que impliquen una justa composición de derechos e intereses;

Entendemos que la ausencia de cualquiera de estos elementos tornarán nulo el acuerdo conciliatorio debiéndose tomar cuanto menos el pago efectuado por el empleador (o ex empleador) como un simple pago a cuenta en los términos del art. 260 de la LCT<sup>8</sup>.

## 8 REFERENCIAS

CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de Derecho Laboral.** Buenos Aires: Editorial Heliasta. [S.d].

CASTELLO, Alejandro. Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad. **Revista Derecho Laboral**, n. 229, Montevideo, 2008.

ETALA, Carlos Alberto. **Contrato de Trabajo.** Tomo 1. 6. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.

MANGARELLI, Cristina. **La transacción en el derecho del trabajo.** Montevideo: Editorial FCU, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Los derechos laborales en la Constitución Española.** Madrid: Editorial CEC, 1991.

RAMÍREZ BOSCO, Luis Ernesto. **Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada.** Obra colectiva. Dirección Jorge Rodríguez Mancini. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007.

---

<sup>8</sup>**Art. 260. Pago insuficiente.** El pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, y quedará expedita al trabajador la acción para reclamar el pago de la diferencia que correspondiere, por todo el tiempo de la prescripción”.

# **LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL LABORAL EN ESPAÑA**

**Alicia Fernández-Peinado Martínez\***

## **1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO**

En el ámbito de las relaciones laborales en España el ordenamiento jurídico prevé la necesidad de que las partes en conflicto lleven a cabo una serie de actuaciones previas a la iniciación proceso que tienen por finalidad la evitación a éste. Con ello el legislador pretende dotar de mayor economía procesal la actividad jurisdiccional. Por un lado, porque reacciona y responde con mayor rapidez a las demandas de los interesados y, por otro, porque, de este modo, es susceptible de proveer a las partes de una solución definitiva y consensuada<sup>1</sup>.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico es tal el protagonismo que los procedimientos de autocomposición de intereses tienen que el panorama puede resultar complejo, puesto que existen una pluralidad de medios de solución de conflictos tanto con carácter previo al proceso como insertos en su desarrollo. Por ello, es conveniente, abordar con carácter previo, siquiera brevemente, los diferentes mecanismos existentes.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), norma de referencia en el ámbito procesal, establece dos tipos de evitación del proceso. La reclamación administrativa previa (arts. 69 a 73 LRJS) y la conciliación y mediación previas (arts. 63 a 68 LRJS). Esta aportación únicamente

---

\*Profesora Ayudante Doctora, Universidad de Alicante.

<sup>1</sup>STS 27 de diciembre de 1996 (rec. 1223/1996).

se va a centrar en la conciliación y mediación previas, pues el medio típico de evitación del proceso, siendo la reclamación administrativa previa un instrumento que solo cabe cuando el sujeto demandado tiene naturaleza administrativa o de derecho público. Y es que la conciliación y mediación previas se configura como un presupuesto procesal general a todos los procesos, siendo su ausencia configurada como excepción (art. 64 LRJS).

Por otro lado, no debe confundirse la conciliación y mediación previas con la conciliación judicial a efectuarse antes del juicio oral (art. 84 LRJS), ni con la intentada por el juez durante el desarrollo del mismo (85.8 LRJS). En efecto, con carácter previo a la apertura del juicio oral, el legislador arbitra un nuevo intento de poner fin a la controversia por medio de la conciliación llevada a cabo por el Secretario Judicial, mediante una labor mediadora. Se ha de tener presente que a diferencia de la conciliación y mediación previas, la conciliación judicial forma parte del proceso y, por tanto, se rige por las reglas del mismo. Por otro lado, durante la celebración del juicio el juez o tribunal, una vez practicada la prueba y antes de las conclusiones, salvo que exista oposición de alguna de las partes, podrá suscitar la posibilidad de llegar a un acuerdo y de no alcanzarse el mismo en ese momento proseguirá la celebración del juicio.

## 2 LA CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN PREVIAS COMO PRESUPUESTO PROCESAL

Tradicionalmente la conciliación previa se conceptúa desde una triple perspectiva (MONTERO AROCA, 2000, p. 137 y ss.):

[...] como una actividad ordenada a la solución del conflicto con evitación del litigio; como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término; y como un presupuesto procesal.<sup>2</sup>

Por lo que hace a la consideración de la conciliación previa como una actividad, ésta se instituye como una técnica de solución de

<sup>2</sup>STS 17 de febrero de 1999 (rec. 1457/1998).

conflictos de trabajo basada en la autocomposición de intereses. Por su parte, una vez finalizada la conciliación previa “con avenencia” el resultado es un contrato de transacción en los términos del art. 1809 del Código Civil, esto es, un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Por último, la conciliación administrativa previa se configura como un presupuesto procesal o requisito previo sin el cual es proceso no es posible. En este sentido, el art. 80.3 LRJS, establece la obligación de que la demanda sea acompañada con la documentación justificativa de haberla intentado o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiesen celebrado o alegación de no ser necesarias ésta.

Se ha de tener presente que el carácter obligatorio de la conciliación administrativa previa no vulnera el derecho fundamental a tutela judicial efectiva tal y como ha reconocido el TC<sup>3</sup>. En efecto, a su juicio, la existencia de trámites previos al proceso como es el caso de la conciliación administrativa previa, es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por un lado, considera que son trámites justificados y proporcionados, puesto que tienen como finalidad proporcionar una solución extrajudicial del posible litigio beneficiosa tanto para las partes involucradas, que resuelven su problema de forma más rápida y acomodada a sus intereses, como para el sistema judicial en su conjunto, ya que supone disminuir su carga de trabajo. Y, por otro, porque en ningún caso impide el conocimiento judicial de la cuestión controvertida, tan solo su aplazamiento. En efecto, la conciliación pese a tener carácter obligatorio no supone un obstáculo para la iniciación del proceso, ya que la ley además de imponer plazos máximos para su celebración, los cuales, una vez que transcurren, permiten acceder al proceso, establece la subsanación de este trámite cuando se incumpla.

Así, cuando el intento de conciliación sea obligatorio para la tramitación del pleito y no se realizara, se incurre en un defecto procesal que resulta subsanable tal y como se desprende del art. 81 LRJS. A tenor del mismo, si se presentara la demanda sin la oportuna acreditación del intento de conciliación o mediación prejudiciales, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del interesado para que en el plazo de 15 días lo subsane. Es importante tener presente que si

---

<sup>3</sup>SSTC 3/1983 y 119/2007.

el trámite no se cumplió porque la conciliación no tuvo lugar, la parte actora podrá instar en ese mismo plazo la realización de la conciliación o mediación previas<sup>4</sup>, y que el trámite se tendrá por cumplido tanto si dentro de dicho plazo se celebra el acto y se acredita como si sólo se solicita y no es posible que tenga lugar antes de que finalice<sup>5</sup>. En efecto, a juicio del Alto Tribunal, esta interpretación flexible, se deriva tanto de la necesidad de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva como del propio texto legal, puesto que el art. 63 LRJS considera la conciliación como requisito previo “para la tramitación del proceso” y no como presupuesto para la admisión de la demanda.

Una vez acreditado el trámite, el iter procesal continuará con normalidad. Por el contrario, si la parte actora no subsanara el defecto, una vez transcurrido el plazo establecido al efecto, el Juez o Tribunal podrá decretar el archivo de las actuaciones.

Conviene tener presente que si, pese al carácter obligatorio de la conciliación preprocesal, no se apreciase su omisión y continuara la tramitación del proceso el incumplimiento del trámite podrá ser puesto de manifestó con posterioridad. Ahora bien, los efectos son diferentes en función del momento en que sea advertido el defecto. Si la falta de conciliación previa se constata durante la tramitación del proceso, antes de que se dicte sentencia, aunque la LRJS no lo prevea expresamente, parece lógico, atendiendo al carácter subsanable de este requisito, que el juez lo ponga en conocimiento de la parte actora a fin de que cumpla con el mismo en el plazo de 15 días, so pena de la declaración del nulidad y el correspondiente archivo de las actuaciones. Por su parte, si la ausencia de la conciliación y mediación previas tiene lugar una vez dictada sentencia, procederá el recurso de suplicación, pero únicamente cuando se haya formulado la protesta en tiempo y forma y haya dado lugar a indefensión (BAJO GARCIA, 2013).

### **3 EXCEPCIONES A LA CELEBRACIÓN DE LA CONCILIACIÓN PREVIA**

Como se sabe, la conciliación y mediación previa actúan con carácter general como presupuesto procesal, de modo que la no

<sup>4</sup>Tal y como estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 69/1997.

<sup>5</sup>Entre otras, STC 69/1997 y STC 199/2001.

celebración del acto determina la imposibilidad de iniciar el proceso. No obstante, en determinados supuesto no es preciso que tenga lugar, tal y como dispone del art. 64 LRJS. Las causas que motivan su excepción son de diversa índole: la naturaleza pública del empleador (supuestos en los que procede la reclamación administrativa previa); la propia naturaleza de la pretensión, que imposibilita que la controversia termine mediante una transacción, como ocurre en el supuesto de la indisponibilidad de la materia litigiosa (impugnación de la resolución administrativa por la que se deniega el depósito de los estatuto de un sindicato); o por razones de celeridad.

El listado contenido en el art. 64 LRSJ tiene carácter taxativo, por lo que la excepción a la conciliación y mediación prejudiciales únicamente operarán en los supuestos expresamente establecidos:

1. Los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma quedan eximidos de la celebración de la conciliación y mediación previas. En estos casos, la imposibilidad de la conciliación deviene de la realización de una actividad previa al proceso diferente, esto es, la reclamación administrativa y que actúa como equivalente de aquella. Estos procesos vienen señalados en el art. 69 LRJS y se caracterizan porque el sujeto demandado es el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, pero dependientes del mismo.

2. Conviene tener presente que en los procesos que versen sobre Seguridad Social, la conciliación previa no es exigible y ello aunque tampoco medie reclamación administrativa previa<sup>6</sup>. Es por ello que se afirma que para este supuesto la exclusión juega en virtud de la materia y no del sujeto demandado.

3. La impugnación del despido colectivo por parte de los trabajadores también queda exceptuado del requisito de la conciliación y mediación previas dado el carácter preferente y urgente que tiene el procedimiento especial en el que se ha de solventar la eventual reclamación (art. 64.1 LRJS)<sup>7</sup>. Además, las causas que motivan la

<sup>6</sup>El art. 71 LRJS preceptúa la reclamación administrativa previa cuando el sujeto demandado sea una Entidad Gestora o la Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>7</sup>La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modificó profundamente la regulación del despido colectivo, afectando, entre otros aspectos, su tratamiento procesal.

impugnación del despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores no pueden ser objeto de transacción, puesto que este ha de motivarse en la no concurrencia de la causa alegada por el empresario, en el incumplimiento del procedimiento de tramitación o en la concurrencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho<sup>8</sup>.

4. En los supuestos de impugnación de la decisión del empresarial de suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor la exclusión del requisito de conciliación y mediación previas responde a la necesidad de agilizar la adopción de estas medidas, ya que su interposición dilataría la resolución.

5. Los procesos relativos a la determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones también serán incoados sin necesidad de ir precedidos de la conciliación y mediación previas (art. 125 LRJS), ya que, como la propia norma indica, el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. De hecho, la vista deberá de celebrarse en los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia, sobre la que no cabe recurso, ha de ser dictada en el plazo de tres días (art. 126 LRJS).

6. La LRJS también exceptúa del requisito de conciliación administrativa previa los procesos relativos a materia electoral. El art. 76 ET dispone que las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en propio precepto y que la eventual impugnación del laudo arbitral que dirima la controversia puede ser objeto de reclamación ante la jurisdicción social por medio de la modalidad procesa especial prevista al efecto (art. 127 LRJS). Así, señala la norma, se someterán al arbitraje todas las impugnaciones relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la Mesa Electoral y las decisiones de ésta, y la atribución de los resultados, hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral. La única excepción es la denegación de inscripción, cuya reclamación puede plantearse directamente ante la jurisdicción social.

---

<sup>8</sup>En este sentido BAJO GARCIA, 2013.

Que las impugnaciones en materia electoral queden excluidas del trámite de la conciliación administrativa previa resulta lógico si se tiene en cuenta que la controversia ya ha sido sometida a un procedimiento arbitral que, como se sabe, tiene la misma naturaleza (procedimiento extrajudicial de conflictos) y, por tanto, finalidad que ésta, por lo que dilataría la resolución del litigio innecesariamente.

7. También por razones de celeridad y urgencia los procesos relativos a movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo quedan exentos del requisito de la conciliación previa (art. 138 LRJS).

8. Las controversias que versen sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente que se tramiten por el proceso especial regulado en los arts. 139 y siguientes LRJS. Como en los supuestos anteriores, la urgencia y preferencia que se le ha de dar a estos procedimientos motiva la exclusión de la conciliación administrativa previa.

9. El legislador ha estimado oportuno excluir del trámite de la conciliación administrativa previa los procesos iniciados de oficio (art. 148 LRJS) que, como se sabe, tienen como común denominador la protección de la figura del trabajador (como, por ejemplo, aquel proceso que se inicie cuando se aprecie dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de los acuerdos de suspensión del contrato de trabajo por causas técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor). De ahí que se justifique por ello la exclusión de la conciliación administrativa previa.

10. El proceso de impugnación de convenio colectivo también se incoa sin necesidad de interponer previamente la papeleta de conciliación. No obstante se han de diferenciar dos supuestos. Cuando la impugnación de un convenio colectivo se realice de oficio por la autoridad laboral no procederá la conciliación previa. Sin embargo, cuando la impugnación se lleve a cabo por los sujetos legitimados para ello, todo parece indicar la necesidad de celebrar el acto de conciliación con carácter previo al inicio del proceso. En efecto, como se sabe, en los supuestos de impugnación de un convenio colectivo por los sujetos legitimados, la modalidad procesal a aplicar es la de conflicto colectivo, para la que es preciso interponer la conciliación administrativa previa. Es por ello que en este supuesto se plantea la

duda de si es preciso interponer la papeleta de conciliación. Pues bien, parece que la jurisprudencia se ha decanta por entender que el acto de conciliación será exigible cuando se impugne un convenio colectivo por los sujetos legitimados para ello mediante el proceso especial de conflicto colectivo.

11. Para los supuestos de impugnación de los estatutos de un sindicato o de su modificación, la exclusión se basa en la especial tutela del derecho fundamental de libertad sindical que se encuentra implicado en estos casos.

12. En el proceso de tutela de derechos fundamentales la excepción de la conciliación prejudicial tiene su causa imposibilidad de transigir sobre derechos fundamentales, además del carácter preferente y urgente de este proceso especial.

13. El ejercicio de acciones laborales de protección contra la violencia de género tampoco se somete a la previa interposición de la papeleta de conciliación. Esta exclusión se justifica en la difícil situación en la que se encuentra la trabajadora que hace desaconsejable cualquier dilación.

14. El acceso a los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones tampoco requieren de la intento de conciliación previa. Exención que resulta coherente si se tiene en cuenta que en los mismos ya ha habido un intento de solución extrajudicial del conflicto que ha resultado fallido.

Además de los supuestos enumerados en el art. 64.1 LRJS, el mismo precepto en su apartado segundo, excluye la obligación de proceder a la conciliación previa cuando concurran dos circunstancias. En primer lugar, en aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al agotamiento de la vía administrativa y en ésta pudiera decidirse el asunto litigioso. Y, en segundo lugar, en los supuestos en que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

A pesar del carácter cerrado de la lista contenida en el art. 64 LRJS, lo cierto es que es posible identificar en el ordenamiento

jurídico dos supuestos adicionales. En primer lugar, las reclamaciones frente al Fondo de Garantía Salarial, no han de ir precedidas del intento del acto de conciliación. Y ello, porque las reclamaciones dirigidas contra el FOGASA se tramitan por medio de un procedimiento administrativo, por lo que resulta, por tanto, innecesario cualquier otro intento previo al proceso de solución de la controversia. Y, en segundo lugar, tampoco resulta pertinente la conciliación previa en los conflictos que puedan surgir entre la cooperativa y sus trabajadores, ya que la solución extrajudicial del conflicto en estos casos se provee por medio un procedimiento de conciliación específico denominado “vía cooperativa previa” (art. 87.3 de la Ley General de Cooperativas).

Por último, conviene tener presente que, aunque en los supuestos examinados la conciliación y mediación prejudiciales no son preceptivas, tampoco se prohíbe el recurso a este mecanismo. En efecto, cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, la LRJS reconoce a estos supuestos lo mismos efectos que para los casos en que ésta es obligatoria: la interrupción de los plazos de prescripción y la suspensión de los de caducidad. Ahora bien, para que se desplieguen estos efectos es preciso que las partes acudan de común acuerdo y en tiempo oportuno al intento de conciliación (art. 64.3 LRJS).

#### **4 ÓRGANOS COMPETENTES**

La conciliación y mediación previas puede plantearse ante distintos órganos (art. 63 LRJS): “el servicio administrativo correspondiente o el órgano que asuma estas funciones”. Por lo que hace al servicio administrativo correspondiente, aunque esta competencia en sus inicios fue ejercida por la Administración central del Estado a través Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC)<sup>9</sup>, en la

<sup>9</sup>Organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y que se regulaba por el Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas. El mismo fue suprimido por la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

actualidad corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales sean provisto de la correspondiente institución.

Al margen del servicio administrativo competente el legislador también reconoce que los órganos fruto de la negociación colectiva puedan conocer la conciliación y mediación prejudiciales. En concreto aquellos que tengan su origen en acuerdos interprofesionales sobre materias concretas de ámbito estatal o autonómico (art. 83.3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En adelante, ET)<sup>10</sup> y convenios colectivos estatutarios (art. 85 ET).

## 5 LOS SUJETOS DE LA CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN PREVIAS

Por lo que hace a la capacidad que han de ostentar las partes para celebrar el acto de conciliación, la LRJS no dice nada al respecto. Es por ello que resultan aplicables las previsiones contenidas en el RD 2756/1979. Así, a tenor del art. 5 de dicha norma, las partes o “interesados” (según la terminología del reglamento) deberán tener la capacidad exigida a los litigantes en el proceso laboral.

El interesado tiene la opción de comparecer en persona o por medio de un representante. Las formas de otorgar dicha representación, son, además de las habituales (poder notarial o por comparecencia ante los órganos judiciales), la designación mediante escrito del interesado en el que se designe específicamente al compareciente como representante o por simple comparecencia y manifestación del representante. En este último caso, es preciso que la otra parte acepte la representación previa aquiescencia del letrado conciliador (art. 9 RD 2765/1979).

## 6 INICIO Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Las reglas que han de regir la conciliación previa dependerán del órgano ante el que se planté. Si se efectúa ante una instancia

<sup>10</sup>Fruto de esta habilitación legal han surgido múltiples instrumentos convencionales al efecto. Así, a nivel estatal, cabe destacar el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial).

creada por la negociación colectiva, habrá que estar al procedimiento contenido en dicho acuerdo colectivo. Por su parte, si se incoa ante el correspondiente órgano administrativo o bien ante un órgano previsto en un acuerdo colectivo pero en el que no establecen reglas específicas en cuanto al procedimiento, las reglas aplicable son las previstas para el extinto IMAC en el Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación y su reglamento de desarrollo, el RD 2756/1979, de 23 de noviembre, de asunción de funciones por el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación. El análisis del procedimiento se va a centrar únicamente en este último supuesto.

La conciliación debe solicitarse dentro del plazo establecido para el ejercicio de la correspondiente acción mediante un escrito denominado papeleta de conciliación, que deberá hacer referencia a los siguientes aspectos (art. 6 RD 2756/1979): Los datos personales del que la presente y de los demás interesados y sus domicilios respectivos; lugar y clase de trabajo, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación; enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa su pretensión y cuantía económica, si se trata de una reclamación de cantidad; cuando se trate de reclamación por despido, se hará constar la fecha de éste y los motivos alegados por la empresa; y, por último, fecha y firma.

Se ha de tener en cuenta que a tenor del art. 80.1.c LRJS, en la demanda no es posible alegar hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación (salvo, claro está, los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad) por lo que, además de los datos expresamente señalados en el RD 2756/1979, será conveniente que la papeleta contenga aquellos extremos que pudieran ser relevantes en el posible proceso como, por ejemplo, en el caso de despido la fecha de efectos del mismo así como las circunstancias en que éste se produjo.

La solicitud de conciliación deberá de presentarse en el registro del organismo que vaya a celebrar el acto. No obstante, tanto el TC como el TS, en base a lo preceptuado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, admiten que la papeleta

se presente en cualquier oficina de correos<sup>11</sup> (art. 38.4.c) o en cualquier órgano administrativo de la Administración General del Estado, de la Administración Autonómica, o de alguna entidad que integre la Administración local si se hubiese suscrito el pertinente convenio<sup>12</sup>.

El escrito original se acompañará de tantas copias como demandados y dos más, una para el órgano administrativo encargado de la tramitación y otra para el propio interesado que le será devuelta fechada y sellada. Inmediatamente después de la presentación de la papeleta de conciliación, se procederá a la citación del interesado. Se ha de tener presente que la citación será válida aunque la reciba persona distinta al interesado (art. 6 RD 2756/1979).

La presentación de la papeleta de conciliación proyecta sus efectos sobre los plazos legalmente establecidos para el ejercicio de las acciones, ya que afecta al cómputo de los mismos a efectos de interposición de la demanda. En primer lugar, interrumpe los plazos de prescripción, cuyo cómputo se reiniciará una vez llevado a cabo el correspondiente trámite o, en cualquier caso, transcurrido el periodo de 30 días hábiles dentro del cual debe de celebrarse la conciliación sin que esta tenga finalmente lugar (art. 65.2 LRJS). El nuevo plazo de prescripción comenzará a computar a partir del día en que tuvo lugar el acto de conciliación sin alcanzar avenencia<sup>13</sup>. Y, en segundo lugar, se suspenden los plazos de caducidad, reanudándose su cómputo al día siguiente de intentada la conciliación o cuando hayan transcurrido quince días hábiles sin que se haya celebrado.

En principio y como se desprende del art. 65 LRJS, la celebración del acto de conciliación, cuando se trate de acciones sometidas a plazo de caducidad deberá tener lugar dentro de 15 días hábiles siguientes a su solicitud (sin que tengan tal consideración los sábados) o 30 días hábiles, cuando se trate acciones sometidas a un plazo de prescripción. En todo caso, transcurrido el tiempo previsto para su celebración sin que esta tenga lugar o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma se dará por terminado y cumplido el trámite.

Llegado el día fijado en la citación, las partes deberán comparecer ante el órgano encargado. Se levantará acta en la que se

<sup>11</sup>STC 77/2003.

<sup>12</sup>STS de 31 de enero de 2003 (rec. 2435/2002).

<sup>13</sup>STS de 2 de diciembre de 2002 (rec. 738/2002).

documentará el resultado obtenido. Dicha acta será firmada por el letrado conciliador así como por los comparecientes a los que se les entregará una copia. Conviene tener presente el legislador permite las partes pueden delegar en otra persona que los represente.

## 7 EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN

Los efectos del acto de conciliación son diferentes en función de su resultado: si comparecen las partes, este podrá finalizar con o sin avenencia. Por el contrario, si ninguna o sólo alguna de las partes no acuden, las consecuencias variarán según el sujeto ausente en el mismo.

En caso de que no se presente el solicitante, el ordenamiento jurídico preceptúa que se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación y se archivarán las actuaciones (art. 66.2 LRJS). Este resultado proyecta sus efectos sobre el plazo para la presentación de la correspondiente demanda, ya que al considerarse que no se presentó no da lugar a la interrupción del plazo de prescripción o a la suspensión del plazo de caducidad. No obstante, cuando la ausencia del solicitante se deba a una causa justificada y así lo acredite, de existir plazo suficiente podrá ser nuevamente citado para un nuevo acto de conciliación. Si no se pudiera celebrar la conciliación y la ausencia responde a una causa justificada, la doctrina jurisprudencial viene entendiendo cumplido el preceptivo trámite<sup>14</sup>. Para el supuesto de que fueran ambas partes las que no se presentaran, los efectos previstos serán los mismos para el caso de que se ausentara el solicitante.

Cuando la incomparecencia se deba a la falta de citación o a la citación defectuosa realizada por el órgano administrativo competente, la decisión de archivar las actuaciones sitúa al demandante en una situación de indefensión<sup>15</sup>. Así mismo, el archivo de las actuaciones por tener por no comparecido al demandante que se presentó con el Documento Nacional de Identidad caducado<sup>16</sup> o por no reconocer la representación la parte contraria<sup>17</sup> resultan desproporcionados.

<sup>14</sup>STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 1994.

<sup>15</sup>STC 1/1983 y STS de 17 de febrero de 1999.

<sup>16</sup>STC 350/1993.

<sup>17</sup>STC 354/1993.

Si la situación fuera la opuesta, esto es, que quien no compareciera fuera la parte demandada, se entenderá intentada sin efecto, haciéndose constar así en el acta. De este modo, la vía judicial queda abierta, pudiendo el interesado presentar la correspondiente demanda. La incomparecencia del demandado sin justificación en el acto de conciliación también produce efectos más allá del acto administrativo, puesto que si finalmente se produce el juicio y la sentencia coincide en lo esencial con lo solicitado en conciliación, éste tendrá que soportar las costas del proceso además de una posible sanción por temeridad (art. 97.3 LRJS). Si la falta de comparecencia de la parte demanda se debe a la falta de notificación o a su realización defectuosa la jurisprudencia considera que no se genera indefensión, puesto que si tiene interés en conciliar puede llegar a un acuerdo en la conciliación judicial que tiene lugar ante el Secretario judicial con carácter previo a la celebración del juicio. Por tanto, no procederá la declaración de nulidad de las actuaciones<sup>18</sup>.

Cuando al acto de conciliación acuden ambas partes, éste puede finalizar “sin avenencia”, es decir, sin acuerdo, de modo que la parte demandante es libre para plantear su pretensión en vía judicial o “celebrado con avenencia”, reflejándose en el acta el acuerdo alcanzando. En este último caso, el solicitante no podrá instar el proceso judicial, puesto que la controversia se tendrá por resuelta. En efecto, el acuerdo alcanzado en conciliación o mediación tiene la consideración de título ejecutivo sin necesidad de revisión o ratificación ante el órgano jurisdiccional (art. 68.1 LRJS).

Es conveniente tener presente que el acuerdo de conciliación podrá ser impugnado por tanto por las propias partes mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos como por terceros que pudieran de sufrir perjuicios por aquél con fundamento en su ilegalidad o lesividad. Además de los motivos ya citados, se puede identificar otra causa por la que el acuerdo de conciliación puede ser objeto de impugnación: cuando no se respete el principio de indisponibilidad de derechos contenido en el art. 3.5 ET. Como se sabe el ET establece como principio aplicativo de Derecho del Trabajo que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos

---

<sup>18</sup>SSTS de 28 de febrero de 1986 y 23 de noviembre de 1989.

por disposiciones legales de derecho necesario ni de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Aunque la dicción del precepto resulta un tanto confusa, parece aceptado de forma general que el alcance de dicha prohibición se ciñe a la renuncia de derechos, esto es, a un acto jurídico abdicativo unilateral y gratuito y que, por tanto, resultan lícitos actos dispositivos como la transacción en la que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (art. 1809 Código Civil). En conclusión, no sería lícito aquel acuerdo en el que el trabajador renunciase a su pretensión. Ahora bien, cabe plantearse si sería válida la transacción en la cual el trabajador, tras obtener parte de su pretensión, aceptara una cláusula por la que se comprometiera a no reclamar nada más a su empresario. En mi opinión, puede ser posible que dicha cláusula afectase gravemente a la validez del acuerdo, ya que el objeto de todo contrato debe ser determinado o determinable sin la celebración de un nuevo acuerdo (1273 Código Civil).

El plazo de caducidad para ejercitar la impugnación es de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos y comenzará a computar al día siguiente a aquel en que se adoptó el acuerdo, excepto para los posibles perjudicados, ya que para estos el plazo comenzará a contar desde que los pudieran haber conocido. El órgano competente para conocer la impugnación del acuerdo de conciliación será el órgano o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o mediación (art. 67 LRJS).

## 8 CONCLUSIONES

Es claro que el legislador con la institución de la conciliación y mediación previas pretende dotar de mayor economía al proceso laboral. Por un lado, configurando este paso como obligatorio para su tramitación. Y, por otro, flexibilizando notoriamente el acceso a esta instancia como, por ejemplo, pone de manifiesto la posibilidad de que las partes puedan ser representadas sin necesidad de especiales exigencias formales. Ahora bien, la pregunta inevitable es si la conciliación y mediación previas contribuyen de forma efectiva a la resolución de las

controversias laborales. Respuesta que ha de obtenerse a la luz de las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>19</sup>.

Si atendemos a los datos publicados por el Ministerio para el año 2014 (último del que se han proporcionado datos globales) es fácil constatar el volumen de procedimientos finalizados con avenencia. De 460.609 procedimientos iniciados, 120.399 finalizaron con avenencia, es decir, un poco más del 26% de las conciliaciones intentadas. La tasa de éxito podría parecer baja, pero si se confronta con las estadísticas de los años precedentes es inevitable apreciar un aumento significativo de acuerdos en esta sede. En efecto, los datos arrojan la cifra de un incremento del 2% respecto del 2013, de un 8% respecto de la tasa de éxito en el 2012 y de 15 puntos en relación al 2011.

La razón del creciente éxito de la conciliación previa a la vía judicial, pudiera pensarse que está en el cambio legislativo operado en el año 2011. En efecto, en dicho año la LRJS, sustituyó a l Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin embargo, las modificaciones legales operadas respecto a la conciliación previa fueron mínimas.

Y si la promulgación de la nueva LRSJ no justifica este cambio de tendencia ¿cuál ha sido el motivo? Pues bien, si se analizan los datos estadísticos desglosados por tipo de procedimiento es fácilmente apreciable un aumento significativo de los intentos de conciliación previa por despido terminados con avenencia desde el 2012:

	Total despidos	Con avenencia	Porcentaje
<b>2010</b>	147.501	35.381	23,98%
<b>2011</b>	146.904	31.710	21,58%
<b>2012</b>	207.894	72.362	34,79%
<b>2013</b>	244.709	105.948	43,29%
<b>2014</b>	220.095	101.426	46,08%

<sup>19</sup>Las estadísticas pueden consultarse en el siguiente enlace: <<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/MAC/Welcome.htm>>.

Como se sabe, en el año 2012 hubo una importante reforma laboral en España que, entre otros extremos, incidió significativamente sobre el régimen jurídico del despido<sup>20</sup>. Por lo que aquí interesa - ya que podría proporcionar una razón plausible que explicase el aumento de conciliaciones previas finalizadas con éxito -, los efectos derivados de la declaración de improcedencia del despido fueron uno de los aspectos que mayores cambios experimentó. No sólo porque el módulo para el cálculo de la indemnización por despido improcedente varió, sino, y aquí está el *quid* de la cuestión, porque los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación fueron reducidos.

En efecto, como se sabe, en caso de que el despido sea declarado improcedente en sede judicial el empresario tiene la opción de optar entre la readmisión del trabajador o mantener su decisión inicial, esto es, dar por finalizada la relación de trabajo, debiendo en este caso abonar la correspondiente indemnización al trabajador. Pues bien, antes de la reforma operada por la Ley 3/2012, en caso de que el despido fuera declarado en sede judicial improcedente, el trabajador tenía derecho a percibir cualquier que fuera la decisión del empresario los denominados salarios de tramitación que equivalen a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Que el trabajador tuviera asegurado en caso de la declaración de improcedencia del despido la percepción de los salarios de tramitación, podía actuar como aliciente para acudir a la vía jurisdiccional, puesto que contaba con la posibilidad de obtener una cuantía adicional respecto de la que le correspondía en concepto de indemnización por despido improcedente.

Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, el panorama ha cambiado radicalmente. Así, si, tras la declaración de improcedencia del despido, el empresario decide mantener su decisión extintiva, el trabajador únicamente tiene derecho a la indemnización por despido improcedente y no se genera a su favor el derecho a los salarios

<sup>20</sup>Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

de tramitación. Si, por el contrario, el empresario decide readmitir al trabajador sí los percibirá (art. 56 ET).

La supresión de la obligación del pago de los salarios de tramitación en caso de que el empresario opte por la extinción indemnizada cuando el despido sea declarado por el juez como improcedente, puede dar a lugar a que los trabajadores en el inevitable análisis de coste/oportunidad entiendan poco ventajoso dilatar la solución de la controversia más allá del acto de conciliación.

Pues bien, si se tienen en cuenta la incidencia que las reclamaciones por despido tienen respecto del volumen total de intentos de conciliación previa (por ejemplo, en el año 2014 de 460.609 reclamaciones, 220.095 fueron por despido, esto es, el 47,78% de los asuntos) y el alto índice de acuerdos con avenencia en estos supuestos (el 46,08% de los procedimientos por despido y el 22,01% si se tiene en cuenta el total de los procedimientos), es fácilmente explicable el aumento de la tasa de procedimientos terminados con avenencia en los últimos años.

## 9 REFERENCIAS

BAJO GARCIA, I. La evitación del proceso. en AA.VV. **El proceso laboral**. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. Versión *on-line*.

MONTERO AROCA, J. **Introducción al proceso laboral**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

## **SOLUÇÃO EXRAJUDICIAL DE CONFLITOS TRABALHISTAS NA ITÁLIA**

**Cristiane Montenegro Rondelli\***  
**Eliana dos Santos Alves Nogueira\*\***

### **1 BREVE INTRODUÇÃO**

A natureza dos conflitos trabalhistas é sempre a mesma, pouco importando o espaço geográfico onde se apresentem. Isso significa dizer que o tecido social que permeia as relações de trabalho possui sempre a mesma natureza e reclama em todas as hipóteses meios pacíficos de solução, que sejam, ao mesmo tempo, válidos, céleres, eficazes e efetivos.

É fato, também, que o Poder Judiciário enquanto órgão estatal incumbido de solucionar as controvérsias jurídicas que se lhe apresentam, não consegue atender com a rapidez necessária tais conflitos. Tal fato é verídico tanto no sistema brasileiro quanto no sistema italiano. E não só a rapidez é entrave. Também a busca pela recomposição do direito violado muitas vezes se perde no caminho processual, normalmente árduo, demorado e repleto de procedimentos

---

\*Juíza do Trabalho Titular da 2<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Americana/SP. Mestre em Direito do Trabalho. Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social junto à Università La Sapienza - Roma/Itália.

\*\*Juíza do Trabalho Titular da 2<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Franca/SP. Professora Assistente junto ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp - Franca/SP. Licenciatura em Filosofia pela PUC/MG. Mestre em Direito do Trabalho pela Unesp - Franca/SP. Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social junto à Università La Sapienza - Roma/Itália.

que, por vezes, inviabilizam a efetividade da decisão judiciária, a exemplo do processo de execução trabalhista.

E, neste panorama, ganha relevo a conciliação e a mediação como formas de solução dos conflitos trabalhistas. No entanto, como o Poder Judiciário não consegue dar vazão em tempo adequado às demandas, é recorrente a ideia da conciliação e mediação fora do sistema do judiciário, seja de modo prévio à jurisdição, seja durante o processamento judicial.

Ao se pensar em formas extrajudiciais para solução dos conflitos, sobretudo os trabalhistas, podemos, desde já, dividir as opiniões entre os entusiastas, que outorgam à conciliação e à mediação o papel de salvadoras da pátria, ou os que se desesperam com a simples menção da possibilidade de outorgar a terceiros a possibilidade da solução de lides trabalhistas fora da proteção do sistema judiciário ou sem sua chancela.

A realidade brasileira já nos mostrou que a conciliação efetuada fora do sistema judiciário, com a malograda experiência das Comissões de Conciliação Prévias, não se apresentou como modelo mais adequado. Atualmente discute-se a possibilidade da conciliação e da mediação a cargo de terceiros, a partir da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro, que com a recente Emenda n. 2, de 8 de março de 2016, passou a prever a possibilidade da conciliação e mediação por Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, embora os debates atuais sejam no sentido de que referida normativa não se aplique à Justiça do Trabalho, por falta de menção expressa.

Partindo deste cenário, neste breve ensaio procuraremos expor a experiência italiana referente à adoção de meios extrajudiciais para solução dos conflitos judiciais, notadamente os trabalhistas. Para este estudo, partiremos da evolução da legislação italiana, passando pelas Diretivas Europeias nos temas de mediação e conciliação como soluções alternativas às lides judiciais. Verificaremos como a Itália buscou fazer atuar, no direito interno, referidas diretivas, tanto na área trabalhista como na área civil e comercial.

Será analisada a experiência italiana, de pouco mais de 12 (doze) anos da conciliação obrigatória em matéria trabalhista.

Outro tema de relevo refere-se ao atual projeto de lei que visa reformar o Código de Processo Civil italiano, na parte que

trata da solução extrajudicial de conflitos, estendendo aos conflitos trabalhistas a possibilidade de “negociação assistida”, realizada através dos advogados.

Por fim, e já em sede de apontamentos finais, pretendemos analisar dentro de um panorama transoceânico, as perspectivas reais para adoção de meios alternativos para solução de conflitos trabalhistas, considerando que, conforme já apontamos, a realidade que reclama atuação jurisdicional para solução de tais conflitos é exatamente a mesma, pouco importando de que lado do oceano estamos.

## 2 NOTAS HISTÓRICAS DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ITALIANA

Em um breve panorama histórico da legislação italiana, no que diz respeito aos meios extrajudiciais para solução de conflitos no direito, podemos apontar como primeira atividade conciliatória o *collegio dei probiviri*<sup>1</sup>, previsto na Lei n. 295, de 15 de junho de 1893. Este

<sup>1</sup>O *collegio dei probiviri* (colégio dos probos ou colégio dos honestos) possui seu valor histórico porque, embora abolido, assim como todas as outras formas de jurisdição especial para solução das controvérsias individuais e coletivas de trabalho, o estudo de sua competência possui relação com a complexa e unitária competência da magistratura do trabalho e indica o progresso neste campo do direito público. Este colégio foi criado sob o modelo francês e belga. Uma comissão nominada a 3 de fevereiro de 1878, para verificar as frequentes causas das greves, apresentava já a sugestão da constituição do colégio dos probos, o que foi feito pela Lei n. 293 de 15 de janeiro de 1893. Referida lei previa a nomeação, por decreto real, a partir de proposta dos ministros da Justiça e do Comércio e Agricultura, do colégio para a conciliação das controvérsias entre empreendedores e operários e também entre operários, nos locais onde existiam fábricas ou empresas industriais, para cada indústria ou grupo de indústrias afins. Estes colégios deveriam ser paritários e possuir um presidente nomeado entre pessoas estranhas às empresas interessadas, escolhido entre os funcionários da justiça, ou entre pessoas idôneas ao encargo de conciliador, em quantidade igual de empregadores e operários, eleitos pelos componentes das respectivas categorias, em número não inferior a 10, nem superior a 20. Podiam ser objeto de conciliação o salário pactuado ou a pactuar, pagamento por trabalho já concluído, a concluir ou em curso, eventuais imperfeições em obra contratada, compensação relativa a mudança efetuada em matéria-prima ou no modo de execução da obra, horário de trabalho, resolução do contrato de trabalho e qualquer questão relacionada à indenização pelo abandono do trabalho e pela demissão, valoração dos danos causados ao empregado em razão do trabalho ou pelo empregado a objetos da empresa. Esse mesmo colégio

é considerado o primeiro órgão em que os princípios da conciliação, oralidade, imediatidate, concentração dos atos e publicidade já estavam presentes. Este primeiro tipo de conciliação perdurou até 1928, quando foi revogada pelo Decreto n. 471, de 26 de fevereiro. Foi criada, então, a figura do pretor, que decidia as questões em sede judicial, assistido por especialistas. A tentativa de conciliação permaneceu obrigatória neste período.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 1942, a conciliação facultativa novamente é encontrada nos textos legais, já que, com a queda do regime corporativo, a característica da obrigatoriedade da conciliação é reduzida e ela aparece apenas como uma das hipóteses de natureza facultativa para solução dos conflitos.

Em 1943 (Lei n. 1443, de 28 de outubro de 1943) foram abolidos os especialistas, e o juiz ordinário passou a dirimir as questões trabalhistas com as regras do processo civil ordinário, mas algumas características do processo do trabalho permaneceram, como o poder instrutório de ofício e a tentativa obrigatória de conciliação. Em 1950, com a Lei n. 581, o processo do trabalho voltou a ser regulamentado. Com o fim da Segunda Guerra foram eliminadas as sessões especializadas.

Nos anos 1970 houve outra mudança, motivada pelo forte movimento sindical que resultou, principalmente, na criação do **Statuto dei Lavoratori**, pelo qual vieram atribuídas funções de conciliação aos ofícios provinciais e regionais do trabalho, com referência às controvérsias em matéria de dispensa individual do trabalhador e as

---

era competente para decidir, em via contenciosa, mas sempre depois da infrutífera conciliação, sobre a mesma matéria, quando o valor da ação não superasse duzentas liras (majoradas para mil liras em 20 de março de 1921, Lei n. 303). Cada colégio dos probos possuía um órgão para conciliação e outro para ações judiciais. As decisões judiciais dos probos não eram sujeitas a recurso, salvo, no prazo de 10 dias da notificação da sentença, por motivos de incompetência ou por excesso de poder. Nestes casos, o conhecimento sobre a alegação era enviado ao pretor ou ao tribunal, conforme o valor da controvérsia. A lei de 3 de abril de 1926, que criou a magistratura do trabalho, destinou a esta a decisão sobre tais apelos e, acolhendo decisão do Grande Conselho do fascismo, o Decreto Lei n. 471, de 26 de fevereiro de 1928, aboliu os colégios dos probos e determinou que a resolução das controvérsias passasse a ser efetuada apenas pelos pretores e tribunais, agindo como juízes do trabalho, no limite de sua competência ordinária, em razão do valor de cada causa. Bibl.: **Massimario della giurisprudenza dei probiviri**, Roma 1912, con introd. di E. Redenti; PERGOLESI, 1929, p. 57 segg.; JÄGER, 1929.

derivadas da aplicação de sanção disciplinar (art. 7 da Lei n. 300, de 20 de maio de 1970). Permaneceram os princípios do processo do trabalho como a conciliação, concentração dos atos, oralidade e poder instrutório do juiz e foram criadas as sessões especializadas em Direito do Trabalho.

O instituto da conciliação sofreu uma nova e importante modificação em decorrência da Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973, que reformou o processo do trabalho. Neste caso, a modificação referiu-se à possibilidade de que a tentativa extrajudicial de conciliação fosse efetuada, em caráter facultativo, tanto em sede administrativa quanto em sede sindical.

As intervenções legislativas da reforma de 1998, especificamente os Decretos Legislativos n. 80/1998 e n. 387/1998, introduziram uma profunda modificação neste sistema, ou seja, o instituto da conciliação em matéria de trabalho passou a ser obrigatório e dotado de uma específica relevância sobre o plano processual. As partes não poderiam dirigir-se ao juiz sem antes tentar resolver a controvérsia de modo extrajudicial (considerada condição para processamento da ação judicial). O objetivo do legislador foi criar um mecanismo alternativo eficaz à via judicial, para descongestionar a Justiça. No ano de 2001 este mesmo mecanismo foi estendido às controvérsias de trabalho no setor público, com algumas diferenças procedimentais.

Posteriormente, a lei do **Collegato Lavoro**, Lei n. 183, de 4 de novembro de 2010, que entrou em vigor em 24 de novembro de 2010, extinguiu a tentativa obrigatória de conciliação, excetuando apenas os contratos certificados com base no Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2003, para os quais permaneceu a obrigatoriedade da prévia tentativa de conciliação<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>A certificação dos contratos de trabalho refere-se ao procedimento voluntário estabelecido pelo art. 75 do Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2003, com a finalidade de reduzir o contencioso em matéria de qualificação dos contratos de trabalho intermitentes, repartidos, a tempo parcial e a projeto, bem como contratos de associação em participação de que tratam os arts. 2.549 e 2.554 do Código Civil. Através deste procedimento, que deve ter curso perante as Comissões de Certificação que atuem junto a órgãos denominados “Direzioni provinciali del lavoro”, “Provincie”, Universidades, Ministério do Trabalho e Conselhos Provinciais dos Conselentes de Trabalho, as partes podem obter o reconhecimento de validade do contrato, e produz efeitos não apenas entre as partes,

Quanto à especialização dos juízes do trabalho, os professores Piero Sandulli e Angelo Matteo Socci reconhecem que o juiz do trabalho tem que ter uma capacidade organizativa, de síntese e gestão do processo superior a outros juízes, enfatizando que isso nem sempre é possível em consequência das deficiências do rito e da estrutura (SANDULLI; SOCCI, 2010, p. 36).

Quanto ao procedimento da conciliação, é o art. 410 do Código de Processo Civil Italiano<sup>3</sup> define o procedimento para a

---

mas também perante terceiros (fisco, administração pública, ente previdenciário). O efeito dela é a nulidade de qualquer ato que pressuponha outra qualificação para o contrato, até decisão de mérito em processo judicial que possa invalidá-lo, que, contudo, apenas pode ser promovido em situações nas quais ocorra deformidade entre o programa negocial certificado e a sua atuação real. O art. 80, § 4º, do mesmo Decreto, disciplina que qualquer ação judicial que vise discutir a certificação do contrato deve, previamente, recorrer à Comissão de Certificação que o certificou, para tentativa de conciliação obrigatória.

<sup>3</sup>Art. 410, Código de Processo Civil Italiano (tradução livre):  
Tentativa de conciliação.

Quem pretende propor uma demanda em juízo relativa aos contratos previstos no art. 409 pode promover, também perante a associação sindical à qual é filiado ou outorga mandato, uma tentativa prévia de conciliação junto à comissão de conciliação individuada segundo os critérios do art. 413. O pedido de tentativa de conciliação interrompe a prescrição e suspende, durante o período destinado à tentativa de conciliação e pelos vinte dias seguintes à sua conclusão, o decurso de qualquer prazo de decadência. As comissões de conciliação são instituídas junto à Direção Provincial de Trabalho. A comissão é composta pelo diretor do mesmo ofício ou de um delegado ou de juiz aposentado, na qualidade de presidente e de quatro representantes efetivos, quatro suplentes indicados pelos empregadores, bem como por quatro representantes efetivos e mais quatro suplentes indicados pelos trabalhadores, designados pelas respectivas organizações sindicais mais representativas a nível territorial.

As comissões quando entenderem necessário, podem confiar a tentativa de conciliação à própria subcomissão, presidida pelo diretor da Direção provincial do trabalho ou de um seu delegado, respeitando a composição do parágrafo anterior. O pedido da tentativa de conciliação, subscrita pelo requerente, deve ser apresentada ou encaminhada mediante aviso de recebimento. Cópia do pedido de conciliação deve ser apresentada ou expedida com aviso de recebimento e recibo de devolução, a cargo da parte solicitante à outra parte.

O requerimento de conciliação deve indicar: 1) nome, sobrenome e residência do requerente e do requerido; se o requerente ou o requerido forem pessoas jurídicas, o requerimento deve indicar a denominação da empresa onde está a sede; 2) o lugar onde o contrato de trabalho foi firmado ou onde se encontra a empresa à qual era vinculado o empregado ou onde ele prestava serviços no final do contrato de trabalho; 3) o lugar para onde deve ser encaminhada a comunicação da parte

tentativa conciliatória facultativa, válida tanto para o setor privado, quanto para o setor público. Referido artigo aplica-se para as conciliações em sede trabalhista, mencionando expressamente as causas de natureza trabalhista previstas no art. 409 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

contrária; 4) a exposição dos fatos e das razões que fundamentam o requerimento. Se a parte contrária deseja aceitar o procedimento de conciliação, deve depositar junto à comissão de conciliação, dentro de vinte dias a contar do recebimento da cópia do requerimento, uma memória que contenha a defesa, a matéria de fato e de direito, além de eventual reconvenção. Caso a parte contrária não se manifeste, qualquer das partes é livre para procurar a autoridade judiciária. No prazo de 10 dias sucessivos ao depósito da defesa, a comissão fixa a data para as partes comparecerem à tentativa de conciliação, que deve ocorrer nos trinta dias sucessivos. Perante a comissão, o trabalhador pode fazer-se assistir por uma associação à qual é filiado ou confere mandato. [...]

5. A conciliação da lide por parte de quem representa a administração pública, também em sede judicial, nos termos do art. 420, parágrafos primeiro, segundo e terceiro, não pode render lugar à responsabilidade, salvo em casos de dolo ou culpa grave.

6. A renúncia e a transação (1966), que tenham por objeto direitos dos trabalhadores decorrentes de disposição inderrogável de lei e do contrato ou acordo coletivo relativo ao contrato do qual trata o art. 409 do Código de Processo Civil, não são válidos. A impugnação deve ser proposta, sob pena de decadência, dentro de seis meses da data do fim do contrato ou da data da renúncia ou da transação, caso tal tenha ocorrido após a cessação do contrato de trabalho. A renúncia e a transação, dos quais o parágrafo anterior trata, podem ser impugnadas por qualquer ato escrito, ainda que extrajudicial, do trabalhador, idôneo a manifestar sua vontade. As disposições do presente artigo não se aplicam à conciliação ocorrida nos termos dos arts. 185, 410, 411, 412-ter 3 412 quarter do Código de Processo Civil.

7. Art. 6. Oferta de conciliação. 1. Em caso de dispensa de trabalhadores dos quais trata o art. 01, com a finalidade de evitar ação judicial e restando possível às partes qualquer modalidade de conciliação prevista pela lei, o empregador pode oferecer ao trabalhador, até o prazo final da impugnação final da dispensa, em uma das sedes das quais trata o art. 2113, parágrafo quarto, do código civil, e do art. 76 do Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2003, e sucessivas modificações, um valor que não constitui valor tributável ao fim de imposto de renda da pessoa física, nem da contribuição previdenciária, no montante igual a um salário de referência para o cálculo do tratamento de fim de contrato de trabalho por cada ano de trabalho, em valor nunca inferior a dois e não superior a dezoito salários, mediante entrega ao trabalhador de um cheque administrativo. A aceitação do cheque em tal sede, por parte do trabalhador, comporta a extinção do contrato à data da dispensa e a renúncia à impugnação da dispensa ainda que o trabalhador já tenha apresentado referida impugnação. As eventuais somas posteriores pactuadas na mesma sede conciliativa para efeito de encerrar qualquer outra pendência derivante do contrato de trabalho, ficam sujeitas ao regime fiscal ordinário.

<sup>4</sup>No tocante à estrutura do Poder Judiciário Italiano, não existe a Justiça do Trabalho

Permanece no ordenamento jurídico italiano, entretanto, a possibilidade de se negociar eventuais créditos trabalhistas ao final do contrato de trabalho perante as entidades sindicais paritárias conforme previsto no art. 2.113 do Código Civil Italiano.

Do ponto de vista procedural, a lei Fornero, Lei n. 92/2012, foi a última importante mudança processual prevendo um rito sumário em casos de dispensa do trabalhador.

Em recente mudança legislativa em toda a matéria trabalhista italiana, cuja lei originária é denominada **Jobs Act**, houve a expressa previsão de conciliação extrajudicial também no término contratual. A fim de regulamentar o **Jobs Act**, novas regras processuais foram criadas para readequação do processo ao direito material, principalmente para abranger a demanda após a extinção da estabilidade. Uma das normas que visam regulá-lo é o Decreto Lei n. 23/2015, que prevê em seu art. 6º a possibilidade de se negociar os créditos mediante uma indenização prevista entre dois e dezoito meses de salário, com parâmetros para negociação.

É importante ressaltar que em todos os instrumentos legais que visaram regular a matéria processual, aplicável às demandas trabalhistas, sempre houve a exigência da celeridade e sempre esteve presente a ideia da conciliação, ora obrigatória, ora facultativa.

A fim de melhor compreender a movimentação da legislação italiana, passaremos a analisar as Diretivas Europeias em matéria de meios extrajudiciais para solução de conflitos e, em seguida, analisaremos as intervenções legislativas de 1998 que passaram a exigir a conciliação prévia para os procedimentos, bem como os motivos do falimento de tais iniciativas, e por fim as recentes alterações legislativas e as que podem ser ainda inseridas no ordenamento jurídico italiano, partindo de específico projeto de lei em andamento.

---

Especializada, mas existem sessões especializadas em Direito do Trabalho, que funcionam junto aos juízes cíveis no primeiro grau. Por meio de leis específicas são definidas as condições para instalação das sessões especializadas e designação de juízes. É importante pontuar que na Itália as carreiras do Ministério Público e da Judicatura fazem parte, ambas, da carreira da Magistratura. O ingresso é único e é possível que tanto o juiz quanto o procurador, uma vez admitidos por concurso, possam alterar suas funções, passando de uma carreira a outra, num máximo de 4 vezes durante cada carreira individual.

### **3 AS RECOMENDAÇÕES E DIRETIVAS EUROPEIAS A RESPEITO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO (Recomendação 98/257/CE de 30 de março de 1998, Recomendação 2001/310/CE de 4 de abril de 2001 e Diretiva 2008/52/CE de 21 de maio de 2008)**

Levando em consideração o papel das Recomendações e Diretivas Europeias dentro do modelo da União Europeia, passaremos a analisar, brevemente, as relativas ao incentivo do uso de meios extrajudiciais para solução de conflitos. Tais diretivas e recomendações são importantes porque elas traçam as linhas mestras das soluções extrajudiciais de conflitos no âmbito dos países que compõem a União Europeia e, dentre eles, a Itália.

#### **3.1 Recomendação 1998/257/CE, de 30 de março de 1998**

Referida Recomendação traça os princípios a serem seguidos pelos organismos que atuam na solução dos conflitos extrajudiciais na área de consumo, desde que a solução seja imposta ou proposta por um terceiro.

Já na abertura da Recomendação, a Comissão das Comunidades Europeias (nome vigente à época), considera que a preocupação em reforçar a confiança dos consumidores no funcionamento do mercado interno está diretamente relacionada com a possibilidade de adoção de meios que alcancem a solução das controvérsias via procedimentos extrajudiciais de forma eficaz e adequada. Menciona que o Parlamento Europeu, na Resolução adotada em 14.11.1996<sup>5</sup>, já sublinhava que era imperativo que estes procedimentos correspondessem a critérios mínimos de garantia de imparcialidade do organismo, eficácia do procedimento, publicidade e transparência.

É importante ressaltar que a Recomendação sublinha que a maioria dos litígios de consumo, por sua própria natureza, caracteriza-se em razão da desproporção entre os interesses econômicos em jogo e

---

<sup>5</sup>(1)Resolução do Parlamento Europeu sobre a comunicação da Comissão “plano de ação sobre o acesso dos consumidores à justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado interno”, de 14 de novembro de 1996, JO C 362 de 2.12.1996, p. 275.

o custo da respectiva resolução judicial, frisando que as dificuldades encontradas dentro dos procedimentos judiciais poderiam, notadamente em casos de conflitos transfronteiriços, dissuadir o consumidor a fazer valer, de modo eficaz, seus direitos.

Dentre outros considerandos, a Recomendação visa fixar os princípios essenciais para atuação dos mecanismos alternativos de resolução extrajudicial dos conflitos de consumo, como forma de garantir bons resultados, reduzir custo e prazo para sua solução. Referente à Europa, menciona que a definição de tais princípios facilitaria a implementação dos procedimentos extrajudiciais, e, quanto aos conflitos transfronteiriços, referida definição atuaria de modo a aumentar a confiança recíproca dos organismos extrajudiciais existentes nos diferentes Estados membros e, por consequência, também dos consumidores nos diferentes procedimentos nacionais existentes, facilitando, por fim, que os prestadores de serviços extrajudiciais atuassem também em outros Estados membros.

No que diz respeito a quais organismos se aplicam os princípios estabelecidos na Recomendação, ela estabelece que sua aplicação se limita aos procedimentos que levem à resolução da controvérsia através da intervenção de um terceiro que propõe ou impõe uma solução, não se aplicando aos procedimentos que se limitam à tentativa de aproximação das partes para convencê-las a encontrar uma solução de comum acordo.

Relaciona que a imparcialidade e objetividade do organismo responsável pela tomada das decisões constituem qualidades necessárias para garantia da proteção dos direitos dos consumidores, o que serve também para reforçar sua confiança nos mecanismos alternativos de resolução de tais conflitos.

A imparcialidade dos organismos deve ser assegurada e, para isso, a independência dos mesmos deve ser garantida, mas sem o rigor das que visam preservar a independência dos juízes em sede judicial. Neste sentido, para que a decisão individual (quando o for), seja imparcial, é preciso que o responsável pela decisão dê provas de independência e possua qualificação necessária que lhe permita decidir de forma autônoma e, para isso, referida pessoa deve ter mandato por um período suficiente durante o qual não possa ser destituída sem um motivo válido. Já no que diz respeito a decisões colegiadas, recomenda

que elas sejam tomadas por órgãos paritários, o que constitui meio adequado para certificar referida independência.

A transparência do processo é meio de garantir a informação adequada dos interessados. Deve ser assegurado às partes o direito de fazer valer o seu ponto de vista perante o organismo onde se busca a solução extrajudicial, não necessariamente via oitiva das partes, mas sem olvidar da possibilidade de informarem-se sobre os fatos alegados pela outra parte, nem de designação de perito para determinadas situações.

A decisão a ser tomada pelos organismos extrajudiciais pode ser adotada não apenas a partir das disposições legais, mas também por equidade e com base em códigos de conduta. No entanto, referida flexibilidade com relação ao fundamento das decisões não pode levar a um resultado que reduza o nível de proteção do consumidor relativamente à proteção que lhe garantiria, no que diz respeito ao direito comunitário, aquele aplicável pelos tribunais. Do mesmo modo, frisa que as decisões devem ser devidamente fundamentadas, de forma a confirmar a transparência e confiança das partes nos procedimentos extrajudiciais.

É importante pontuar que, de acordo com o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Recomendação relembra que o acesso aos tribunais é um direito fundamental que não conhece exceções. Desta feita, uma vez que o Direito Comunitário garante a livre circulação das mercadorias e dos serviços no Mercado interno, a possibilidade de recorrer ao judiciário de um Estado membro, em plano de igualdade com os nacionais desse mesmo Estado membro, é o corolário dessa liberdade e, por isso, os procedimentos extrajudiciais não podem ter por objetivo substituir o sistema judicial. Nesta linha, o consumidor apenas poderia se privar do seu direito de acesso aos tribunais se o aceitar expressamente, em pleno conhecimento de causa e em momento posterior ao surgimento do litígio.

Assim, a partir deste panorama geral, a Recomendação estabelece como princípios a serem adotados por qualquer organismo existente ou a ser criado, e que esteja habilitado a solucionar extrajudicialmente litígios de consumo, os seguintes: independência, transparência, contraditório, eficácia, legalidade, liberdade e representação.

O princípio da independência, expresso na normativa, faz menção à imparcialidade da pessoa que decide individualmente

e, quando colegiado, a paridade deve ser assegurada. A transparência tem sua previsão garantida pela forma escrita das informações com descrição pormenorizada do litígio, decisão, custos e todas as regras para cumprimento da decisão com ampla publicidade. O contraditório é previsto com a possibilidade das partes conhecerem o respectivo ponto de vista com as posições e fatos invocados. A eficácia tem sua previsão com o acesso do consumidor ao processo, a gratuidade, a previsão de prazos curtos e a atribuição de um papel ativo ao organismo competente de decisão. A legalidade é assegurada pela garantia da aplicação das disposições legislativas do Estado onde é estabelecido o litígio ou da residência habitual quando o litígio é transfronteiriço. A liberdade se refere à vinculação das partes e seu aceite e esta adesão não poderia ser resultado de um compromisso anterior ao litígio. A representação é garantida com o direito da parte ser representada ou acompanhada de um terceiro em qualquer fase processual.

Referida recomendação estabeleceu, dentro do modelo europeu unificado, as primeiras linhas mestras principiológicas dos organismos destinados a solucionar, de modo extrajudicial, os conflitos surgidos nas relações de consumo. É importante relembrar que a União Europeia, como hoje concebida, nasceu exatamente da liberalização das fronteiras para o comércio e, por isso, a importância de outorgar meios para rápida e eficaz soluções dos litígios surgidos em referida área.

### **3.2 Recomendação 2001/310/CE de 4 de abril de 2001**

A Recomendação 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, foi adotada pela Comissão das Comunidades Europeias (nome vigente à época), para ser aplicável aos organismos destinados a solucionar as controvérsias de consumo, que não se enquadravam nos termos da anterior recomendação, ou seja, a Recomendação 257/1998/CE. Como vimos, esta resolução apenas abrange os procedimentos que, independentemente do respectivo nome, levam à solução do litígio através da intervenção de um terceiro que propõe ou impõe uma solução. A recomendação não abrangia os procedimentos que se limitavam a uma simples tentativa de aproximação das partes para convencê-las a encontrar uma solução de comum acordo.

Desta feita, a partir da Resolução de 25 de maio de 2000, que fazia referência a uma rede comunitária de organismos nacionais responsáveis pela solução extrajudicial em matéria de consumo, ela já relacionava que as instâncias extrajudiciais que não se inseriam no âmbito da Recomendação 257/98<sup>6</sup>, detinham um papel útil para o consumidor e, por isso, a Comissão foi convidada a desenvolver, em cooperação com os Estados membros, critérios comuns para avaliação das referidas instâncias, garantindo a qualidade, equidade e eficácia, facilitando e promovendo a resolução de tais conflitos em sua fase inicial.

A Recomendação menciona, já nos considerandos, que o permanente desenvolvimento de novas formas de práticas comerciais, tais como o comércio eletrônico, bem como o aumento das transações transfronteiriças, exigem uma atenção particular à motivação da confiança dos consumidores, que possa garantir um acesso facilitado a meios de reparação práticos, não onerosos e efetivos, incluindo acesso por meios eletrônicos.

Referida Recomendação aplica-se aos organismos terceiros responsáveis pelos procedimentos de resolução de litígios em matéria de consumo que, independentemente da sua designação, pretendam solucionar um litígio através da aproximação das partes para as convencer a encontrar uma solução de comum acordo. No tocante aos mecanismos criados pelas próprias empresas, destinados a queixas dos consumidores, fica excluída a aplicação da diretiva. Estabelece como princípios a imparcialidade, a transparência, a eficácia e a equidade.

Para garantir a imparcialidade há a previsão dos requisitos necessários para aqueles que se responsabilizem pelo procedimento, como mandato temporário, declaração de falta de interesses, e informações sobre imparcialidade e competência pessoal.

A transparência deve ser garantida pela lisura do procedimento, disposição e simplicidade das informações, notadamente no que diz respeito aos procedimentos e suas consequências, registro de todas as razões e termos, publicidade dos atos.

A eficácia diz respeito à disponibilidade de informação das partes, por exemplo, por meio eletrônicos, com procedimento gratuito ou

---

<sup>6</sup>Recomendação da Comissão, de 30 de março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (JO L 115 de 17.4.1998, p. 31).

com custo proporcional, possibilidade de representação, prazo breve e garantia de conduta satisfatória das partes. Caso essa conduta seja avaliada como pouco satisfatória devem ser questionadas sobre o prosseguimento do procedimento de resolução do litígio.

A equidade é garantida pela informação sobre os direitos de recusa ou desistência do procedimento em qualquer momento, e de possibilidade de se recorrer ao sistema judicial, com a garantia de oferta de argumentos, informações e provas, incentivo de cooperação das partes com o procedimento, tempo de aceite ou recusa da solução sugerida com a previsão de recurso a outro mecanismo de resolução extrajudicial.

Pode-se concluir, pelos princípios supra delineados, que a referida Recomendação estabelece os critérios mínimos de qualidade que os organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios de consumo devem adotar e ofertar àqueles que desejam socorrer-se dos meios para solução de seus litígios. Ambas as recomendações citadas são complementares e incentivam a adoção de meios heterocompositivos e/ou autocompositivos para os conflitos consumistas, fora do sistema judicial. Pautam-se, prioritariamente, pelo desejo de celeridade e eficácia, considerando, ainda, a legitimidade da solução alcançada pelas próprias partes, ainda que com ajuda de um terceiro.

No tocante às demais áreas do direito, no ano de 2008 foi adotada a Diretiva 2008/52/CE, direcionada aos conflitos civis e comerciais, cujo objetivo foi o de traçar critérios para adoção da mediação em conflitos transfronteiriços em tais áreas, como veremos a seguir.

### **3.3 Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**

Referida Diretiva possui 30 itens dentro de seus considerandos, nos quais pontua, resumidamente, que o objetivo da Comunidade é manter e desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça, assegurada a livre circulação de pessoas e, para este efeito, considera importante aprovar medidas de cooperação judiciária em matéria civil que possibilitem o correto funcionamento do mercado interno. Frisa que o princípio do acesso à justiça é fundamental e, para facilitá-lo, o Conselho Europeu solicitou aos Estados membros a criação de procedimentos extrajudiciais alternativos. Neste sentido, a Diretiva em tela

deve contribuir para o adequado funcionamento do mercado interno, especialmente no que diz respeito à disponibilidade de serviços de mediação.

Considera que a mediação pode proporcionar solução extrajudicial rápida e de pouco custo para litígios em matéria civil e comercial. Pontua, com propriedade, que é mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem a relação amigável e estável entre as partes, notadamente quando a questão apresente aspectos transfronteiriços.

A fim de promover o uso da mediação com a confiabilidade das partes e com a existência de um quadro jurídico previsível, a Diretiva pontua a necessidade de previsão de um enquadramento normativo que aborde, especialmente, os aspectos fundamentais do processo civil. Muito embora a Diretiva seja direcionada a litígios transfronteiriços, pontua-se a possibilidade, a critério de cada Estado membro, de aplicar suas disposições a processos de mediação internos.

A aplicação da Diretiva está direcionada a processos em que duas ou mais partes, em litígio transfronteiriço, procurem voluntariamente um acordo amigável, com a assistência de um mediador. No entanto, ressalta sua aplicabilidade apenas em matéria civil e comercial, excetuando aqueles direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito vigente, não sejam livres para decidir por si sós, citando textualmente o direito de família e o direito do trabalho. No que diz respeito à remessa das partes para a mediação, quando a legislação nacional a impõe, prevê a aplicabilidade da diretiva. No entanto, estabelece que a mesma não se aplica nos casos em que a tentativa de mediação é realizada pelo tribunal ou pelo juiz, para dirimir um litígio no contexto de um processo judicial.

Frisa o caráter voluntário da mediação, na medida em que as partes podem iniciá-lo e encerrá-lo a qualquer momento, prevendo, contudo, que os Tribunais podem, nos termos do direito nacional, estabelecer prazos máximos para os processos de mediação, bem como incitar as partes à sua utilização, quando oportuno.

Garantindo a prevalência da legislação nacional de cada Estado membro, estabelece que nada na diretiva afeta a mesma quando preveja o recurso obrigatório à mediação, ou crie incentivos ou sanções, desde que garantido o direito das partes ao acesso ao sistema judicial.

Atribui aos Estados membros o dever de incentivar a formação de mediadores e criação de meios eficazes de controle da qualidade dos serviços de mediação, sem financiamento por parte de tais organismos de mediação, cuja finalidade será preservar a flexibilidade do processo de mediação e autonomia das partes, garantindo-se que a mediação seja eficaz, imparcial e competente. Além disso, exige que os mediadores sejam instados a conhecer o Código de Conduta Europeu para Mediadores, acessível ao público em geral na internet<sup>7</sup>.

Remete-se à Recomendação 2001/310/CE e frisa que qualquer mediador que atue nas áreas previstas na Diretiva, deve ser incentivado a respeitar os princípios ali estabelecidos.

A fim de garantir a efetividade da mediação, e para que a mesma não seja considerada alternativa inferior ao processo judicial, os Estados membros devem assegurar que as partes que obtenham um acordo escrito via mediação possam solicitar que ele tenha efeito executório, sendo que a recusa para sua execução apenas pode derivar de conteúdo contrário ao direito interno (inclusive internacional privado) ou se o direito não trouxer previsão de caráter executório do conteúdo do acordo (nos casos da obrigação não possuir, por sua natureza, caráter executório).

Uma vez garantido o caráter executório por um Estado membro, ele deve ser reconhecido nos outros Estados membros, nos termos do direito comunitário ou interno aplicável.

Ressalta a importância da confidencialidade do processo de mediação e a mesma deve ser mantida em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial.

Prevê a necessidade que os Estados membros assegurem que as regras da mediação relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem, caso a mediação não seja frutífera. Pontua que a diretiva tem por finalidade promover os direitos fundamentais, especialmente os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Em seus termos, estabelece o objetivo de facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover sua solução amigável,

---

<sup>7</sup>Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeude/downloadFile/file/Codigo\\_Europeu\\_de\\_Conducta\\_para\\_Mediadores\\_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85](http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeude/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conducta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85)>. Acesso em: 20 maio 2016.

assegurando uma relação equilibrada entre mediação e processo judicial. Limita sua aplicação a litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, excetuando literalmente matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, bem como a responsabilidade do Estado por atos ou omissões em atos de autoridade (*acta jure imperii*).

Define litígio transfronteiriço como aquele em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual em um Estado membro, distinto do de qualquer das outras partes, à data em que as partes decidam, por acordo, recorrer à mediação após a ocorrência de um litígio, em que a mediação seja ordenada por um tribunal ou a obrigação de recorrer à mediação se constitua ao abrigo do direito interno e, por fim, quando seja dirigido um convite às partes.

A Diretiva define, literalmente, como:

**a) mediação:** um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado membro.

Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão;

**b) mediador:** uma terceira pessoa a quem tenha sido solicitado que conduza uma mediação de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação ou da profissão dessa pessoa no Estado membro em causa e da forma como ela tenha sido designada ou de como tenha sido solicitada a conduzir a mediação<sup>8</sup>.

A fim de garantir a confidencialidade da mediação, estabelece que os Estados membros devem assegurar que, salvo decisão contrária das partes, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer

---

<sup>8</sup>Consulta no site: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 25 maio 2016.

provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, exceituando-se apenas as hipóteses que o exijam a ordem pública do Estado membro em causa para assegurar proteção do superior interesse das crianças ou evitar lesão à integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou quando a divulgação do conteúdo do acordo seja necessária para aplicação ou execução do mesmo, sem prejuízo de outras medidas mais rigorosas para garantir a confidencialidade a cargo de cada Estado membro.

Ao final, a Diretiva previa que a Comissão deveria apresentar, até 21 de maio de 2016, um relatório sobre a aplicação de referida Diretiva ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social Europeu, pelo qual deveria estudar o desenvolvimento da mediação em toda União Europeia e o impacto da mesma nos Estados membros.

A fim de colher dados relativos a referido relatório, a Comissão Europeia lançou uma consulta pública a ser respondida, *on-line*, pelos atores envolvidos nos processos de mediação, destinada a todos os cidadãos, organizações e entidades públicas, entre setembro e dezembro de 2015<sup>9</sup>. Até o momento em que este estudo foi finalizado, no final de junho de 2016, referido relatório não havia sido disponibilizado.

Em respeito a referida diretiva, os países membros estavam obrigados a adequar o próprio ordenamento jurídico à Diretiva 2008/52/CE até 21 de março de 2011 e, para cumprir tal desiderato, o parlamento italiano promulgou a Lei n. 69/2009 que, em seu art. 60<sup>10</sup>, prevê a mediação para as controvérsias civis e comerciais, em respeito ao determinado no art. 12 da Diretiva.

<sup>9</sup>Informações sobre a consulta pública disponíveis no link: <[http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910_en.htm)>. Acesso em: 25 maio 2016.

<sup>10</sup>Art. 60 (tradução livre). Autoriza o Governo a adotar medidas a respeito da mediação e conciliação de conflitos civis e comerciais.

1. O Governo é autorizado a adotar, no prazo de seis meses a partir da data de entrada em vigor da presente lei, um ou mais decretos legislativos sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial.  
2. A reforma a ser adotada nos termos do item 1, e em conformidade com o direito comunitário, princípios e critérios estabelecidos no parágrafo seguinte, deve realizar a necessária coordenação com as demais disposições vigentes. Os decretos legislativos previstos no item 1 serão tomados a partir de proposta do Ministro da Justiça e transmitida sucessivamente à Câmara, para o fim de parecer de parte das Comissões parlamentares competentes na matéria e por suas consequências de caráter financeiro, que devem fazê-lo no prazo de trinta dias a partir do

#### **4 CONCILIAÇÃO OBRIGATÓRIA NO MODELO ITALIANO PARA OS CONFLITOS TRABALHISTAS**

Partiremos das reformas realizadas no ano de 1998, que introduziram a obrigatoriedade da conciliação no processo do trabalho italiano.

---

recebimento, e, no seu decurso, os tais decretos serão emanados ainda que sem os pareceres. Caso este período venha a expirar nos trinta dias que antecedem o prazo previsto no item 1, o prazo final deste fica prorrogado por sessenta dias.

3. No exercício da delegação referida no n.º 1, o Governo adere aos seguintes princípios e critérios: a) prever que a mediação, que leve à conciliação, tenha por objeto controvérsias que envolvam direitos disponíveis, sem excluir o acesso à justiça; b) prever que a mediação seja realizada por organismos profissionais e independentes, permanentemente destinados para o fornecimento do serviço de conciliação; c) regular a mediação, de acordo com a legislação comunitária, através da extensão das disposições do Decreto Legislativo n.º 17 de janeiro de 2003, n.º 5, e em qualquer caso, através da criação, no âmbito do Ministério da Justiça, sem encargos novos ou aumento sobre as finanças públicas, um registro das entidades de conciliação, a seguir denominado “Registro”, supervisionado pelo mesmo Ministério, sem prejuízo do direito das câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura que tenham constituídos organismos de conciliação em conformidade com o art. 2º da Lei n.º 580 de 29 de dezembro de 1993, para garantir a inclusão de tais organismos no Registro; d) determinar que os requisitos para a inscrição no Registro e para a sua conservação sejam estabelecidos por decreto do Ministro da Justiça; e) prever a possibilidade, para o Conselho da Ordem dos Advogados, de estabelecer, nos tribunais, órgãos de conciliação que, para o seu funcionamento, façam uso de pessoal do mesmo conselho; f) estabelecer que os organismos de conciliação estabelecidos nos tribunais de justiça sejam inscritos no Registro; g) prever, para controvérsias em matérias específicas, que poderão ser estabelecidos órgãos de conciliação nos conselhos profissionais respectivos; h) prever que os organismos de conciliação previstos na alínea ‘g’ sejam inscritos no Registro; i) prever que os organismos de conciliação inscritos no Registro possam desenvolver o serviço de mediação através de procedimento telemático; j) para as controvérsias em matérias particulares, prever a faculdade dos conciliadores valerem-se de peritos, inscritos no organismo profissional respectivo e nos Tribunais, cuja remuneração pelos serviços será prevista nos decretos legislativos conforme item 1, tendo-se por referência os estabelecidos para consultentes e peritos judiciais; l) prever que os honorários pagos aos conciliadores, suportados pelas partes, sejam estabelecidos, através de ato regulamentar, em medida maior para o caso no qual seja alcançada a conciliação entre as partes; m) prever o dever do advogado de informar o cliente, antes do início do processo, da possibilidade de fazer uso do instituto da conciliação, bem como de recorrer a organismos de conciliação; n) prever, em favor das partes, formas de facilitação de natureza fiscal, garantindo, ao mesmo tempo, a invariabilidade da receita por meio de receitas para o Ministério da Justiça, em relação ao ano anterior à introdução da regra e, em seguida, com periodicidade anual, do Fundo anual Justiça única

O Decreto Legislativo n. 80/1998, modificado pelo Decreto Legislativo n. 387/1998 (que devolveu as controvérsias em matéria de emprego público à jurisdição do juiz ordinário), introduziu a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia ao processo judicial para todas as controvérsias de trabalho, modificando os arts. 410 a 412-bis do Código de Processo Civil.

O legislador, na lógica subjacente de assimilação entre conciliação e transação, repropôs a necessidade e equivalência da conciliação em sede administrativa e em sede sindical, deixando de lado a desconfiança das próprias entidades sindicais no que diz respeito ao instrumento conciliatório, já que estes defendiam a tese de que apenas a sede administrativa teria condições de ofertar reais garantias aos trabalhadores.

De fato, a necessidade de uma intervenção legislativa mais incisiva a respeito de instrumentos extrajudiciais de resolução das controvérsias de trabalho era reclamada desde a edição da Lei n. 59 de 15 de março de 1997 (*legge delega*), que em seu art. 11, parágrafo 4, letra g, impunha ao legislador a necessária adoção de meios organizados e processuais, também de caráter geral, aptos a prever disfunções devidas à sobrecarga do contencioso judicial, buscando a criação de procedimentos extrajudiciais de conciliação e arbitragem.

E importante ressaltar a questão histórica no desenvolvimento de referida legislação. Em um contexto de unidade

---

referida no art. 2 do Decreto-Lei n. 143, de 16 de setembro de 2008, convertido com alterações na Lei n. 181, de 13 de novembro de 2008; o) prever que, nos casos em que o provimento que encerra o processo corresponde inteiramente ao conteúdo proposto do acordo no processo de conciliação, o juiz pode excluir a reversão dos custos da parte vencedora que tenha recusado o acordo proposto, condenando-o ao reembolso das despesas da parte sucumbente, salvo o quanto previsto nos arts. 92 e 96 do Código de Processo Civil e, podendo ainda condenar o vencedor ao pagamento do valor correspondente ao contributo unificado nos termos do art. 9º (I) do texto único das disposições legislativas e regulamentares em matéria de custos da justiça, conforme Decreto do Presidente da República n. 115, de 30 de maio de 2002; p) prever que o procedimento de conciliação não pode ter um período superior a quatro meses; q) prever, em conformidade com o código de conduta, um regime de incompatibilidade tal que garanta a neutralidade, independência e imparcialidade do conciliador no desempenho das suas funções; r) prever que o termo de conciliação tenha força executória de expropriação forçada, para execução específica e constitua título que possibilite o de registro de hipoteca judicial.

sindical e observado o papel hostil da CGIL (Confederazione Generale Italiana del Lavoro) no tocante a toda e qualquer alternativa à tutela jurisdicional, era previsível que, vindo à luz a legislação, houvesse tantas dúvidas e discussões a respeito da constitucionalidade da norma em questão. Neste sentido, a opção do legislador em prosseguir o percurso já traçado pelo legislador delegante e investir na adoção de meios extrajudiciais de solução de conflitos, de caráter obrigatório, como meio de deflacionar o contencioso judiciário, observou a posição já dominante da Corte Constitucional, o que apenas ampliou o debate acerca da questão. Cite-se a decisão de 23 de junho de 1994, n. 255, segundo a qual, salvo exigências de ordem geral e a superior finalidade da justiça, a tutela judiciária não pode ser deferida ou subordinada a qualquer instância administrativa, com a consequente inconstitucionalidade das normas que preveem preclusão ou decadência ante a falta de tal submissão.

As dúvidas surgidas centravam-se sobre um possível excesso do decreto regulatório, quanto ao disposto na Lei n. 59/1997, concretizado nos arts. 410, 410-bis e 412-bis do Código de Processo Civil, no que diz respeito à extensão da obrigatoriedade da tentativa de conciliação no emprego privado, bem como na violação dos arts. 3 e 24 da Constituição em relação à disparidade de tratamento entre o setor público e o setor privado, e à violação do direito à tutela jurisdicional, já que gravado com excessivos obstáculos.

É importante ressaltar que esta mesma discussão ressurge, tempos depois, quando o Decreto Lei n. 28/2010, que fez atuar a Diretiva Europeia 52/2008/CE, com a acusação de ter excedido ao prever o meio extrajudicial de composição, para a área civil e área comercial como obrigatório.

Para que possamos melhor entender o contexto normativo no qual as dúvidas de constitucionalidade surgiram, é preciso pontuar a disciplina sobre emprego público vigente à época, relativa ao Decreto Legislativo n. 29/1993, que em seu art. 69 previa uma particular disciplina de conciliação obrigatória confiada à gestão da administração pública, ou seja, a uma das partes do contrato, com marcante característica de especialização, no que diz respeito ao papel confiado à presença sindical, disciplina após modificada pela própria reforma de 1998, com alteração sobre o mesmo art. 69 e a introdução do art. 69-bis.

A Corte Constitucional, com a sentença n. 276 de 13.7.2000, havia superado as dúvidas de constitucionalidade da nova disciplina, afirmando, a respeito da alegada lesão ao art. 24 da Constituição, que a lei ordinária pode impor ônus destinados a salvaguardar interesses gerais, ainda que provoque atrasos, eis que a tentativa obrigatória de conciliação tende a satisfazer o interesse geral, sob um duplo aspecto: de um lado evitando que o aumento das controvérsias atribuídas ao juiz ordinário, em matéria de trabalho, provoquem uma sobrecarga do aparato judiciário e, por outro lado, favorecendo a composição preventiva da lide, o que assegura às partes uma satisfação mais imediata a respeito daquela conseguida através de um processo judicial.

Se, por um lado, a decisão da Corte Constitucional havia concluído o debate referente à legitimidade do modelo imposto, isso não havia feito cessar a controvérsia doutrinária no que diz respeito à eficácia do instrumento para o deflacionamento do judiciário.

Referida controvérsia vinha sendo alimentada por vários motivos, dentre eles, os modestos resultados alcançados, tanto com relação aos termos das conciliações efetuadas, mas também porque não era assumida como efetiva tentativa de conciliação prévia ao judiciário, tornando-se por vezes uma mera etapa burocrática. Por outro lado, quando infrutífera a tentativa conciliatória, o próprio procedimento que conduzia à tentativa de resolução da controvérsia possibilitava a prévia identificação das razões da parte contrária.

A crescente inefetividade do instituto, que o transformou em mero cumprimento de etapa obrigatória, burocrática, agravada pela inefficiência dos aparatos públicos chamados a geri-los e, ainda, considerando o peso da obrigação para a parte que desejava ir ao judiciário e, por fim, o atraso para acionar a tutela jurisdicional do direito lesado, acabou por levar à Corte Constitucional novas discussões a respeito do modelo.

No entanto, a Corte Constitucional novamente considerou legítima a disciplina, com duas decisões, a 436/2006 e a 355/2007, que declararam manifestamente inadmissível a discussão a respeito da legitimidade constitucional do art. 410-bis, parágrafo 2, do Código de Processo Civil, levantada com referência ao art. 111, parágrafo 2, da Constituição, ao prever que, no processo do trabalho, transcorrido inutilizado o prazo de 60 dias da apresentação do pedido de tentativa

obrigatória de conciliação, ele se considera concluído. Por outro lado, a corte também decidiu que nenhuma diferença havia, para o processo judicial, se a tentativa de conciliação tivesse sido tentada ou não dentro dos 60 dias.

De qualquer modo, a falta de atuação desejada dos órgãos incumbidos do mister da conciliação prévia, que, por vezes, marcavam a reunião da tentativa de conciliação muito após os 60 dias previstos pela lei, tornando-a inócuas, bem como do despreparo dos conciliadores, a excessiva burocratização dos procedimentos, a falta de incentivos fiscais para a conciliação, agravada pela previsão de responsabilidade contábil do responsável pelo procedimento, fecharam o cerco que levou à falência do instituto (PROIA; TIRABOSCHI, 2011, p. 162-165).

## **5 FIM DA CONCILIAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA CONFLITOS TRABALHISTAS ATRAVÉS DA LEI DO COLLEGATO LAVORO (Legge n. 183 de 4 de novembro de 2010)**

Como visto linhas atrás, a tentativa obrigatória de conciliação nas controvérsias relativas aos contratos de trabalho vigeu na Itália por cerca de 12 anos, no setor privado e, no setor público, por cerca de 10 anos. Façamos uma breve reflexão a respeito desta experiência.

O sistema anterior previa duas formas de conciliação antes da via judiciária: uma em sede da Direção Provincial do Trabalho (órgão periférico do Ministério do Trabalho) e outra em sede sindical. Em território italiano, unânime é o juízo negativo relativo a esta experiência por parte dos operadores de direito (advogados, sindicalistas, trabalhadores e empregadores) ainda que diversas sejam as análises sobre as causas que levaram à falência do instituto e suas possíveis soluções, sendo que algumas já levantamos linhas atrás. Neste sentido, artigo publicado no *site* do Istituto Nazionale per la Mediazione e L'Arbitrato, intitulado **Controvérsias de trabalho, conciliação e mediação**, a cargo do advogado Paolo Lannutti, descreve que, segundo seu juízo, as principais causas de insucesso foram substancialmente duas:

1. A conciliação obrigatória em matéria de trabalho é sempre vista como negociação das partes. A tentativa de composição da lide

resta limitada apenas aos fatos e direitos deduzidos com base na controvérsia posta, o que obviamente preclui cada possibilidade de descobrir e analisar os reais interesses em jogo, além das diferentes posições das partes;

2. A reforma de 1998 havia configurado uma espécie de “sinédrio”<sup>11</sup> para a tentativa facultativa de conciliação: uma comissão composta de nove membros dos quais quatro eram representantes das associações empresariais e quatro dos trabalhadores. No entanto, a realidade posterior era a das subcomissões formadas por um representante de cada parte, além de um funcionário da Direção Provincial do Trabalho no papel de Presidente. Esta configuração pretórica e burocrática, unida à falta de profissionalização específica de quem deveria proceder à mediação, não podia levar a outro desconfortante resultado.

O mesmo autor prossegue afirmando que se criou um círculo perverso no qual a ineficiência do sistema gerava desconfiança e prejuízo às partes frente a qualquer forma extrajudicial de solução dos conflitos de trabalho. Advogados e sindicalistas foram, com o tempo, reforçando a convicção que a tentativa de conciliação fosse uma inútil passagem, um lapso temporal obrigatório que deveria transcorrer para chegar ao juízo. Na melhor das hipóteses, cumpria-se apenas o rito formal de levar às comissões para ratificação os acordos já fechados diretamente pelas partes.

Essa formalidade passou a ser motivo de retardo para solução das lides e não uma forma eficiente e eficaz, além de ser considerada inconstitucional conforme vários autores afirmavam à época da edição da Lei n. 183/2010, que, denominada **Legge del Collegato Lavoro**, pôs fim à obrigatoriedade da submissão prévia da demanda a conciliação, salvo quando o contrato tivesse passado por uma Comissão de Certificação, situação na qual a parte deve primeiro levar sua demanda à referida Comissão, antes de ingressar no judiciário.

O presidente da seção de Direito do Trabalho da Corte de Apelo de Gênova, em 2011, Luigi de Angelis, denominou essa conciliação obrigatória como um ritual longo e accidentado para a deflação judicial e criticou o legislador que não obteve sucesso em seu objetivo

<sup>11</sup>A expressão utilizada no texto original refere-se ao Sinédrio, que era a Corte Suprema da Lei Judia, destinada a interpretar o Torá.

nos processos laborais, pois a consequência da lei não importou em redução das demandas judiciais e nem em rapidez para solução de litígios (DE ANGELIS, 2011).

O renomado jurista Italiano G. Santoro-Passarelli reforça em seus comentários sobre a conciliação extrajudicial que a igualdade entre as partes em caso do contrato de trabalho não pode ser considerada, em razão da evidente diferença de condições entre o empregador e o trabalhador (SANTORO-PASSARELLI, 2015, p. 374).

Por fim, com a edição da Lei n. 183/2010 a obrigatoriedade de conciliação prévia deixou de existir.

## **6 A ATUAL DISPOSIÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO N. 23/2015: a conciliação prevista no Contrato de Trabalho a Tutela Crescente (CATUC)**

É importante, neste ponto, ressaltar a recente alteração legislativa introduzida no ordenamento jurídico italiano, através do Decreto Legislativo 23, de 04 de março de 2015, cuja finalidade foi dar atuação à Lei n. 183, de 10 de dezembro de 2014, conhecida como a Lei **Jobs Act**. No ano de 2015 vários decretos legislativos foram promulgados com a finalidade de cumprir a “delega” outorgada por referido **Jobs Act**. O Decreto Legislativo n. 23/2015 introduziu o Contrato de Trabalho a Tutela Crescente (conhecido como CATUC - **Contratto di Lavoro a Tutele Crescenti**) e trouxe disposições em matéria de contrato de trabalho a tempo indeterminado, voltadas especificamente para a tutela do trabalhador admitido com contrato de trabalho subordinado por tempo indeterminado a partir da entrada em vigor de referido decreto, e que tenham sofrido dispensa ilegítima. Também se aplica aos casos de conversão, após a entrada em vigor do decreto, dos contratos por tempo determinado ou de aprendizagem em contratos por tempo indeterminado.

O decreto deixa claro que no caso de dispensa discriminatória, nula e efetuada de forma verbal, o juiz fundamentando os motivos pelos quais a declara nula ou discriminatória, conforme art. 15 da Lei n. 300/1970 e sucessivas modificações, ou porque existe outra situação de nulidade expressamente prevista na lei, ordena ao empregador a reintegração do trabalhador no posto de trabalho,

independentemente do motivo formalmente indicado para a dispensa. Em seguida da ordem de reintegração, caso o empregado não retorno ao trabalho, no prazo de 30 dias, tem-se por encerrado o contrato, salvo se o empregado tenha requerido a indenização prevista no parágrafo terceiro abaixo. Tal se aplica também à dispensa efetuada de modo verbal, declarada ineficaz por tal motivo.

Nosso interesse, no momento, encontra-se na disposição do art. 6º do Decreto Legislativo n. 23/2015. Referido dispositivo disciplina que no caso de dispensa considerada ilegítima (que não se confunde com a dispensa discriminatória ou nula), a fim de evitar o ajuizamento da ação, e sem prejuízo da possibilidade das partes de buscarem outra modalidade de conciliação prevista na lei, o empregador pode ofertar ao trabalhador, até o prazo final da impugnação extrajudicial da dispensa, em um dos organismos previstos no art. 2.113, quarto parágrafo, do Código Civil e do art. 76 do Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2013, um valor isento de contribuição fiscal e previdenciária da pessoa física, correspondente a uma remuneração de referência por ano de trabalho, mas nunca inferior a duas e não superior a dezoito remunerações mensais, mediante entrega ao trabalhador de um cheque administrativo. A aceitação do cheque da parte do trabalhador importa extinção do contrato de trabalho na data da dispensa e a renúncia à impugnação da dispensa ainda que o empregado já a tenha proposto. Os eventuais valores posteriormente pactuados na mesma sede conciliatória para encerramento de qualquer outra pendência decorrente do contrato de trabalho são sujeitas ao regime fiscal ordinário.

Frise-se que o novo contrato a tutela crescente, que na verdade refere-se ao regime de dispensa, aplica-se apenas aos trabalhadores admitidos com contratos a tempo indeterminado após a entrada em vigor do Decreto Legislativo, ou seja, após 07 de março de 2015 ou cujos contratos por prazo determinado ou de aprendizagem foram convertidos nesta espécie após esta data.

Para as dispensas discriminatórias e nulas efetuadas de forma verbal, resta apenas a reintegração ao posto de trabalho, como para todos os demais trabalhadores, cujos contratos permanecem regidos pela lei anterior. Para as dispensas disciplinares, a reintegração somente pode ser efetuada se restar insubstancial o fato material que a justifica, após contestado por via judicial.

Para os demais casos nos quais não subsistem o justificado motivo subjetivo ou o justificado motivo objetivo, chamadas dispensas injustificadas, veio introduzida a tutela resarcitória certa do Decreto Legislativo n. 23/2015, baseada na antiguidade do trabalho e retirada da discricionariedade do juiz. A regra aplicável às novas dispensas é aquela indenizatória de dois salários a cada ano de antiguidade, com um mínimo de 04 e máximo de 24 meses, caso judicialmente seja reconhecida a ilegitimidade da dispensa.

A fim de evitar o ajuizamento de ação pelo trabalhador, pode o empregador recorrer à nova conciliação facultativa incentivada, nos termos do art. 2.113 do Código Civil e, neste caso, oferece um valor livre de impostos e contribuição previdenciária, que como vimos, é igual a um mês de salário para cada ano de serviço, nunca inferior a dois e não superior a dezoito salários.

O mesmo decreto prevê que para as dispensas coletivas, caso violado o procedimento específico (Lei n. 223/1991) ou do critério de escolha, aplica-se sempre o regime de indenização monetária que vale para a dispensa individual (mínimo de 04 e máximo de 24 salários). Em caso de dispensa coletiva levado a cabo sem a observância da forma escrita, a sanção é aquela da reintegração.

Para as pequenas empresas a reintegração resta garantida apenas nos casos de dispensas nulas ou discriminatórias e efetuadas de forma verbal. Nos outros casos, de dispensa injustificada, é prevista uma indenização crescente de um salário por ano de trabalho com um mínimo de 2 e um máximo de 6 salários.

O que se observa, de fato, é que a alteração legal, longe da denominação de “tutela crescente”, praticamente extinguiu a reintegração do trabalhador, reservada apenas a hipóteses de dispensa nula ou discriminatória.

Para que possamos entender a finalidade da norma, buscou o legislador incentivar os empregadores à contratação por prazo indeterminado, reduzindo-se as contratações por prazo determinado, incentivando-o sob o ponto de vista de uma reduzida indenização em caso de dispensas ilegítimas, agora com disciplina legal específica e tarifada. É fato que a tutela crescente, aqui, não se refere à tutela no regime de dispensa, mas na tentativa de incrementar as contratações por prazo indeterminado, o que, em tese, beneficiaria o trabalhador quanto

ao tipo de contrato. No entanto, a leitura da lei deixa claro que, com a inserção do regime resarcitório em prejuízo do regime reintegratório, houve uma redução da proteção do trabalhador dentro do contrato de trabalho. No atual modelo legislativo italiano, o enfoque do legislador é a proteção do trabalhador no mercado de trabalho e não mais centrado no contrato individual de trabalho, o que, em parte, justifica sua escolha.

No tocante à renúncia e transação, resta importante trazer à luz o art. 2.113 do Código Civil, cujo parágrafo quarto foi expressamente citado no Decreto Legislativo n. 25/2015. Referido dispositivo prevê que:

Art. 2.113. A renúncia e a transação (1966) que tenham por objeto direitos do trabalhador decorrentes de disposição inderrogável da lei e de acordos ou contratos coletivos concernentes aos contratos dos quais tratam o art. 409 do Código de Processo Civil, não são válidos.

A impugnação deve ser proposta, sob pena de decadência, dentro de seis meses da cessação do contrato ou da data da renúncia ou da transação, se estas ocorreram depois da cessação do contrato.

A renúncia e a transação nos termos do artigo antecedente podem ser impugnadas por qualquer ato escrito, ainda que extrajudicial do trabalhador, idôneo a demonstrar sua evidente vontade.

**As disposições do presente artigo não se aplicam à conciliação realizada nos termos dos arts. 185, 410 e 411 Cod. Proc. Civ.** (Grifo nosso, tradução livre).

Nota-se que o parágrafo quarto disciplina que a renúncia e a transação tidas por nulas quando referentes às disposições decorrentes de normas inderrogáveis da lei, do contrato ou do acordo coletivo relativo aos contratos de trabalho, não se aplicam nos casos da conciliação levada a efeito nos termos dos arts. 185, 410 e 411 do Código de Processo Civil.

Significa dizer que quando o empregador, para evitar o ajuizamento de ação judicial, efetua a proposta conciliatória na forma prevista no parágrafo quarto do art. 2.113 do Código Civil, aplicável ao caso por previsão expressa do Decreto Legislativo em tela, e o trabalhador aceita a proposta, a mesma é válida e não pode ser impugnada judicialmente, salvo vício do ato jurídico (aqui no prazo de seis meses, conforme parágrafo segundo do art. 2.113, *supra*). Aliás, o próprio Decreto Legislativo já prevê, expressamente, a renúncia do trabalhador à impugnação judicial da dispensa quando aceita a proposta voluntária efetuada pelo empregador.

## **7 CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL NO MODELO ITALIANO. DECRETO LEGISLATIVO N. 28/2010**

Conforme visto, a União Europeia traçou, dentre outras, a Diretiva 2008/52/CE, com o objetivo de fixar parâmetros para soluções extrajudiciais de conflitos no âmbito da União Europeia. A Itália, para fazer atuar referida diretiva, em matéria civil e comercial, adotou o Decreto Legislativo n. 28/2010, pelo qual trouxe expressa previsão de obrigatoriedade da submissão prévia da demanda civil ou comercial à conciliação ou mediação.

A Corte Constitucional, ao que nos parece, revendo entendimento anterior, ao ser consultada sobre a obrigatoriedade da conciliação ou mediação e sua previsão na Diretiva 2008/52/CE prolatou a sentença 272/2012, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de parte do Decreto Legislativo n. 28/2010, especificamente em seu art. 5. Referido Decreto Legislativo foi introduzido na legislação italiana como modo de fazer atuar a Diretiva 2008/52/CE e tratar da mediação na esfera civil e comercial, e previa, no artigo citado, a obrigatoriedade da mediação, o que caiu por terra quando da expressa manifestação da Corte Constitucional. Se não havia a obrigatoriedade da conciliação ou mediação para as matérias civis e comerciais, isso sequer passou a ser considerado finalmente em relação à matéria trabalhista<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>Consulta no site: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=272>>. Acesso em: 28 maio 2016.

Recentemente, contudo, com a promulgação do Decreto Lei n. 69 de 21 de junho de 2013, foi reprimido o procedimento de mediação como condição de processamento judicial das ações nas matérias civis e comerciais, elencadas no art. 5, parágrafo primeiro, do Decreto Lei n. 28/2010. Deste modo, estão em vigor as disposições declaradas inconstitucionais com a sentença n. 272/2012 da Corte Constitucional<sup>13</sup>.

De acordo com o Decreto Legislativo n. 28/2010, a mediação é a atividade desenvolvida por um profissional com requisito de ser um terceiro, que é destinada à procura de um acordo amigável para a composição de uma controvérsia, com formulação de uma proposta para resolução da lide. Em síntese, nas matérias elencadas no art. 5, parágrafo primeiro do Decreto, onde a mediação é obrigatória, deve ser observado o seguinte procedimento:

- aquele que deseja iniciar uma causa cível deve, primeiramente, contatar um organismo inscrito no registro mantido pelo Ministério da Justiça;
- é marcado um primeiro encontro com um mediador e com as partes;
- no êxito do encontro preliminar, as partes decidem se concluem a mediação com um acordo, ou se prossegue na mediação ainda, em caso de falta de acordo, ou encerram o procedimento de mediação e vão ao juízo (sem pagamento da mediação);
- o mediador redige um documento que atesta o êxito do procedimento;
- em caso de infrutífero o acordo, o mediador formula uma proposta de conciliação;
- o juiz pode tomar providências frente à parte que recusa a proposta de conciliação;
- o termo de acordo, de acordo com a lei, constitui título executivo.

O site do Ministério da Justiça italiano (*vide* nota de rodapé 17) traz um minucioso desenho da mediação no modelo italiano, que passamos a expor nas linhas que se seguem, em tradução livre.

---

<sup>13</sup>Informação colhida no site do Ministério da Justiça. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_7\\_11.wp](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_11.wp)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

O mediador é uma pessoa física que individualmente ou de modo colegiado, desenvolve a mediação, restando privado do poder de fazer juízo ou decisão vinculante para qualquer dos destinatários do procedimento de mediação. O procedimento pode desenvolver-se, a pedido do interessado, junto às organizações inscritas no registro instituído com decreto do Ministério da Justiça.

Os advogados inscritos como tais são, de direito, mediadores. Os advogados inscritos nos organismos de mediação devem ser formados em matéria de mediação e frequentarem cursos de atualização técnico-prática.

A mediação pode desenvolver-se junto a entes públicos ou privados, que são inscritos no registro junto ao Ministério da Justiça e que desenvolvem o serviço de mediação em respeito à lei, ao regulamento ministerial e ao regulamento interno do qual são dotados, aprovado pelo Ministério da Justiça.

A mediação, do ponto de vista do método e de seu relacionamento com o processo, se distingue entre: facultativa (escolha da parte) e obrigatória (em virtude de lei ou por ordem do juiz), quando, para poder ingressar em juízo, as partes devem ter tentado sem sucesso a mediação.

A mediação preventiva obrigatória, a respeito de algumas matérias elencadas no art. 5º do Decreto Legislativo n. 28/2010, se coloca como condição de processamento do processo (também, cabe sublinhar que a alegação neste sentido deve ser alegada pela parte contrária, sob pena de preclusão, ou reconhecida de ofício pelo juiz, nunca após a primeira audiência). Trata-se, usualmente, dos casos nos quais o contrato entre as partes é destinado, pelas mais diversas razões, a prolongar-se no tempo, ainda além da definição da controvérsia momentânea, ou nos casos de contratos particularmente conflituais, a respeito dos quais, também pela natureza da lide, é particularmente muito fértil o terreno da composição extrajudicial.

A mediação, nos termos do Decreto, é obrigatória por 4 anos (até 2017), nas seguintes matérias:

- condomínio;
- direitos reais;
- divisão;

- sucessão hereditária;
- pactos de família;
- locação;
- comodato;
- aluguéis comerciais;
- resarcimento dos danos derivantes da responsabilidade médica e sanitária e da difamação por meio da imprensa ou com outros meios de publicidade;
- contratos de seguro, bancários e financeiros.

Nestes casos, a parte que deseja agir em juízo tem o dever de tentar a mediação, com assistência de um advogado, que deve, claramente e por escrito, informar ao próprio assistido, seja da possibilidade de proceder à mediação, seja do relativo benefício fiscal nos casos em que o procedimento de mediação é condição de ajuizamento da demanda judicial. O juiz, ainda que releve a falta da juntada do documento no ato de ajuizamento da ação, informa à parte da faculdade de requerê-la. Em cada uma das demais matérias a mediação poderá ser efetuada pelas partes voluntariamente, antes ou durante o processo. A mediação apresentada pelo juiz é prevista também na Diretiva 2008/52/CE e se subsiste sem substituir-se à conciliação judicial.

Ainda nos casos de mediação obrigatória, é sempre possível requerer ao juiz provimentos que, segundo a lei, são urgentes e inadiáveis.

Quando o processo é ajuizado, ainda que em sede de apelo, o juiz, com base no estado do processo, à natureza da causa e ao comportamento das partes, de modo a não favorecer a dilatação temporária, pode dispor do procedimento de mediação, que é condição de prosseguimento da ação judicial. A ordem do juiz deve ser adotada antes da audiência de definição ou, quando tal audiência não é prevista, antes da audiência de discussão da causa.

O procedimento de mediação tem uma duração máxima estabelecida pela lei em três meses, transcorridos os quais o processo judicial pode iniciar-se ou prosseguir. O tempo destinado para o procedimento de mediação não é computável para fins da verificação da duração razoável do processo, nos termos da Lei n. 89/2001.

A mediação inicia-se com um simples requerimento ao organismo no lugar do juiz territorialmente competente para a controvérsia,

contendo a indicação do organismo destinatário, das partes, do objeto da disputa e das respectivas razões. As partes podem escolher livremente o organismo. No caso de mais de uma demanda, apresentada perante diferentes organismos, a mediação se desenvolverá perante o organismo junto ao qual foi apresentada a primeira demanda.

Apresentada a demanda junto ao organismo de mediação, é designado um mediador e um primeiro encontro, no qual o mediador verifica com as partes a possibilidade de prosseguir a tentativa de conciliação (nunca após 30 dias do depósito da demanda). A demanda e a data do encontro são comunicadas à outra parte. As partes devem participar do procedimento de mediação, já no primeiro encontro, com assistência de um advogado.

Para a mediação obrigatória, a falta de acordo no primeiro encontro vale como tentativa de mediação para a finalidade de processamento da ação judicial. Em caso de falta de acordo, a mediação é gratuita.

Da falta de participação sem justificado motivo ao procedimento da mediação, o juiz pode inferir argumentos de prova em juízo de acordo com o art. 116 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>.

Quando a mediação é condição de processamento da demanda judicial, o juiz condena a parte que não participa do procedimento sem justificado motivo, ao pagamento de uma soma igual ao do *contributo unificado* (refere-se à tabela de serviços judiciários).

O mediador procura sempre um acordo amigável para resolver a controvérsia. Se a conciliação é frutífera, o mediador redige o termo, que deve ser subscrito pelas partes e pelo mediador, ao qual é anexado o texto do acordo. Se a tentativa não é frutífera, o mediador pode formular uma proposta de conciliação. Antes de sua formulação, o mediador informa as partes das possíveis consequências sobre as despesas processuais previstas no art. 13 do Decreto Lei n. 28/2010.

Em qualquer momento do procedimento, a pedido conjunto das partes, o mediador formula proposta de conciliação.

<sup>14</sup>Texto da lei: Art. 116, codice procedura civile italiano: “Art. 116. (tradução livre) (Valoração da prova) O juiz deve avaliar a prova segundo sua prudente valoração, salvo se a lei dispuser de outro modo. O juiz pode inferir argumentos de prova da resposta que as partes apresentarem conforme artigo seguinte, de sua injustificada recusa em aceitar inspeções solicitadas pelo juiz, e, em geral, do comportamento das partes no processo”.

Quando as partes estão assistidas por advogado, o termo de acordo, subscrito pelas partes e por seus advogados, constitui título executivo para expropriação forçada, para execução para entrega e liberação, para execução das obrigações de fazer e de não fazer, além da inscrição da hipoteca judiciária. Os advogados atestam e certificam a conformidade do acordo às normas imperativas e à ordem pública.

Em todos os outros casos o acordo anexado ao termo, a pedido da parte, é homologado pelo tribunal e constitui título executivo para expropriação forçada, para execução de forma específica, além da inscrição da hipoteca judicial.

Caso tenha sido processada a ação judicial, com relação ao resultado do processo civil, se o provimento do juiz corresponde inteiramente ao conteúdo da proposta conciliatória, o juiz exclui a repetição das despesas da parte vencedora que recusou a proposta, relativamente ao período sucessivo à mesma, e a condena ao pagamento das despesas processuais da parte sucumbente referente ao mesmo período, bem como ao pagamento do *contributo* unificado e ao pagamento da indenização referente ao mediador (ou ao perito, se nomeado).

Quando o provimento que define o juiz não corresponde inteiramente ao conteúdo da proposta, o juiz, se ocorrem graves e excepcionais razões, pode excluir a repetição das despesas pagas pela parte vencedora pela indenização correspondente ao mediador e do valor devido ao perito (se for o caso).

Todos os atos relativos ao procedimento de mediação são livres da imposição de taxas e outras despesas, de qualquer espécie ou natureza.

O termo de acordo é livre da necessidade de registro até o valor de 50.000 euros.

Em caso de sucesso da mediação, as partes possuem direito a um crédito fiscal de até um máximo de 500 euros para o pagamento do valor devido ao organismo de mediação. Em caso de insucesso da mediação, o crédito fiscal é reduzido pela metade.

A mediação é gratuita para os sujeitos que teriam se beneficiado do patrocínio gratuito da causa em meio judiciário (sujeitos carentes), quando a mediação é condição de processamento *ex legge* da ação judicial (nos casos do art. 5, parágrafo 1, do Decreto Legislativo n. 28/2010) ou quando a mediação é feita pelo juiz.

## **8 PROPOSTA DE LEI EM ANDAMENTO NO SENADO ITALIANO PARA NEGOCIAÇÃO ASSISTIDA DAS PARTES EM CONTROVÉRSIAS LABORAIS**

Atualmente tramita pelo Senado italiano o Projeto de Lei n. 2.284 (aprovado pela Câmara dos Deputados em 3 de março de 2016, onde tramitou sob o número 2953-A), que trata de criar disposições com a finalidade de dar eficiência ao processo civil italiano. O projeto de lei que tramitou pela Câmara dos Deputados informa que seu objetivo é reformar organicamente o processo civil segundo parâmetros de maior eficiência e especialização, e se move através das seguintes linhas diretrivas:

- especialização da oferta da justiça, através da ampliação da competência do tribunal de empresa e a instituição do tribunal de família e da pessoa (com supressão do tribunal para menores);
- aceleração do tempo do processo civil, através da extensão do rito sumário de cognição em primeiro grau, a reforma do procedimento para declarar a inadmissibilidade de recurso, a afirmação em cada fase do princípio da sinteticidade dos atos;
- adequação das normas processuais ao processo civil telemático.

Interessa-nos a reforma no tocante à aceitação da negociação assistida também para as controvérsias individuais de trabalho. O projeto encaminhado ao Senado prevê, em seu item 10 do art. 2, que restando mantido o quanto disposto no art. 412 do Código de Processo Civil, a prever que seja possível, para as controvérsias das quais trata o art. 409 do mesmo código, recorrer também à negociação assistida, regulada no capítulo II do Decreto Lei n. 132 de 12 de setembro de 2014, convertido, com modificações, na Lei n. 162 de 10 de novembro de 2014, sem que isso constitua condição de processamento da ação.

O art. 409 do Código de Processo Civil trata das controvérsias relativas aos contratos individuais de trabalho. Já o art. 412 do mesmo diploma legal, trata da possibilidade de submeter-se à comissão de conciliação, solicitando a solução arbitral da controvérsia, mesmo quando em andamento o processo judicial. No entanto, o Decreto Lei n. 132/2014 e a Lei n. 162/2014 tratam da negociação assistida.

O art. 2º da Lei n. 162/2014 disciplina a convenção de negociação assistida, que pode ser levada a cabo por um ou mais advogados. Referida convenção de negociação assistida é um acordo mediante o qual as partes convencionam de cooperar em boa-fé e com lealdade para resolver em via amigável a controvérsia por meio da assistência dos advogados devidamente inscritos na ordem dos advogados, segundo o art. 6 do Decreto Legislativo n. 96, de 2 de fevereiro de 2001. Prevê a obrigação da administração pública da qual trata o art. 1, parágrafo 2, do Decreto Legislativo n. 165, de 20 de março de 2001, de confiar a convenção de negociação à própria advocacia, onde presente. A convenção de negociação deve precisar:

- a) os termos do acordo entre as partes referente ao tempo do procedimento, nunca inferior a um mês e não superior a três meses, prorrogáveis por mais trinta dias, mediante acordo entre as partes;
- b) o objeto da controvérsia, que não deve referir-se a direitos indisponíveis ou tratar de matéria de trabalho.

A lei também prevê a obrigatoriedade da submissão à negociação assistida de todas as lides cuja condenação em dinheiro seja inferior a 50.000 (cinquenta mil) euros.

A convenção de negociação é redigida, sob pena de nulidade, em forma escrita, e deve ser concluída com assistência de um ou mais advogados.

Os advogados certificam as assinaturas apostas na convenção sob sua própria responsabilidade profissional, cujo documento que celebra o acordo possui força de título executivo. O advogado que, tendo participado de referida convenção de negociação assistida e vier a impugná-la em juízo, comete ilícito deontologicamente sancionado.

Prevê, por fim, que é dever deontológico dos advogados informar aos clientes no ato em que recebem o encargo da propositura da ação judicial, da possibilidade de recorrer à negociação assistida.

A questão que se coloca, atualmente, é a aplicabilidade de referida convenção para solução das lides afetas aos contratos individuais do trabalho, a cargo dos advogados e fora de organismos administrativos ou das esferas sindicais.

É fato que a tentativa anterior de conciliação, que inclusive era obrigatória, que determinou que tais conciliações fossem efetuadas por meios administrativos ou sindicais, não obteve sucesso. Mas, pelo mesmo motivo, maior dúvida surge agora com a afetação da iniciativa apenas aos advogados das partes, sem qualquer outro signo de proteção no tocante à negociação levada a efeito pelos trabalhadores.

Há que se ressaltar, contudo, que o projeto que chega ao Senado italiano prevê, de plano, a faculdade da convenção de negociação, sem imposição de obrigatoriedade da mesma no tocante aos conflitos laborais.

É interessante notar o empenho dos advogados italianos para que referida norma fosse aprovada também no tocante às lides laborais, declarando, referida associação, que se empenhou diretamente na emenda ao projeto, entendendo não haver justificável motivo para exclusão das lides trabalhistas do procedimento de negociação assistida das partes<sup>15</sup>.

No entanto, o maior problema levantado pelos críticos do projeto refere-se à retirada da conciliação extrajudicial dos conflitos trabalhistas da *sede protetta*, ou seja, retira-se a necessidade de que a conciliação extrajudicial para os conflitos de trabalho seja efetuada sempre perante um órgão administrativo ou a entidade sindical. O projeto prevê que a conciliação, com força de renúncia, seja efetuada diretamente pelas partes, sem a participação de qualquer ente do chamado sistema protetivo do trabalhador. Referida força de renúncia está prevista no projeto, que inclui um sétimo parágrafo no art. 2.113 do Código de Processo Civil, no qual aplicam-se os mesmos efeitos da renúncia quando o acordo é firmado através da negociação assistida por um advogado.

Não se descuide, contudo, de que, mesmo em matéria de trabalho, referida matéria sujeita à conciliação fica limitada apenas aos direitos disponíveis, seguindo-se a linha geral da própria lei que instituiu referida possibilidade conciliatória.

<sup>15</sup>Informação colhida no site da AGI (Advogados Giuslaboralistas Italianos): <<http://www.giuslavoristi.it/10-02-2016agi-nazionale-neoziazione-assistita-per-le-controversie-di-lavoro/>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

## 9 APONTAMENTOS FINAIS

Em matéria trabalhista, o grave problema do congestionamento do Poder Judiciário, que provoca a demora na solução das lides, é apontado como a primeira justificativa para criação de meios alternativos para solução dos conflitos. Referido diagnóstico é realidade tanto no caso brasileiro quanto no caso italiano.

Ainda que referido discurso seja simplista, já que as reais causas do congestionamento sequer são questionadas, a exemplo do amplo descumprimento da legislação trabalhista e a imensa precarização do mercado de trabalho, é fato que o problema da morosidade existe e, de um jeito ou de outro, precisa ser solucionado.

Na seara da solução extrajudicial dos conflitos em sede trabalhista, o grande desafio, contudo, é encontrar meios adequados, eficientes, confiáveis e, acima de tudo, comprometidos com a solução da controvérsia de modo a evitar a sistemática lesão aos direitos dos trabalhadores.

A realidade brasileira, por época da promulgação da legislação que criou as Comissões de Conciliação Prévia, que se pretendia instância obrigatória prévia à lide trabalhista, vivenciou a mesma situação verificada no modelo italiano quando da criação do mecanismo de submissão obrigatória da lide trabalhista à prévia conciliação obrigatória.

A ineficiência dos organismos incumbidos de tal finalidade, a falta de preparo dos atores envolvidos e, sobretudo no caso brasileiro, a imensa quantidade de fraudes, levaram à falência do modelo proposto. Também no modelo italiano o que se viu, até a revogação da lei, foi que a passagem prévia pelo mecanismo de conciliação extrajudicial era cumprida apenas como uma etapa burocrática, desvinculada da real finalidade, ou seja, a composição efetiva da lide.

Agora, uma vez mais, propõe-se a conciliação extrajudicial no modelo italiano, mas em um modelo um pouco mais preocupante, ou seja, fora de qualquer *sede protetta*, ou seja, a ser realizada fora dos organismos periféricos do Ministério do Trabalho local (Direção Provincial de Trabalho) local ou mesmo dos entes sindicais. A conciliação assistida refere-se ao modelo segundo o qual um ou mais advogados, assistindo as partes, tem o poder de outorgar força de título executivo ao acordo firmado diretamente por elas.

No caso brasileiro, com a Resolução n. 125 do CNJ, pretende-se ampliar a possibilidade de conciliação e mediação, que ficaria a cargo das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, ainda que, no nosso caso, os debates atuais entendam que referida resolução não se aplica ao judiciário trabalhista, por falta de menção expressa a este ramo do judiciário.

Mas, no final, seria possível pensar-se em um modelo de conciliação prévio à jurisdição que fosse, ao mesmo tempo, eficaz, célere, efetivo e comprometido?

A análise de ambas realidades, brasileira e italiana, deixa claro que nenhum dos dois modelos conseguiu, até o presente momento, atingir referido objetivo.

Não se pode olvidar que a realidade que emerge das relações trabalhistas é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. O excesso de lides trabalhistas existe por um único motivo, e dele não podemos descurar, qual seja: o sistemático descumprimento da legislação trabalhista, que tem como mola propulsora a precarização cada vez mais profunda das relações de trabalho.

As atuais reformas trabalhistas levadas a efeito na Itália alteraram o foco de proteção do trabalhador: migrou-se do foco da proteção do trabalhador para a proteção do mercado de trabalho. E, em razão disso e a partir desta constatação, e apenas dela, é possível entender as profundas mudanças no direito do trabalho. O Decreto Legislativo n. 23/2015 praticamente torna letra morta o art. 18 do **Statuto dei Lavoratori**, já que substitui a tutela reintegratória pela tutela resarcitória tarifada, no caso de dispensas consideradas ilegítimas, incluindo-se aqui as dispensas baseadas em justificado motivo objetivo (de ordem econômica, por exemplo), que não subsistam à análise judicial.

Um dos argumentos para se justificar a redução de direitos e praticamente um retrocesso no direito do trabalho italiano, foi a “preocupação” para a tutela dos *outsiders* (precários) em relação aos *insiders* (superprotegidos)<sup>16</sup>, pois a legislação previa a estabilidade aos trabalhadores que tinham empregos regulares, os quais, numa fala preconceituosa, mas prevalente, abusavam de sua condição e não contribuíam para a produção. Enquanto os trabalhadores informais, sem

<sup>16</sup>Definição trazida pelo Prof. Giuseppe Santoro-Passarelli, no prefácio da obra **Diritto Dei Lavori e Dell'Occupazione**. Ed. G. Giappichelli Editore.

proteção da estabilidade, eram os que realmente contribuíam para a produção, mas em condições de precariedade do ponto de vista da proteção social e sem garantias laborais e previdenciárias.

A Itália, dentre os países da comunidade europeia, é um dos que apresenta maior número de trabalhadores em situação irregular (conhecido como *lavoro nero*<sup>17</sup>) e o objetivo do legislador seria, em princípio, outorgar proteção a tais trabalhadores dentro do mercado de trabalho.

O discurso italiano que fundamenta as amplas reformas laborais levadas a efeito nos últimos anos gira em torno da proteção da empresa e, com isso, pretende-se a proteção do mercado de trabalho. A positivação de referido discurso tem sido efetuada em evidente prejuízo do direito social, tanto em sede de direito material quanto em sede de direito processual.

Sob a justificativa de criação de empregos, o que se verifica na realidade é a precarização dos direitos. Com o alegado objetivo de redução das demandas judiciais e descongestionamento do judiciário, o que também se verifica é a tentativa de, a qualquer custo, impor às lides trabalhistas a solução conciliatória sem nenhum filtro que impeça ou dificulte a perpetuação da lesão aos direitos do trabalhador.

No caso brasileiro a situação parece-nos mais grave, no sentido de que o que se tem visto, ultimamente, é a tentativa de desmantelamento do próprio Poder Judiciário trabalhista, tolhido inclusive de valores orçamentários dignos que possibilitem a mínimo funcionamento de sua estrutura. Na situação italiana o mesmo problema se repete, já que sequer estrutura adequada é garantida aos juízes, com ampla defasagem do quadro de servidores<sup>18</sup>.

<sup>17</sup>Segundo dados divulgados pela Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro (Fundação de Estudos dos Consultores de Trabalho), houve um crescimento sensível da quantidade de trabalhadores irregulares na Itália (*lavoro nero*), chegando a cerca de 2 milhões, num total de cerca de 41 milhões e 800 mil euros, gerando uma evasão fiscal de cerca de 25 milhões de euros. Os dados decorrem das inspeções efetuadas pelo Ministério do Trabalho Italiano, entre 2014 e primeiro semestre de 2015. Link da informação: <<http://www.pmi.it/economia/lavoro/news/102281/nero-25-mld-mancato-gettito.html>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

<sup>18</sup>Segundo dados colhidos diretamente na Associação Nacional de Magistrados Italianos, 120.000 ações penais foram declaradas prescritas em razão da ausência de uma reforma da lei que trata da prescrição, o que se agrava pela falta de mais de 9.000 servidores judiciais, eis que o último concurso público ocorreu há 19 anos.

Analisar, de modo sério, meios alternativos para solução dos conflitos trabalhistas, passa pela sensibilização e ampla conscientização de eventuais terceiros que venham atuar neste processo, dos quais deve ser exigido o comprometimento com os princípios que gerem o direito do trabalho, como direito social que é destinado a fazer valer as normas legais que existem por um único motivo, qual seja: garantir direitos e garantias àqueles que, cotidianamente, contribuem para o desenvolvimento da economia através da disponibilização de sua mão de obra.

Infelizmente, observa-se que nenhum dos dois modelos, seja o italiano, seja o brasileiro, conseguiram, ainda, tornar efetiva a possibilidade da conciliação extrajudicial para conflitos trabalhistas.

Exatamente por isso, até que o amadurecimento dos atores sociais ocorra de modo adequado, acreditamos que iniciativas de conciliação e mediação, prévias ou durante o processamento do feito, devam ser capitaneadas pelo próprio Poder Judiciário, com a qualificação apropriada de seu quadro de juízes, servidores e terceiros (dentre eles órgãos de mediação e arbitragem).

Sem enquadrar essa conclusão dentre os entusiastas dos meios alternativos de solução de conflitos ou entre os desesperados que rejeitam qualquer hipótese fora do judiciário, podemos dizer que referidas iniciativas podem ser desenvolvidas por terceiros alheios ao quadro do judiciário, mas sempre capacitados dentro deste sistema e por ele coordenados, ainda que gravitem à sua volta, notadamente com o objetivo de garantir o comprometimento necessário com a resolução de tais controvérsias, e que o resultado das conciliações e mediações não importem renúncia, não negoциem direitos indisponíveis, recebam amplo poder executório, a fim de evitar a denegação do direito a quem dele mais precisa.

Justiça tardia é injustiça, como todos sabemos. No entanto, a celeridade que se deseja deve ser buscada de modo a alcançar o resultado desejado, qual seja, o da justa composição da controvérsia.

---

Faltam mais de 1.300 juízes, considerando que o número total é de cerca de 9.000, o que representa falta de cerca de 15% do quadro. Tal quadro chega a ser dramático, já que sem a estrutura adequada, sequer de servidores judiciais e juízes, a demora no processamento das ações é evidente e, para aquelas sujeitas a prescrição, como as penais, chega a ser desesperador.

## 10 REFERÊNCIAS

CAMERA DEI DEPUTATI. Servizi Studi. XVII Legislatura. **Documentazione per l'esame di Progetti di Legge.** Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile. A.C. 2953-A. Dossier n. 302/1. Elementi per l'esami in Assemblea. 7 mar. 2016. Disponível em: <[www.camera.it](http://www.camera.it)>. Acesso em: 21 maio 2016.

DE ANGELIS, L. **Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irruale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria.** WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. IT, 121/2011. Disponível em: <[http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095540\\_deangelis\\_n121-2011itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20110628-095540_deangelis_n121-2011itpdf.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2016.

JÄGER, N. **Le controversie individuali del lavoro.** Padova: Cedam, 1929. [4. ed. 1935].

LANNUTTI, Paolo. **Art. 18 Controversie di Lavoro, conciliazione e mediazione.** Instituto Nazionale per le Mediazione e L'Arbitrato. Disponível em: <<http://inmediar/it/index.jsp?idz=43&id=1646>>. Acesso em: 2 maio 2016.

LUCARELLI, Paola. La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti. **Judicium**, 5.5.2014. Disponível em: <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>. Acesso em: 22 maio 2016.

**Massimario della giurisprudenza dei probiviri.** Roma, 1912. Con introd. di E. Redenti.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_7\\_11.wp](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_11.wp)>. Acesso em: 28 jun. 2016.

PERGOLESI, F. **Diritto processuale del lavoro**, I. Bologna, 1929.

PETRUCCI, Fabio; PASQUALE, Sandulli; VALLEBONA, Antonio. **Elementos de Direito do Trabalho Italiano e Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.

PROIA, Giampiero; TIRABOSCHI, Michele. **La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro**. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

SACCARO, Francesca; POLIDORI, Rachele. Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions. **Judicum**, 6.4.2016. Disponível em: <[www.judicum.it](http://www.judicum.it)>. Acesso em: 22 maio 2016.

SANDULLI, P.; SOCCI, A. M. **Il processo del lavoro**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

SANTORO-PASSARELLI, G. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

SANTORO-PASSARELLI, G. A cura di. Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale. **Il lavoro Privato e Pubblico**, V Edizione, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2009.

SCARSELLI, Giuliano. La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno. **Judicum**, 29.4.2010. Disponível em: <[www.judicum.it](http://www.judicum.it)>. Acesso em: 22 maio 2016.

SENATO. **Progetto Legge Senato Della Repubblica n. 2284**. XVII Legislatura. Trasmesso Dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza l'11 marzo 2016. Disponível em: <[www.senato.it](http://www.senato.it)>. Acesso em: 21 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 25 maio 2016.

VALLEBONA, Antonio. **Breviario di Diritto del Lavoro**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

# LA CONCILIACIÓN PRE-JUDICIAL EN URUGUAY

Mario Garmendia Arigón\*

## 1 LOS CONFLICTOS DE TRABAJO

Con una fórmula simple y bien amplia, Américo Plá Rodríguez definió al **conflicto de trabajo** como “**toda contienda derivada de una relación laboral**” (PLÁ RODRIGUES, 1985, p. 16).

Dichas contiendas suelen manifestarse de muy diversas formas, lo que ha llevado a la doctrina a proponer diversas **categorías y clasificaciones**.

A los efectos del presente estudio, alcanza con referir a dos de las más comunes: por una parte, aquella que distingue los conflictos **individuales** de los conflictos **colectivos**, y por otra parte, la que diferencia los conflictos **de derecho** (o **jurídicos**) de los conflictos **de interés** (o **económicos**)<sup>1</sup>.

El elemento que suele emplearse para distinguir los conflictos **individuales** de los conflictos **colectivos**, es el interés comprometido en cada caso, de tal suerte que, en el conflicto colectivo se ponen en juego “**los intereses abstractos de la categoría**”, mientras que el conflicto individual se plantea la “**tutela de un interés concreto de los individuos**” (JAEGER, 1936, p. 10 y ss., cit. por PLÁ RODRIGUES, 1985, p. 17-18).

\*Professor da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai. Decano da Faculdade de Direito do Centro Latinoamericano de Economia Humana. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade da República, Uruguai.

<sup>1</sup>Otras clasificaciones de los conflictos de trabajo pueden consultarse en: BRONSTEIN, 1990, p. 146 y ss.; CHANGALA; FERNÁNDEZ, [S.d.]; ERMIDA URIARTE, 1983, p. 18 y ss.; HERNÁNDEZ RUEDA, 1990, p. 184 y ss.; PLÁ RODRÍGUEZ, 1985, p. 17 y ss.

En todo caso, es importante tener en cuenta que la separación entre una y otra categoría no siempre es nítida, pues entre ambas existen múltiples “**vasos comunicantes**”<sup>2</sup>.

A su vez, la distinción entre los conflictos **de derecho** y los conflictos **de interés**, se sustenta en que, mientras los primeros guardan relación con la **aplicación o interpretación de una norma jurídica preexistente** o de un **derecho adquirido**; en el caso de los conflictos **de interés**, su objeto consiste en la **creación de una nueva norma o condición**<sup>3</sup>.

Por esa razón, puede indicarse que el conflicto de derecho **fija su atención en el pasado** (es decir, en la búsqueda de consolidar la norma teórica mediante su aplicación a la realidad práctica), mientras que el conflicto **de interés pone la vista en el futuro**, porque se pretende crear una **situación nueva, distinta de la actual**.

A diferencia de lo que podría suceder en otras disciplinas jurídicas, al Derecho del Trabajo, también le interesan los conflictos de interés, en la medida que éstos se presentan como un verdadero **motor del desarrollo normativo**<sup>4</sup>.

En la práctica, las referidas categorías se presenten combinadas, de tal forma que, tanto los conflictos individuales como los colectivos, pueden ser, respectivamente, de derecho o de interés<sup>5</sup>.

En el presente artículo, dedicado a la presentación de la **conciliación previa o pre-judicial**, el análisis se centrará en los conflictos de trabajo **individuales de derecho**.

---

<sup>2</sup>BARBAGELATA, 2009, p. 23 y ss. También: ROMAGNOLI, 1972, p. 435 y ss., cit. por GAROFALO, 1979.

<sup>3</sup>Oficina Internacional del Trabajo, Tribunales de Trabajo en América Latina, Informe a la 4<sup>a</sup> Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT (Montevideo, abril de 1949), sobre el 4º punto del orden del día: Solución de los conflictos de trabajo, Ginebra, 1949, p. 3; BRONSTEIN, 1990, p. 146 y ss.

<sup>4</sup>BARBAGELATA, 2009, p. 23. Señala el autor que “[...] es posible reconocer que el conflicto no sólo está en el origen y promueve el desarrollo de las organizaciones laborales, sino que es el motor de su actuación, tanto en el plano de la confrontación abierta, que incluye acciones como la huelga (...) como en el de los medios para superar esa fase”.

<sup>5</sup>PLÁ RODRÍGUEZ, 1985, p. 20. Sin embargo, Bronstein señala que “[...] la mayoría de la doctrina opina que los individuales son siempre de derecho, aunque algunos autores sostienen que puede haber conflictos individuales de intereses” (1990, p. 146).

## 2 SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO

Una de las funciones más importantes del Derecho es la que consiste en ofrecer una vía de solución ordenada para los conflictos sociales. La finalidad de proveer una solución para conflicto laboral fue una razón determinante del surgimiento de la **legislación obrera**. Pero las normas laborales pretendieron constituirse en una **nueva forma** de solucionar ese conflicto: la finalidad de alcanzar la **paz social**, debía alcanzarse brindando **protección especial** al trabajador<sup>6</sup>.

Por lo tanto, el Derecho del Trabajo fue concebido como un **mecanismo de solución del conflicto, mediante la protección del trabajador**. En otros términos: el Derecho del Trabajo no cumple su función ofreciendo **cualquier solución** para el conflicto, sino que sólo será satisfactoria aquella solución que refleje las esencias del **nuevo Derecho**: su sentido **protector** y la idea de **orden público** que está presente en sus normas (ERMIDA URIARTE, 1983, p. 17). De este modo, en el arquetipo planteado por el Derecho de Trabajo, a la finalidad de dotar de adecuada tutela al bien jurídico “**paz social**”, se le agrega - e incluso, se le impone - la protección del bien jurídico **trabajo**, de forma tal que, sólo será aceptable la solución del conflicto que respete y ampare debidamente la sustancia protectora que tipifica a esta rama del Derecho.

Es habitual que se distingan dos grandes **medios** o **instrumentos** de solución de los conflictos de trabajo: los **directos** y los **indirectos**. En los primeros, la solución es buscada y alcanzada mediante la participación, exclusiva y excluyente, de las propias partes afectadas. En los segundos, la búsqueda de la solución es auxiliada por un tercero<sup>7</sup>. En este último caso, el grado y características de la intervención de dicho tercero podrán variar desde las figuras más tenues (por ejemplo, aportar un informe objetivo de la situación que enfrenta a las partes, o escuchar

<sup>6</sup>Algunos autores han asociado el origen del nuevo Derecho a la búsqueda por salvaguardar la supervivencia del sistema capitalista, amenazado por la fuerza emergente del movimiento obrero, y han señalado la “ambivalencia” de sus normas que, al tiempo que protegen al trabajador, sirven para consolidar y legitimar facultades patronales (JAVILLIER, 1988, p. 29; PALOMEQUE LÓPEZ, 2011, p. 16; MONEREO PÉREZ, 1996, p. 20 y ss.; HANNOUN, 2012, p. 147 y ss.; JEAMMAUD, 2012, p. 211 y ss.). V. también: BARBAGELATA, 2009, p. 21-22, nota al pie núm. 26.

<sup>7</sup>ERMIDA URIARTE, 1983, p. 20; CHANGALA; FERNÁNDEZ, [S.d.], p. 11; RUSSOMANO, [S.d.], p. 102; SARTHOU, Helios, 1980, p. 119.

y coordinar los planteamientos de cada una, sin aportar su opinión - **conciliación** - o aportándola - **mediación**)<sup>8</sup>, hasta aquellas en que se constituye en protagonista principal, imponiendo su decisión como la solución para el conflicto (**arbitraje** y **decisión judicial**).

### 3 SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES DE DERECHO

En los **conflictos de derecho**, cualquiera sea el medio de solución por el que se haya optado, el resultado final necesariamente debe consistir en la aplicación de la norma jurídica preexistente.

**“Los conflictos de derecho, o de aplicación, o de naturaleza jurídica - dice Plá Rodríguez - deben ser fallados secundum legem”** (1985, p. 19).

Por esta razón, mientras en los conflictos de interés es importante - e incluso, esencial - que sean las propias partes afectadas quienes tenga participación activa en la búsqueda de una solución<sup>9</sup>, en los conflictos de derecho, tal participación resulta menos relevante, en la medida que el **valor fundamental** a preservar será la vigencia del **precepto jurídico preexistente**, que se reputa conocido por los involucrados y que, en muchos casos, incluso ha sido generado por la propia actividad negociadora de éstos (BRONSTEIN, 1990, p. 148).

Pero sería erróneo pensar que en estos casos la participación de los involucrados debe despreciarse. La presencia de los actores sociales fue contemplada desde los primeros sistemas de solución de controversias jurídicas relacionadas con el trabajo<sup>10</sup>. Esta particular forma

<sup>8</sup>OFICINA, 1981, p. 19; MURGAS TORRAZZA, 1988, p. 141; PLÁ RODRÍGUEZ, 1985, p. 36; RUSSOMANO, [S.d.], p. 117.

<sup>9</sup>Plá Rodríguez recuerda que la conciliación y la mediación, son “[...] los caminos preferidos para la solución de los conflictos colectivos de trabajo [...]” donde “[...] las soluciones logradas de común acuerdo entre las partes, son mucho más sólidas, más firmes, más durables, más fecundas que las soluciones impuestas por vía de autoridad. Si ambas partes contribuyen entre las dos a forjar una solución, se van a sentir más solidarias con ella y van a procurar cumplirla con mayor entusiasmo, lealtad y fidelidad a su espíritu.” (1985, p. 36).

<sup>10</sup>La ley francesa de 1806 que creó los Conseils de prud’hommes, incluía la participación en éstos de jueces legos que decidían conflictos individuales de trabajo (OFICINA, 1981, p. 8).

de integración de los tribunales del trabajo, adquirió gran difusión en todo el mundo y todavía hoy muchas jurisdicciones laborales se integran con representantes de empleadores y trabajadores, “**y la experiencia muestra que esta fórmula presenta mayores ventajas que inconvenientes**” (BRONSTEIN, 1990, p. 152-153).

Por otra parte, las **soluciones negociadas** para los conflictos de derecho, lejos de descartarse, suelen promoverse, como lo demuestra la constatación de la frecuente presencia en el Derecho comparado de mecanismos de conciliación previos o paralelos a los procedimientos judiciales.

Enseña BRONSTEIN (1990, p. 150) que todo sistema de solución de litigios laborales, debe responder a las siguientes premisas:

- a) debe ofrecer una solución para el litigio laboral. Pero no cualquier solución, sino una que suponga la aplicación de una regla jurídica y que respete el principio del debido proceso;
- b) debe tener en cuenta la naturaleza especial de la relación de trabajo y, en particular, las necesidades del trabajador. Por ello, los sistemas de solución de conflictos laborales individuales, deben contemplar los principios de economía, gratuidad, celeridad y simplicidad;
- c) las características del conflicto determinan que sea indispensable que los jueces tengan versación en las cuestiones del trabajo<sup>11</sup>.

Una principal virtud que debe estar presente en todo mecanismo de solución de conflictos, es su **función preventiva**, es decir, que tenga aptitud para desestimular la infracción, promoviendo el acatamiento espontáneo y voluntario de las normas materiales.

<sup>11</sup>En términos similares, un informe sobre Tribunales de Trabajo en América Latina (BIT, 1949) señalaba la conveniencia de contar con una jurisdicción especializada, regida “por los mismos principios que los tribunales ordinarios; pero como organismos especializados en la solución de los conflictos de trabajo, su procedimiento debe ser adaptado a los objetivos particulares que persiguen. Esta adaptación - prosigue el informe - se refiere a los siguientes puntos: 1) las partes y sus representantes; 2) los principios del procedimiento, y 3) las garantías que se deben otorgar a quienes tienen que recurrir ante los tribunales de trabajo” (OFICINA, 1949, p. 91).

## 4 SOLUCIONES EXTRA JUDICIALES DE LOS CONFLICTOS LABORALES DE DERECHO

Los sistemas de solución de conflictos tienen importantes proyecciones en materia económica<sup>12</sup>, a tal punto que ha sido frecuente que los organismos internacionales de crédito ofrezcan programas de ayuda con miras a modernizar los sistemas jurídicos y judiciales de los países (en particular, de América latina), prestando especial atención a los denominados “**sistemas alternativos de solución de conflictos**” (BID, 1995) que, según se afirma, ofrecen una serie de ventajas en relación a las modalidades tradicionales (EYZAGUIRRE, 1995, p. 5).

Pero a las razones de carácter económico se suman, también, otras de carácter menos **mercantil**, que llevan a preferir estas formas de solución no tradicionales porque habilitarían una **mejor calidad de Justicia**, menos **confrontativa** y más **pacificadora**, permitiendo, además, descongestionar los tribunales judiciales (VÉSCOVI, 1995).

Los **mecanismos alternativos**, serían aquellos que permiten resolver los conflictos, evitando el sistema tradicional. En América Latina, donde existe una muy fuerte “**judicialización**” de los mecanismos de solución de disputas<sup>13</sup>, serían aquellos procedimientos que ofrecen soluciones evitando que las partes pasen por las sedes judiciales, o incluso pasando por éstas, encuentren una solución para el litigio que desplace a la decisión judicial.

**Alternativo** será, entonces, aquel mecanismo de solución del conflicto individual, que escape a la regla común del someter el mismo a la Justicia del Trabajo. Siendo así, el más importante **mecanismo alternativo**, será el propio Derecho de fondo, cuando sus normas sean efectivamente cumplidas. Pero por lo general la noción de “**mecanismos**

<sup>12</sup>Correa Sutil, 1995. Se ha señalado que “[...] un sistema judicial deficiente puede derivar en importantes costos para una economía (...) pueden generar un ambiente de inseguridad que inhiba significativamente el desarrollo de actividades económicas, restrinja la extensión de los mercados, la competencia y la innovación. La reforma del sistema judicial puede tener, en consecuencia, importantes repercusiones en las posibilidades de crecimiento de una economía.” (EYZAGUIRRE, 1995; SHERWOOD; SHEPHERD; SOUZA, 1995; MAC LEAN, 1995).

<sup>13</sup>BRONSTEIN, 1995, p. 114. Por el contrario, en Estados Unidos, alrededor del 90% de los convenios colectivos más importantes incluyen cláusulas que prevén que las reclamaciones nacidas con motivo de su aplicación o interpretación serán resueltas por árbitros privados; ídem, p. 156.

**alternativos**” se emplea para designar a los procedimientos de solución en los que existe alguna participación de las partes directamente involucradas en el conflicto, como la **conciliación**, la **mediación** y el **arbitraje**.

## 5 LA CONCILIACIÓN LABORAL

La **conciliación** es una forma de solución de los conflictos de trabajo que supone la presencia de un tercero, cuya participación se limita a escuchar y coordinar las pretensiones de las partes, ayudándolas a encontrar un acuerdo que elimine la continuación de la contienda. El rol del conciliador es básicamente de coordinación, siendo la voluntad de las partes la que desempeña el papel principal en la búsqueda de una solución para el conflicto que las enfrenta (RUSSOMANO, [S.d], p. 117).

Se ha dicho que la diferencia entre la **conciliación** y la **mediación** es de grado y no de esencia<sup>14</sup>, pues en ambos casos el **acuerdo de las partes** es el elemento decisivo. En la práctica, la diferencia entre un mecanismo y otro tiende a desaparecer y, en general, el mayor o menor protagonismo del **tercero** termina dependiendo de su impronta personal o de las circunstancias del caso concreto (OFICINA, 1981, p. 19).

En Uruguay, la conciliación<sup>15</sup> es, sin dudas, la fórmula de solución más común y generalizada de los conflictos individuales de trabajo. El sistema uruguayo habilita y promueve la conciliación en diversos momentos o instancias a lo largo del *iter* de los procesos laborales y puede estimarse que la fórmula alcanza el éxito en una muy buena parte de los casos.

Previo a la promoción de cualquier demanda laboral, existe una instancia de carácter preceptivo que se desarrolla en el ámbito administrativo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El mecanismo

<sup>14</sup>Deveali define a la mediación como “[...] una forma especialmente intensa de la conciliación”, en tanto que Russomano dice que es “[...] una forma suave de arbitraje.”, cit. por MORGADO VALENZUELA, 1988, p. 114.

<sup>15</sup>Según Plá, “La conciliación designa tanto al esfuerzo efectuado entre las partes para acercar sus posiciones como el acuerdo al que se ha llegado. Quizá fuera oportuno denominar lo primero, intento de conciliación, y reservar la palabra conciliación para lo segundo.” (1985, p. 32). Otros autores reservan la expresión conciliación para denominar al procedimiento, en tanto que a su resultado le llaman transacción (RUSSOMANO, [S.d], p. 117).

funciona desde el año 1974 (cuando fue previsto por el decreto-ley núm. 14.188, de abril de ese año) y actualmente se encuentra regulado en la **Ley de abreviación de los procesos laborales**<sup>16</sup>.

Se trata, como se adelantó, de una etapa de cumplimiento obligatorio, por la que necesariamente se debe pasar antes de iniciar cualquier juicio en materia laboral (art. 3 de la Ley núm. 18.572). A diferencia de lo que acontece con otras materias<sup>17</sup>, en el caso de los asuntos laborales la conciliación previa no tiene lugar ante un órgano de carácter jurisdiccional, sino que está a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (en la repartición denominada Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo, que atiende las gestiones que se realizan en Montevideo, o ante las denominadas “Agencias Zonales”, para aquellas que se deben cumplir en el interior del país).

El trámite debe ser iniciado por el propio interesado, que puede promoverlo en forma personal o mediante apoderado (art. 3, Ley núm. 18.572). A la importancia intrínseca que tiene esta gestión (solicitud de audiencia de conciliación) se le agrega el hecho de que también es uno de los mecanismos con aptitud para interrumpir la **prescripción** de las acciones laborales<sup>18</sup>.

Es exigencia necesaria que el trabajador comparezca con asistencia letrada y sólo se exonera de este requisito a reclamaciones de pequeño monto<sup>19</sup>. Cabe señalar que, en cualquier caso, la exigencia no suele traer aparejadas dificultades importantes para los trabajadores que, además de la oferta de abogados usual, tienen a disposición diversas vías para acceder a asistencia letrada gratuita, que les es facilitada a través de servicios públicos o privados<sup>20</sup>.

<sup>16</sup>Ley núm. 18.572 del 13 set. 2009, con modificaciones introducidas por la Ley núm. 18.847 del 25 nov. 2011.

<sup>17</sup>El art. 255 de la Constitución de la República dispone que “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”.

<sup>18</sup>El art. 3 de la Ley núm. 18.091 del 7 ene. 2007, dispone que “La sola presentación del trabajador o su representante ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solicitando audiencia de conciliación (...) interrumpe la prescripción”.

<sup>19</sup>Equivalente a unos US\$ 570, aproximadamente.

<sup>20</sup>Por ejemplo, Defensoría de Oficio del Poder Judicial, Consultorios Jurídicos de la Universidad de la República o de las universidades privadas.

La solicitud de audiencia se tramita por escrito y vía web. Además de aportar los datos del empleador citado, es necesario incluir una breve descripción de los hechos que ameritan la citación, acompañada del detalle e importe de los conceptos que se reclaman. El Ministerio debe convocar a una audiencia en un plazo que no puede ser menor a los tres días (art. 4 de la Ley núm. 18.572)<sup>21</sup>.

El acto de la conciliación se desarrolla en una audiencia que es atendida por un funcionario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (con conocimientos de Derecho laboral y, en la mayoría de los casos, abogado) que la desarrolla sin estar sujeto a demasiadas formalidades. El empleador convocado tiene la carga legal de comparecer y de identificar a cualquier tercero que considere con responsabilidad en el caso (art. 4 de la Ley núm. 18.572). El incumplimiento de tales cargas genera presunciones simples en contra del omiso en el ulterior proceso laboral que eventualmente habrá de promover el trabajador (art. 4, *idem*).

El desarrollo de la audiencia debe quedar reflejado en un “acta”, en la que se debe identificar a las partes comparecientes quienes, además, deben constituir domicilio (que, por el término de un año, serán válidos a los efectos de recibir las notificaciones procesales, art. 5, *idem*). El acta también debe contener los conceptos e importes reclamados, la respuesta del citado y el resultado final de la gestión, que podrá consistir en un acuerdo (total o parcial) o en un desacuerdo. En este último caso, el acta correspondiente dejará habilitada al trabajador la posibilidad de promover la demanda judicial. Lo mismo acontece en caso de incomparecencia del citado. La Ley (art. 6, Ley núm. 18.572) habilita al trabajador la opción de dar por interrumpido el procedimiento conciliatorio si el trámite del mismo se extendiera por más de treinta días desde la solicitud de la audiencia (por ejemplo, como consecuencia de prórrogas).

Si la conciliación tiene como resultado un acuerdo, el mismo puede ser (en caso de que fuere incumplido) objeto de ejecución judicial forzada (proceso de ejecución, consagrado en el Título V del Libro II del Código General del Proceso - CGP).

<sup>21</sup>Corresponde señalar que la demora para la fijación de las audiencias es de unos treinta días, aproximadamente (Montevideo).

Los resultados que se obtienen en esta conciliación son variables, siendo bastante notorias las diferencias entre el éxito y el fracaso de la misma a partir de las características personales y la preparación del funcionario que actúa en cada caso. Según datos oficiales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social<sup>22</sup>, en el año 2015 se atendieron en Montevideo un total de 26.251 audiencias<sup>23</sup>, alcanzándose acuerdos, en promedio, en un 65% de los casos atendidos. La incomparecencia de las empresas a las audiencias para las que son convocadas se sitúa en el entorno del 11% del total. Estos datos revelan una importante función de descongestionamiento del ámbito judicial.

Esta instancia administrativa también ha generado los llamados “acuerdos voluntarios”, que consisten en actas labradas de común acuerdo por las partes ante un funcionario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en las que se expresa el contenido de una transacción, generalmente en oportunidad de finalizar una relación de trabajo. Por medio de estos “acuerdos voluntarios”, el empleador busca obtener un mayor grado de certeza al efectuar pagos al trabajador, evitando, o al menos disminuyendo la probabilidad de reclamaciones ulteriores. Lamentablemente en muchas ocasiones no se controla debidamente la naturaleza de los rubros objeto del acuerdo, y éstos terminan encubriendo verdaderas renuncias del trabajador.

En cualquier caso, los acuerdos que quedan plasmados en las actas de las instancias de conciliación pre judicial, pueden ser objeto de revisión judicial. El trabajador puede impugnar lo convenido si considera que con ello se han vulnerado sus derechos, como consecuencia de que, por ejemplo, se hubiera transgredido el “principio de irrenunciabilidad”. En estos casos (que, corresponde decir que no son demasiado frecuentes), se promoverá una demanda laboral, que se tramitará por el “proceso ordinario” regulado en la multicitada Ley núm. 18.572. El trabajador demandará el pago del crédito que considera adeudado por el empleador y éste, al contestar la demanda, opondrá como defensa, por ejemplo, la excepción de **transacción** o de **pago** (según el caso), controversia que será resuelta por el juez al pronunciar la sentencia definitiva.

<sup>22</sup>Memoria 2015 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>23</sup>Sumando las gestiones realizadas en las dos oficinas que funcionan en la capital del país.

## 6 CONCLUSIONES

La solución del conflicto a través de la protección del trabajador es el esquema que dio nacimiento al Derecho del Trabajo. A partir de este enunciado, la disciplina transitó la historia haciendo equilibrio sobre una línea a cuyos lados se hacían escuchar respectivos clamores que exigían paz social y protección para igualar los términos de un relacionamiento esencialmente dispar. Por ello, el Derecho del Trabajo, si bien no descarta *a priori*, ninguna forma de solución del conflicto, tampoco acepta cualquier forma de solución, sino sólo aquella que sea compatible con la consigna de protección que se encuentra en su esencia.

Los mecanismos de solución no judiciales tienen virtudes muy apreciadas por el Derecho del Trabajo. La celeridad de las decisiones, y la participación activa en las mismas de los sujetos involucrados por el conflicto, constituyen valores nunca despreciables para esta disciplina. Sin embargo, el amparo jurisdiccional de los derechos del trabajador constituye también un valor a defender y preservar, como garantía fundamental del estado de derecho.

En Uruguay, la conciliación preceptiva prejudicial, desarrollada fuera del ámbito judicial, ha demostrado ser un eficaz y correcto instrumento de solución de los conflictos laborales individuales de derecho, brindando alternativas satisfactorias ante la vía judicial y contribuyendo bastante en el descongestionamiento de la Justicia del trabajo.

## 7 REFERENCIAS

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**. 2. ed. actualizada y ampliada. Montevideo: FCU, 2009.

BID. **Elementos para la modernización del Estado**. Documento de Referencia para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995.

BRONSTEIN, Arturo S. Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales. **Debate Laboral**, año III, n. 5, 1990.

- BRONSTEIN, Arturo S. **Medios de solución de conflictos laborales.** Documento de base elaborado para el Seminario Internacional Tripartito de RELASUR sobre Medios de solución de los conflictos laborales, 25-27 abril, 1995.
- CHANGALA, Ricardo; FERNÁNDEZ, Hugo. **Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo.** Montevideo: FCU, Servicio de Documentación Jurídica, ficha n. 109, [S.d].
- CORREA SUTIL, Jorge. **Modernización, democratización y sistemas judiciales.** Informe para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995. BID.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo. **Anales del Foro**, n. 43-44, Montevideo, 1983.
- EYZAGUIRRE, Hugo. **Marco institucional y desarrollo económico:** la reforma judicial en América Latina. Informe para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995. BID.
- GAROFALO, Mario Giovanni. **Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore.** Napoli: Editore Jovene, 1979.
- HANNOUN, Charley. Gouvernance des entreprises et direction des salariés. In: VV.AA. **13 paradoxes en Droit du Travail.** París: Éditions Lamy, 2012.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. Soluciones procesales y convencionales a los conflictos laborales individuales. **Debate Laboral**, año III, n. 5, 1990.
- JAEGER, Nicola. **Le controversie individuali del lavoro,** Padova: Editorial Cedam, 1936.
- JAVILLIER, Jean-Claude. **Manuel du Droit du Travail.** 2. ed. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.

JEAMMAUD, Antoine. Libertés et pouvoir. Un doble paradoxe et un paradoxe apparent. In: VV.AA. **13 paradoxes en Droit du Travail**. París: Éditions Lamy, 2012.

MAC LEAN, Roberto. **Algunas consideraciones sobre los efectos de la administración de justicia en la propiedad y los contratos**. Informe para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995. BID.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

MORGADO VALENZUELA, Emilio. Los conflictos de trabajo y sus métodos de solución en Iberoamérica. **Debate Laboral**, año I, n. 1, 1988.

MURGAS TORRAZZA, Rolando. Conciliación, mediación y arbitraje en conflictos individuales y colectivos. **Debate Laboral**, año I, n. 1, 1988.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo**. Estudio comparativo. Ginebra, 1981.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Tribunales de Trabajo en América Latina**. Informe a la 4<sup>a</sup> Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT. Montevideo, abril/1949.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derecho del Trabajo e ideología**. 7. ed. rev. Madrid: Tecnos, 2011.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. La solución de los conflictos de trabajo. In: VV.AA. **La Solución de los Conflictos Laborales**. México: Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1985.

ROMAGNOLI, Umberto. Commento all'art. 28. In: GHEZZI, Giorgio; MANCINI, Giuseppe F.; MOSTUCHI, Luigi; ROMAGNOLI, Umberto. **Statuto dei diritti dei lavoratori**. Bologna: Zanichelli/Roma: Il Foro Italiano, 1972.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Los conflictos colectivos de trabajo y su solución.** Bib. Laboral. Buenos Aires: Heliasta, [S.d].

SARTHOU, Helios. Los conflictos colectivos de trabajo y el arbitraje. **Derecho Laboral**, tomo XXIII, n. 119, Montevideo, 1980.

SHERWOOD, Robert M.; SHEPHERD, Geoffrey; SOUZA, Celso de. **Sistemas judiciales y Desempeño económico.** Informe para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995. BID.

VÉSCOVI, Enrique. **Los procesos de reforma judicial de Latinoamérica y del Caribe.** Informe para la II Conferencia sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y El Caribe, Montevideo, 19-20 octubre, 1995. BID.

## **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, Alicia.....	28
GARMENDIA ARIGÓN, Mario.....	89
NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves.....	46
RONDELLI, Cristiane Montenegro.....	46
TAMAGNO, Lucas F.....	10



ISBN 978-85-93326-00-4