

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**ESTUDIO COMPARADO DE LOS MEDIOS
DE SOLUCION DE CONFLICTOS COLECTIVOS
DE TRABAJO EN GUATEMALA CON OTRAS
LEGISLACIONES MODERNAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIA BERENICE ALDANA ALFARO

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Octubre de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

14
(3245)
-4

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

| | |
|-------------|------------------------------------|
| DECANO | Lic. José Francisco De Mata Vela |
| VOCAL I: | Lic. Saulo De León Estrada |
| VOCAL II: | Lic. José Roberto Mena Izeppi |
| VOCAL III: | Lic. William René Méndez |
| VOCAL IV: | Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza |
| VOCAL V: | Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel |
| SECRETARIO: | Lic. Héctor Aníbal De León Velasco |

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

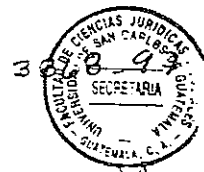
| | |
|-------------|------------------------------------|
| Presidente: | Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales |
| Vocal: | Lic. Cipriano Francisco Soto Tobar |
| Secretario: | Lic. José Roberto Mena Izeppi |

Segunda Fase:

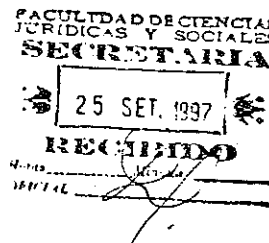
| | |
|-------------|-------------------------------------|
| Presidente: | Lic. José Víctor Taracena Alba |
| Vocal: | Lic. Jorge Luis Romero Rivera |
| Secretario: | Lic. José Rolando Rosales Hernández |

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Guatemala, 16 de Septiembre de 1997.



Señor Decano:
Lic. JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.



Señor Decano:

En providencia de fecha 27 de Febrero de 1997 se me designa Consejero de tesis de la alumna MARÍA BERENICE ALDANA ALFARO, quien denomina su trabajo "ESTUDIO COMPARADO DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN GUATEMALA CON OTRAS LEGISLACIONES MODERNAS".

Actuando en tal función expongo:

- I- El desarrollo del trabajo se efectuó en forma constante y continuada.
 - II- El estilo, contenido, así como las técnicas empleadas en la obra son las adecuadas.
 - III- Se elaboró, básicamente, un trabajo de acuerdo a: Experiencia personal de la sustentante; y en una muy aceptable investigación bibliográfica y documental.
 - IV- La sustentante se plantea el problema dentro del marco teórico de la intervención de terceros en la solución de los conflictos colectivos de trabajo, Mediación, Conciliación y Arbitraje.
Formulándose la hipótesis de que en nuestra patria, la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje, como medios de solución de conflictos laborales, han sido ineficaces.
La razón es que, en la forma en que están concebidos y regulados en nuestra legislación, no responden a la filosofía y finalidad de un derecho de trabajo actual y moderno. Razón por la cual se hace necesaria una reforma legislativa a efecto de adecuar tales principios a un sistema actualizado.
- El trabajo, en consecuencia, tiene como finalidad examinar los medios alternativos en búsqueda de la solución eficaz y pronta de los conflictos laborales. En ese sentido, se hace dentro del mismo un muy acertado estudio histórico, jurídico, comparativo de la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje, sin faltar las opiniones personales de la sustentante, extremo que a mi criterio, hacen muy valioso el trabajo.



Es indudable que la experiencia de la Bachiller Aldana Alfaro, la ayuda a abordar el tema con propiedad y madurez, consiguiendo con su propuesta un trabajo de actualidad muy valioso. Dentro del mismo quedan plasmadas valiosas inquietudes, tales como:

El tratamiento de la mediación en forma concreta y desarrollada, tomando en consideración que en nuestra legislación no esta contemplada como un medio formal de solución de conflictos laborales.

El despojo de obligatoriedad en la Mediación y la Conciliación a efecto de no desnaturalizar su contenido, y con ello optimizar sus resultados.

El tratamiento adecuado y moderno del arbitraje.

La propuesta de una reforma en la Administración de Justicia.

La desjudicialización en el tratamiento de conflictos laborales., extremo que redundaría en la muy deseada relación pacífica en materia laboral.

Y por último que esta solución pacífica, no frene u obstruya el desarrollo social y económico del país, sino que antes bien, funcione en cooperación al mismo.

La labor de la Bachiller María Berenice Aldana Alfaro, es de reconocerse puesto que trabajó con toda seriedad, desarrollando un trabajo acucioso y muy meritorio, constituyendo en tal virtud, un aporte docente muy valioso para nuestra Facultad, y una propuesta más que interesante y digna de tomarse en cuenta, de cara al momento y realidad que vive nuestra legislación.

El trabajo de tesis elaborado por la Bachiller María Berenice Aldana Alfaro, está plenamente justificado, y opino que el mismo debe ser aceptado por nuestra casa de estudios.

Patentizo al señor Decano por este medio, las muestras de mi consideración y respeto.

Lic. Oswaldo Salazar Vaides.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



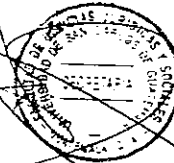
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
: Universidad, Zona 12
central, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES; Guatemala, veintiseis de septiembre de mil
novecientos noventa y siete. -----

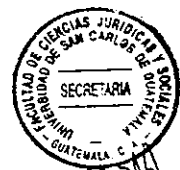
Atentamente, pase al LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN,
para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de
la Bachiller MARIA BERENICE ALDANA ALFARO y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente.

alhj.



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

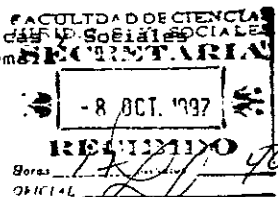
8/10/97



4036-97

Guatemala, 8 de octubre de 1997.

Señor Licenciado
José Francisco de Mata Vela
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Decano:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de resolución de ese decanato, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller MARIA BERENICE ALDANA ALFARO, el cual se titula "ESTUDIO COMPARADO DE LOS MEDIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN GUATEMALA CON OTRAS LEGISLACIONES MODERNAS"

La autora aborda el tema ya mencionado en forma muy acertada, haciendo una comparación muy clara entre los medios de solución de Conflictos Colectivos en Guatemala y otros países, principalmente Canadá.

Resulta interesante comprobar a través del estudio realizado por la autora de este trabajo, la casi ausencia de requisitos para la huelga el paro y otras instituciones procesal-colectivas de carácter laboral, regulados en otras legislaciones extranjeras, en contraste con la legislación nacional que prácticamente hace ineficaz estos institutos precisamente por lo engorroso y tardado de los trámites; aparte de lo práctico y rápido que puede resultar por ejemplo la sustanciación de un Conflicto Colectivo, como ocurre en la legislación canadiense, que regula la Conciliación como un procedimiento voluntario y optativo y no obligatorio como en nuestro medio para llegar al

arbitrabaje y a la huelga.

El trabajo reúne los requisitos que imponen los reglamentos de esta casa de estudios superiores del país y opino: que si puede servir de base para el examen respectivo previo a que la autora obtenga el grado académico y los títulos profesionales respectivos.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

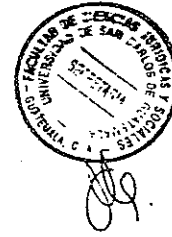
LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN.
REVISOR



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



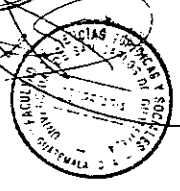
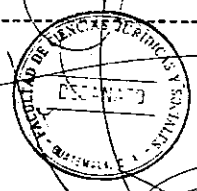
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, trece de octubre de mil novecientos noventa y
siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis de la Bachiller MARIA BERE-
NICE ALDANA ALFARO intitulado "ESTUDIO COMPARADO DE LOS -
MEDIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN
GUATEMALA CON OTRAS LEGISLACIONES MODERNAS", Artículo 22
del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público
de Tesis.-----

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
dial.



DEDICATORIA:

- A DIOS** Por darme la vida, la inteligencia y el valor de alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Elizabeth Alfaro de Aldana y Rafael Aldana Sandoval, con cariño y respeto.
- A MI HIJA:** Paula Maria, con mucho cariño agradeciéndole su paciencia.
- A MI ESPOSO:** Moisés Efraín, por su apoyo, colaboración y paciencia.
- A MI FAMILIA** hermanos, primos, tíos, sobrinos, suegros y cuñados.
- A USTED** que se encuentra presente en el acto y a los que me honran con la lectura de la presente tesis.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.**

ÍNDICE

| INTRODUCCIÓN | PÁGINA |
|---|----------|
| APITULO PRIMERO: Los medios alternativos de solución de conflictos | 1 |
| 1. Consideraciones preliminares | 1 |
| 1.1 Conflicto y divergencia | 1 |
| 2 Clases de solución de conflictos | 2 |
| 2.1 Medios no contenciosos o de colaboración | 2 |
| 2.2 Medios contenciosos o contradictorios | 2 |
| 3 Breve reseña histórica | 3 |
| 4 Razones que justifican el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos | 5 |
| APITULO SEGUNDO: Medios alternativos de solución de conflictos laborales. | |
| .1 La Mediación | 7 |
| .1.1 Concepto | 7 |
| .1.2 Naturaleza Jurídica | 8 |
| .1.3 Características | 9 |
| .1.4 Reseña histórica | 9 |
| .1.5 El contrato de mediación | 10 |
| .1.5.1 Elementos del contrato de Mediación | 10 |
| .1.5.1.1 Elemento formal | 10 |
| .1.5.2 Elementos personales | 10 |
| .1.5.2.1 Las partes | 10 |
| .1.5.2.2 El mediador | 11 |
| .1.5.2.2.1 Funciones del mediador | 12 |
| .1.5.2.2.2 El abogado mediador | 12 |
| .1.5.2.2.3 Ingerencia de terceras personas | 13 |
| .1.5.3 Elementos objetivos | 13 |
| .1.5.3.1 El procedimiento | 13 |
| .1.5.3.2 El acuerdo de transacción | 15 |

| | |
|--|----|
| II.2 La Conciliación | 11 |
| II.2.1 Concepto | 11 |
| II.2.2 Naturaleza jurídica | 11 |
| II.2.3 Características | 11 |
| II.2.4 Elementos de la conciliación | 11 |
| II.2.4.1 Elemento Formal | 11 |
| II.2.4.2 Elementos personales | 20 |
| II.2.4.2.1 Características del conciliador | 20 |
| II.2.4.2.2 Funciones del conciliador | 20 |
| II.2.4.3 Elemento objetivo | 20 |
| II.2.4.4 Diferencias entre la conciliación y la mediación | 20 |
| II.3 El Arbitraje | 20 |
| II.3.1 Concepto | 20 |
| II.3.2 Ventajas del Arbitraje | 20 |
| II.3.3 Reseña histórica | 20 |
| II.3.4 Fuentes del arbitraje | 30 |
| II.3.4.1. Fuentes legislativas | 30 |
| II.3.4.1.1 El Código de Trabajo | 30 |
| II.3.4.1.2 El arbitraje en el Derecho Moderno | 30 |
| II.3.4.1.3 El pacto colectivo de condiciones de trabajo como fuente del arbitraje | 30 |
| II.3.4.1.4 La práctica en la empresa como fuente del derecho aplicado al arbitraje | 30 |
| II.3.4.2 La costumbre y el uso | 40 |
| II.3.4.3 Ventajas y derechos adquiridos | 40 |
| II.3.4.4. Jurisprudencia | 40 |
| II.3.4.4.1 Influencia de la jurisprudencia | 40 |
| II.3.4.4.2 La jurisprudencia y sus diferentes nociones | 40 |

| | |
|---|----|
| II.3.5 Elementos del Arbitraje | 43 |
| II.3.5.1. Elemento Objetivo | 43 |
| II.3.5.2. Elementos personales | 43 |
| II.3.5.2.1. Las partes | 43 |
| II.3.5.2.2. El patrono | 44 |
| II.3.5.2.3. El sindicato | 44 |
| II.3.5.2.4. El titular de la acción arbitral | 45 |
| II.3.5.2.5. Derecho de intervención del trabajador | 46 |
| II.3.6 El tribunal de arbitraje | 46 |
| II.3.6.1. Sistema de Tribunal tripartito | 47 |
| II.3.6.2. Sistema de arbitro único | 48 |
| II.3.6.3. Sistema de opción de alternativas | 48 |
| II.3.7 La función arbitral | 49 |
| II.3.7.1. Naturaleza jurídica | 49 |
| II.3.7.2. Características de la Función Arbitral | 50 |
| II.3.7.3. Condiciones previas al ejercicio de la función arbitral | 50 |
| II.3.7.3.1. La imparcialidad | 51 |
| II.3.7.3.2. Formación y experiencia en arbitraje | 51 |
| II.3.7.3.3. El nombramiento de los árbitros | 52 |
| II.3.8 El proceso de Arbitraje | 53 |
| II.3.8.1. Procedimiento interno previo al arbitraje | 53 |
| II.3.8.2. Principios que rigen al procedimiento de arbitraje | 54 |
| II.3.8.3. Desarrollo del arbitraje | 54 |
| II.3.8.3.1. Solicitud de arbitraje | 54 |
| II.3.8.3.2. Integración del tribunal arbitral | 55 |
| II.3.8.3.3. La preparación del expediente | 55 |
| II.3.8.3.4. La preparación de la información | 56 |
| II.3.8.4. El Juicio y la Audiencia | 56 |
| II.3.8.4.1. Apertura de la audiencia | 57 |
| II.3.8.4.2. Desarrollo de la audiencia | 57 |
| II.3.8.4.3. La prueba | 58 |
| II.3.8.4.4. El Grado de la prueba | 59 |
| II.3.8.4.5. Medios de prueba | 59 |
| II.3.8.4.5.1. La prueba testimonial | 60 |
| II.3.8.4.5.2. La prueba documental | 60 |
| II.3.8.4.5.3. La Visita o reconocimiento del lugar de trabajo | 60 |
| II.3.8.4.5.4. Las presunciones | 61 |
| II.3.8.4.5.5. Los alegatos | 61 |

| | |
|--|-----------|
| II.3.9 Sentencia o laudo arbitral | 61 |
| II.3.9.1. La Deliberación y el proceso de toma de decisión | 62 |
| II.3.9.2. El autor de la decisión | 62 |
| II.3.9.3. El objeto de la decisión | 63 |
| II.3.9.4. Contenido de la decisión y motivación | 63 |
| II.3.9.5. Efectos de la decisión arbitral | 64 |
| II.3.9.6. Momento del control | 64 |
| | |
| CONCLUSIONES | 67 |
| | |
| ANEXO | 69 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 73 |

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la administración de justicia en nuestro país enfrenta serios problemas y probablemente uno de los principales es la falta de confianza y de credibilidad por parte de la población.

En efecto, dentro del *Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática* suscrito por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), se reconoce que el sistema de justicia en Guatemala es deficiente porque los procedimientos legales son obsoletos, prevalece la lentitud en los trámites, carece de sistemas modernos de administración y falta control sobre los funcionarios y empleados judiciales, lo cual propicia corrupción e ineficiencia.

En el mismo Acuerdo se conviene en la necesidad de reformar y modernizar la administración de justicia, lo que debe ser dirigido a erradicar la corrupción, a garantizar el libre acceso a la justicia y la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética y la probidad del sistema en su conjunto. Se propone también la reforma del artículo 203 de la Constitución Política y que se establezca la *apertura a mecanismos alternativos de solución de conflictos*.¹

Por lo anterior, es necesario buscar vías que permitan el tratamiento de conflictos jurídicos y reivindicativos de la población en forma pacífica, sin frenar el desarrollo social y económico del país, pero que al mismo tiempo respondan a los intereses de esa población. Existe pues, una urgente necesidad de reformar no solo la forma sino el sistema mismo.

Como ha quedado anotado, los acuerdos de paz recomiendan, como parte de esas reformas y modernización del sistema de justicia, la apertura a mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Cuando se habla de medios alternativos, inmediatamente pensamos en la mediación, la conciliación y el arbitraje, así como a aquellos otros que se han derivado de la búsqueda de soluciones eficaces, rápidas y adecuadas. Si bien es cierto que estos medios, son aplicables a casi todos los ámbitos de la vida en donde existe un conflicto o el riesgo de que estalle, el objetivo de la presente tesis es analizarlos y buscar su aplicabilidad en materia laboral.

Podría argumentarse que la conciliación y el arbitraje, en materia laboral, ya han sido regulados en Guatemala desde 1947, y que la práctica ha demostrado que esos medios no han contribuido a la verdadera solución de los conflictos laborales, y finalmente que hasta nuestros días los resultados positivos son muy pobres. Probablemente, sus detractores tengan razón; sin embargo, no se presenta con las críticas un análisis que tienda a buscar las fallas de esas instituciones y que al mismo tiempo proponga posibles soluciones. Desde esa perspectiva, considero importante destacar que en el mundo moderno de las relaciones

¹ ACUERDO SUSCRITO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 1996.



laborales, la solución de los conflictos a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje se practica regularmente y con eficacia.

Lo que se pretende resaltar en la presente tesis es que en Guatemala dichas instituciones no han evolucionado al punto de adecuarse a los cambios y necesidades de nuestra realidad nacional y del derecho laboral moderno.

Por lo antes dicho, mi intención es demostrar, a través del estudio comparado de estos medios de solución de conflictos de trabajo, que en Guatemala se hace necesaria una reforma legislativa profunda de las instituciones procesales, que recoja los mejores avances en la materia, con el fin de convertirlos en verdaderos mecanismos de acceso rápido y eficaz a la justicia laboral.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Consideraciones preliminares:

Antes de abordar la materia, es necesario hacer referencia a dos realidades que, a distintos grados, aparecen en casi todos los ámbitos de la vida social: el *Conflicto* y la *Divergencia* y la necesidad de encontrar una solución adecuada para guardar la paz entre ellos.

No podemos hablar de negociación, mediación, conciliación o arbitraje sin la existencia de un conflicto por mínimo que sea, el cual puede surgir entre individuos o grupos de individuos y una infinidad de diferencias o discrepancias entre las partes.

Es innegable que la forma más rápida y eficaz para solucionar un diferendo es la vía directa, pues en ella intervienen las personas más interesadas en encontrar una solución y un arreglo adecuados; sin embargo, por diversas razones, existe un momento en que las partes no pueden o no quieren llegar a un arreglo directo. Es en ese momento cuando la intervención de un tercero independiente e imparcial es necesaria; intervención que podrá ser para ayudarles a encontrar una solución (mediación y conciliación) o para imponerla, de la forma más justa y equitativa posible (arbitraje).

1.1 Conflicto y divergencia:

La Real Academia Española², define la palabra "conflicto" de la siguiente manera: "...3) fig. Espuro, situación desgraciada y de difícil salida; 4) fig. Problema, cuestión, materia de discusión..." y, la palabra "divergencia" es definida como: "...2) Diversidad de opiniones y pareceres".

En cualquier situación, los conflictos surgen normalmente de desacuerdos entre las partes; que se originan de diversos factores, tales como la forma en que cada una interpreta los hechos, en los objetivos que persiguen, en la aplicación o interpretación del derecho, en los métodos y procedimientos utilizados, en los intereses de cada una y en los valores éticos, morales, políticos, sociales, históricos, religiosos, etc.

En la antigüedad, muchos de los desacuerdos se resolvían por medios violentos que a veces hasta podían terminar en guerras; pero, en la actualidad se ha desarrollado un conjunto de modalidades, judiciales o extrajudiciales, destinadas a resolverlos pacífica, pronta y eficazmente. Doctrinalmente se les llama *Medios alternativos de solución de conflictos*; y su

² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, VIGÉSIMA PRIMERA EDICIÓN, 1992, EDITORIAL ESPASA CALPE S.A., MADRID

fin principal es el de evitar un proceso judicial, encontrando soluciones que pongan fin o prevengan un conflicto mayor derivado de una relación jurídica preexistente.³

I.2 Clases de solución de conflictos:

Los medios de solución de conflictos se dividen en medios de colaboración y en medios contenciosos, dependiendo de las formas que cada uno de ellos tome.

I.2.1 Medios no contenciosos o de colaboración:

Dentro de los cuales se encuentran principalmente *la mediación y la conciliación*. Este tipo de prácticas, tienen en común que se realizan con la colaboración de las partes y son facultativas. Se trata de una negociación asistida, es decir, con la intervención de un tercero imparcial. Eventualmente termina en una transacción, convenio o acuerdo entre las partes.

I.2.2 Medios contenciosos o contradictorios:

De los cuales *el arbitraje* es la mejor expresión. Estos medios son previstos en una norma jurídica de carácter obligatorio o, voluntariamente, en un contrato por medio del cual las partes han decidido someter sus diferendos a la decisión final de un tercero, susceptible de ejecución forzosa.

Además del arbitraje, existen otras formas de solución de conflictos contenciosos. *En efecto, Dispute Resolution*, de los autores Goldberg, Green and Sander,⁴ considerado como el principal texto norteamericano en este tema, enumera los siguientes medios:

- 1.- El *mini-trial*, se encuentra estructurado como un proceso judicial, con la característica de que es flexible y puede ser elaborado y desarrollado de acuerdo a las necesidades específicas de las partes.
- 2.- El *summary jury trial*, es un equivalente del *mini-trial* pero con jurado: El conflicto se plantea en una jornada frente a un jurado ficticio, el cual rinde un veredicto que no es obligatorio para las partes; pero, normalmente constituye una guía para que éstas se hagan una idea del posible resultado, en caso de ir a juicio.
- 3.- El *rent a judge*, es un sistema que cada día adquiere más popularidad y consiste en contratar a un juez jubilado para que dicte su fallo en determinado asunto. Las audiencias son privadas y adaptadas a las necesidades del caso. Las partes pueden

³ ANTAKI, NABIL, LES CONTRATS DE MEDIATION COMMERCIALE; SOLUTIONS DE RECHANGE AU RÈGLEMENT DES CONFLITS, PÁG. 3, EDITORIAL LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL, SAINTE FOY, QUEBEC, CANADÁ 1993

⁴ GOLDBERG, GREEN AND SANDER, DISPUTE RESOLUTION, BOSTON, LITTLE BROWN, 1983, CITADO POR EL PROFESOR GEORGE APPLEBEY, DE LA UNIVERSIDAD DE BIRMINGHAM DE GRAN BRETAÑA, EN SU TEXTO AN OVERVIEW OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, OP. CIT. NOTA 3, PÁG. 27

convenir en aceptar la decisión de este juez o tomarlo como una propuesta de solución.

4- El *med-arb*, busca promover una pequeña audiencia antes del arbitraje. El mediador asiste a las partes en la búsqueda de la solución del conflicto, persigue agotar la vía conciliatoria y predice el resultado del arbitraje, o del caso.

Aparte de los mecanismos antes indicados, existen otros que persiguen los mismos objetivos en otras ramas del derecho, tal es el caso de la "Conferencia o Discusión preparatoria" que se desarrolla en los procesos civiles o administrativos de Quebec, Canadá. Esta conferencia es mediada por un juez jubilado y consiste en intentar avenir a las partes a una solución consensual para evitar el juicio o, en el último de los casos a reducir los puntos litigiosos con el objeto de que en el juicio se discutan únicamente los puntos más importantes y verdaderamente controvertidos. Esta etapa es voluntaria y las propuestas no ligan a las partes; aunque en la mayoría de los casos en que se ha realizado esta conferencia las partes y sus abogados se forman una idea del resultado del juicio, lo que los lleva a un arreglo amistoso.

1.3 Breve reseña histórica

Los medios alternativos de solución de conflictos han evolucionado considerablemente durante los últimos veinte años en los Estados Unidos, Canadá y otros países desarrollados; sin embargo, su antecedente más importante es el arbitraje comercial que data de finales del siglo diecisiete. Los primeros tribunales de arbitraje, establecidos en 1846, atraían a los mercaderes, debido a la rapidez y simplicidad del procedimiento y porque las reglas aplicadas por esos tribunales se originaban de las propias costumbres contractuales⁵.

En la esfera de la diplomacia, la mediación ha sido utilizada con propósitos de paz y de concordia, Guillermo Cabanellas, nos explica que sirve para "... lograr la conciliación si se trata de una diferencia de sentimientos o principios; la transacción, si se disputa alguna materia territorial o económica; y la cesación de las hostilidades o una paz mitigada para el vencido, si se encuentran ante una guerra."⁶

En Inglaterra, al dividirse la competencia de los tribunales en razón de la materia, grado y territorio, dio lugar a la creación de tribunales de competencia especial que funcionaban con sus propias reglas de procedimiento, predominando la oralidad sobre la escritura, y un jurado dictaba el fallo.

En 1955, el funcionamiento de estos tribunales fue revisado por el Comité Franks, el cual unificó de los principios básicos de acceso a la justicia, tales como el derecho de acción, de equidad y de imparcialidad, recomendando también el establecimiento de un Consejo

⁵ ÍDEM NOTA 4, PÁG. 31

⁶ CABANELLAS, GUILLERMO, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, TOMO II, NOVENA EDICIÓN, BUENOS AIRES 1976

encargado de supervisar la actividad de estos tribunales. Al mismo tiempo, se fue desarrollando una serie de procedimientos extrajudiciales, que en los últimos años se ha convertido en una verdadera alternativa, aun en las materias mas tradicionales como lo son el derecho civil o penal.⁷

En Canadá, donde también se han desarrollado considerablemente las soluciones alternativas, se adoptó en 1900 la Ley federal de conciliación de conflictos de trabajo, que perseguía no solo la solución, sino también la prevención de conflictos por medio de la conciliación y el arbitraje⁸.

En Estados Unidos, el movimiento en favor de los medios alternativos de solución de conflictos se consolida en los años 1970, con el objeto de dar una respuesta moderna a los problemas de acceso a la justicia. Estos problemas se manifestaban principalmente en la acumulación de casos en los tribunales, el excesivo formalismo de los procedimientos y los costos elevados cuando se recurría a una solución judicial.

Este movimiento inspiró iniciativas como el *Citizen Dispute Settlement*, en Florida y el *Neighborhood Justice Center* en Massachusetts. El primero consistió en un programa experimental de la Barra de Abogados con el fin de resolver los conflictos cotidianos a través de la mediación. El segundo se instauró para establecer un mecanismo de solución de disputas comunales, recurriendo a la mediación, conciliación y arbitraje.

En el ámbito bancario, los Estados Unidos, Australia y Nueva-Zelandia habían establecido un procedimiento interno de solución de conflictos surgidos entre estos establecimientos y sus usuarios, posteriormente, se hizo participar a un tercero imparcial. En Australia, la asociación de banqueros favoreció la nominación de un ombudsman, que debía responder a un consejo independiente, para escuchar las quejas de los usuarios y darle solución. En Dinamarca, un mediador se ocupa de los asuntos relacionados con los consumidores, supervisando los sistemas de tarjetas bancarias y teniendo la responsabilidad de resolver las quejas de los consumidores. En el Reino Unido se impuso un proceso informal de arbitraje privado para resolver los conflictos relativos a los servicios bancarios.⁹ Esos mecanismos sirvieron de modelo o de inspiración al desarrollo de las instituciones modernas, aplicados en varios ámbitos de la vida y la sociedad.

En Francia, la institución de los conciliadores llena el vacío que había dejado la desaparición de los jueces de paz en 1958. Los conciliadores tienen como misión facilitar, fuera del

⁷ IDEM, NOTA 4, PÁG 32

⁸ CHARTIER, ROGER L'INSPECTION DES ETABLISSEMENTS INDUSTRIELS ET DES EDIFICES PUBLICS (1885-1900), PAG.160, RELATIONS INDUSTRIELLES, VOL. 17, NUM.3, LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL, SAINTE-FOY, QUEBEC, CANADÁ 1985

⁹ L'HEUREUX, NICOLE, PROFESORA DE LA UNIVERSIDAD DE LAVAL, CANADÁ, LES SOLUTIONS DE RECHANGE AU RÈGLEMENT DES PETITS LITIGES, OP. CIT. NOTA 3, PÁG.262

istema judicial, la solución amigable de los conflictos relacionados con derechos y bienes cuya disposición pertenece con exclusividad a los interesados.¹⁰

En Alemania, los conflictos relativos a la convención colectiva y los que se dan durante y después del proceso de negociación de convenciones colectivas, se resuelven recurriendo al mecanismo de arbitraje ante el Comité de arbitraje.¹¹

En Guatemala, la Revolución de 1944 dio lugar a una ola de huelgas laborales, por lo que el sector empresarial y las compañías extranjeras protestaron ante el gobierno. Éste como respuesta emitió el Decreto 64, que prohíbe el derecho de huelga e impone la conciliación y el arbitraje obligatorios.¹² Posteriormente, el primero de mayo de 1947, entra en vigor el primer Código de Trabajo que contiene normas sustantivas y procesales sobre la conciliación y el arbitraje, permitiendo la intervención de terceros y de amigables componedores que pueden contribuir en la solución de los conflictos. Mas recientemente, los Acuerdos de Paz firmados entre el Gobierno y la URNG prevén la mediación como una forma alternativa de solución de conflictos¹³.

4 Razones que justifican el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos¹⁴

De manera general, la necesidad de recurrir a medios alternativos para solucionar los conflictos se debe a diferentes factores. Entre los principales encontramos:

- 1- Las lagunas de los servicios jurídicos y sus estructuras.
- 2- La insatisfacción de la población y los intervinientes en cuanto a los costos y la lentitud en la administración de justicia, así como el incumplimiento de las sentencias.
- 3- La poca confianza por parte de la población en la administración de justicia, pero también la insatisfacción por parte de los abogados, psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales que intervienen.

¹⁰ IDEM, PÁG 249

¹¹ MAYER, UDO R., PROFESOR UNIVERSIDAD DE HAMBURGO, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN GERMAN ENTERPRISES, OP.CIT. NOTA 3, pág. 305.

¹² LÓPEZ LARRAVE, MARIO, BREVE HISTORIA DEL MOVIMIENTO SINDICAL GUATEMALTECO, PÁG.43. EDITORIAL UNIVERSTARIA, GUATEMALA, 1976

¹³ IDEM NOTA 1

¹⁴ APPLEBEY, GEORGE, OP.CIT. NOTA 3. PÁG. 33

Como ya se ha dicho, *los medios alternativos* constituyen una vía para solucionar un conflicto o para prevenirlo. Estos medios se llaman alternativos, precisamente porque las partes los escogen para evitar un proceso judicial.

Debemos subrayar que es erróneo pensar que la rapidez deba ser un aspecto necesario de estos procedimientos, ya que algunos pueden tomar más tiempo, particularmente cuando se agregan otras prácticas importantes al procedimiento, como la de incorporación de prueba o una etapa de investigación.

Algunos argumentos en favor de estos medios de solución de conflictos son los siguientes:

- 1- La forma de resolver conflictos se hace por medio de soluciones creativas, pensando en las partes, y evitando el formalismo excesivo que puede existir en el proceso judicial.
- 2- Representa una economía para las partes, ya que reduce los gastos que normalmente ocasiona un juicio, así como el pago de honorarios de abogados.
- 3- La participación directa de las partes en la búsqueda de una solución contribuye a resolver el conflicto con mejores resultados y mayor satisfacción.
- 4- Un tercero imparcial escogido por las partes ayuda a resolver mejor el problema que un juez o las partes solas. En el caso del primero, porque su decisión normalmente se toma en contra de una de las partes, la que queda insatisfecha.
- 5- Los costos del convenio son menores en términos de tiempo y dinero.
- 6- Los convenios evitan el desgaste psicológico de las partes que provoca el proceso judicial. Asimismo terminan el conflicto ya que no existen recursos procesales que puedan dejarlo sin efecto.
- 7- Los convenios permiten que las partes obtengan concesiones recíprocas y no sientan que han perdido su causa.
- 8- Los abogados, por su parte, pueden dedicar más tiempo a otros casos y generalmente obtienen sus honorarios rápidamente y un uso más eficiente de su tiempo.

CAPITULO II

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

II.1 La Mediación

II.1.1 Concepto

Según el diccionario de la Lengua Española, mediar es...³. *Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.*

El Diccionario de Derecho usual, del autor Guillermo Cabanellas,¹⁵ indica que mediar es "...*avenir, conciliar...Intervenir en un conflicto internacional para obtener un arreglo que satisfaga parcialmente a ambas partes...*" Mediación es: "*Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados*".

Por su parte el Abogado André Murray define "mediación" como la intervención, en un conflicto o negociación, de una tercera persona aceptable, imparcial y neutra, sin poder de decisión, con el fin de ayudar a las partes a encontrar ellas mismas un acuerdo viable, satisfactorio y capaz de responder a sus necesidades¹⁶.

La psicóloga y mediadora estadounidense Joan Kelly, explica que la mediación es un proceso de cooperación con el cual se persigue la solución de un conflicto, en el que una tercera persona imparcial es solicitada por los protagonistas para que les ayude a encontrar una solución amigable y satisfactoria¹⁷.

Ahora bien, si consideramos que la mediación es un proceso que ayuda a las partes a encontrar un acuerdo, es necesario tomar en cuenta que existen varios tipos de mediación, dependiendo de lo que se trate de resolver. El autor Jean-François Six¹⁸ las clasifica en cuatro

¹⁵ CABANELLAS, GUILLERMO, IDEM NOTA 6

¹⁶ MCCONOMY, RICHARD J., AUTRES MOYENS DE RÉOLUTION DE CONFLITS, PÁG. 150, LA MÉDIATION FAMILIALE, LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC., 1992 COWANSVILLE, (QUÉBEC) CANADÁ

¹⁷ IDEM, PÁG 151

¹⁸ SIX, JEAN FRANÇOIS, LE TEMPS DE MÉDIATEURS, CITADO POR MCCONOMY, RICHARD J. EN AUTRES MOYENS DE RESOLUTIONS DE CONFLITS, EN LA MÉDIATION FAMILIALE, COLLECTIF MULTIDISCIPLINAIRE; PÁG. 151, LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC., QUÉBEC, CANADÁ, 1992

clases, dos de ellas destinadas a crear o mejorar un vínculo, las otras dos a solucionar un conflicto:

- 1- **La mediación creadora:** que tiene como objeto suscitar, entre personas o grupos, vínculos que no existían con anterioridad, con los cuales se persigue beneficiar a cada uno.
- 2- **La mediación renovadora:** que permite mejorar entre dos personas o grupos los vínculos ya existentes; pero que estaban distantes o indiferentes, como el caso de los conflictos matrimoniales.
- 3- **La mediación preventiva:** que consiste en tratar divergencias que comienzan a gestarse, para evitar que ocurra o surja el conflicto.
- 4- **La mediación curativa:** que responde a un conflicto existente, ayudando a las personas o grupos implicados a encontrar, por ellos mismos, una solución satisfactoria.

Como puede deducirse de lo anterior, cualquiera que sea su campo de aplicación, la mediación conlleva la intervención de una tercera persona, designada por las partes, con el objeto de ayudarles a llegar a un acuerdo sobre puntos precisos de divergencia.

La función del mediador es clarificar los puntos de divergencia y buscar la solución capaz de satisfacer a las partes, llamándolas a adoptar posturas razonables, usando la persuasión y dando sugerencias cuando haya sido expresamente autorizado para ello.

II.1.2 Naturaleza Jurídica de la mediación

Las prácticas no contenciosas de solución de conflictos, las cuales no se limitan a la mediación, tienen en común que las partes se someten a ellas de manera voluntaria y colaboran en la búsqueda de soluciones, contrariamente al arbitraje, el cual se origina de un mandato legal o de un contrato por el cual las partes han decidido someter la resolución o juzgamiento de sus diferendos a la decisión de un tercero, que dicta una sentencia susceptible de ejecución forzosa.

La mediación es un método persuasivo, en el cual el mediador actúa como un consejero o amigable componedor, que interpone sus buenos oficios para ayudar a resolver o prevenir un conflicto o para restablecer las buenas y normales relaciones entre las partes.

De esta manera, las presiones, el uso de la fuerza, la imposición forzosa de soluciones quedan excluidas de este método alternativo.

I.1.3 Características de la mediación:

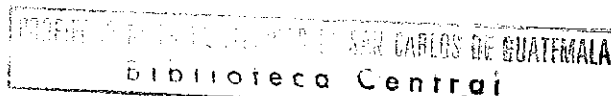
- 1- **Global (universal) o parcial (particular):** *global*, cuando se refiere a todos los puntos relacionados con el conflicto y *parcial*, cuando tratan uno o varios puntos específicos.
- 2- **Voluntario (consensual) o preceptuado:** *voluntario*, cuando las partes dan su consentimiento para recurrir a esta vía. En algunos países existe un servicio estatal de mediación, y los jueces pueden invitar a las partes a agotar esta vía antes del proceso judicial. *Preceptuado o de mandato*, es cuando la ley o el contrato preceptúa que las partes deben recurrir primero a la mediación.
- 3- **Cerrada o abierta:** *cerrada*, cuando lo discutido en las sesiones de mediación quedan con carácter confidencial, tomando en cuenta que las partes escogen la mediación sobre una base voluntaria. *Abierta*, es cuando el mediador puede informar al juez de la causa, produciendo un informe en el caso que las partes no lleguen a un acuerdo.
- 4- **Bilateral:** porque las partes deben hacer concesiones recíprocas para llegar a un acuerdo.
- 5- **Informal:** en la mediación no existen muchas reglas de procedimiento, ya que el éxito se debe en particular a la habilidad del mediador para encontrar la *fórmula* capaz de satisfacer a las partes en conflicto, el planeamiento del problema, la actitud adecuada y la postura razonable de cada una de las partes.

II.1.4 Reseña histórica

Durante mucho tiempo, la mediación fue el mecanismo utilizado por excelencia en el Derecho Internacional Público o Privado y en el Derecho Mercantil; sin embargo, debido a las dificultades de acceso a la justicia y a la necesidad que se origina con los cambios sociales, políticos y económicos de los últimos tiempos, los medios alternativos como la mediación son utilizados en casi todos los ámbitos de la vida cotidiana y del derecho moderno.

En Guatemala, a lo largo de la historia del sindicalismo, son numerosos los conflictos que han sido resueltos con la mediación de los llamados amigables componedores. Han sido generalmente los órganos de la administración pública como la Oficina Nacional del Servicio Civil que ha intervenido como mediadora en la solución de numerosos conflictos¹⁹. Se ha tratado principalmente de conflictos cuya solución se dificultó debido al contexto social y político que durante varios años se vivió en Guatemala y al que se puso fin con la firma de los Acuerdos de paz de la última década, para los cuales se requirió la mediación de las Naciones Unidas.

¹⁹ LÓPEZ LARRAVE, MARIO, OP. CIT. NOTA 12, PÁG. 65.



Como ya se ha dicho antes, los cambios sociales, políticos y económicos acaecidos en los últimos años, han necesitado la creación de medios alternativos de solución de conflictos. En el dominio de los negocios, las relaciones de trabajo, el medio ambiente, los asuntos de las comunidades indígenas o rurales ha existido una tendencia a buscar acuerdos, antes que recurrir al veredicto de un tribunal.

II.1.5 El contrato de mediación

El contrato de mediación es generalmente muy simple y se fundamenta esencialmente en la confianza que las partes relacionadas tienen entre si y el tercero nombrado.

II.1.5.1 Elementos del contrato de Mediación

II.1.5.1.1 Elemento formal:

El contrato de mediación puede ser verbal o escrito. Generalmente no existe ninguna norma o mandato legal que obligue a las partes a adoptar la forma escrita o a cumplir con ciertos requisitos. Son las partes mismas quienes establecen los puntos sobre los que se basaran las negociaciones y estipulan el contenido contractual que les convenga. Pueden crear un procedimiento y prever la modalidad para designar al mediador. En resumen, estos contratos pueden ser concluidos por las partes, independientemente de los modelos legales, y ello en virtud de la libertad contractual de la que gozan. El formalismo en este caso no es una condición de validez sino un elemento de seguridad.

Es importante subrayar que hay países en donde existen organismos que ofrecen un servicio permanente de mediación, en tal caso, si las partes deciden utilizar esos servicios, deben someterse a los reglamentos de la institución que normalmente prevén las reglas de procedimiento, los honorarios del mediador o de la institución, etc.

II.1.5.2 Elementos personales:

II.1.5.2.1 Las partes:

Este elemento esta constituido por las personas involucradas directamente en el conflicto, tienen intereses contrapuestos y deciden de común acuerdo someter sus divergencias al procedimiento de mediación. En el caso de los conflictos de carácter laboral las partes implicadas son obviamente los trabajadores individuales o representados por el sindicato y los patronos individuales o sus sindicatos.

II.1.5.2.2 El mediador:

El mediador es la persona que por designación de las partes, participa en un conflicto para intentar acercarlas y ayudarles a resolver sus diferencias amistosamente. Sus cualidades más importantes son las de ser imparcial, neutro y sin poder de decisión.

La mediación²⁰ conlleva la intervención del mediador que no tiene autoridad más que para hacer acercar a las partes, esclareciendo dudas, mitigando rencores, limando las diferencias y dejando a salvo el respeto, el honor o el orgullo de las personas involucradas en el conflicto. Los mediadores pueden a veces desempeñar funciones innovadoras e importantes en la solución de las disputas, aunque en determinados momentos simplemente podrían concretarse a llevar café a la parte laboral y a la parte empresarial; todo depende de las facultades otorgadas por las partes y de la habilidad del mediador para conducir las sesiones.

El mediador constituye un factor determinante en la práctica de mediación, por lo que deben considerarse ciertos puntos importantes:

- 1- La profesión del mediador es uno de los primeros puntos a evaluar tomando en cuenta la naturaleza del conflicto.
- 2- Su experiencia y conocimientos del derecho, de ello depende que el mediador puede tener una visión amplia o restringida del problema.
- 3 El número de mediadores, según la naturaleza del litigio y su costo.
- 4- La confianza de las partes en el proceso de mediación y en el mediador.
- 5- La experiencia en la mediación. Un mediador experimentado conoce los diferentes métodos y los adecúa a las circunstancias, sistematiza la información para poder hacer sugerencias, estructurar el diálogo y controlar las actitudes y comportamiento de las partes, actuando al mismo tiempo con imparcialidad.

La mediación es considerada como una práctica distinta de la conciliación u otros medios alternativos, ya que tiene objetivos particulares y métodos propios de intervención. La mediación no es una nueva forma de hacer terapia o hacer derecho, es una práctica que responde a reglas precisas y que hace uso del conocimiento y experiencia de los profesionales que la ejercen.

El conciliador y el mediador son intermediarios de buenos oficios que no tienen el poder de obligar a las partes. En ocasiones las partes piden a este tercero de ocuparse sobre los puntos importantes para celebrar un convenio. El vínculo que une entonces a las partes y al mediador es de la naturaleza de un mandato, que es revocable únicamente de común acuerdo

²⁰ GOULD IV WILLIAM B., NOCIONES DE DERECHO NORTEAMERICANO DEL TRABAJO, EDITORIAL TECNOS, S.A. PÁG. 120, MADRID 1991

entre las partes. La decisión del mandatario, tomada en el tiempo y lugar obliga a las partes que han otorgado este mandato.

II.1.5.2.2.1 Funciones del mediador

La naturaleza de la función del mediador es de ser imparcial, y esta exigencia es de orden público. Cualquier desviación en este sentido podría comprometer la mediación y eventualmente la transacción que resulte de esto.

Las funciones del mediador deben esclarecerse desde un inicio, para ello es importante tomar en cuenta su profesión, cualidades y experiencia.

El mediador puede sugerir soluciones que estén basadas o no en normas jurídicas. El contrato de mediación debe sugerir una solución equitativa, tomar en consideración las circunstancias del litigio y elementos que pueden coincidir con soluciones jurídicas pero que pueden también no serlo si así lo deciden las partes. La mediación supone además una transacción que puede estar fundada sobre consideraciones no jurídicas.

II.1.5.2.2.2 El abogado mediador

Algunos pretenden que el abogado debería evitar de aceptar el papel del mediador en aplicación del código deontología de su profesión que le prohíbe representar intereses contradictorios.²¹

Algunos colegios de abogados extranjeros han reglamentado esta actividad²², imponiendo así a los abogados-mediadores obligaciones mayores que aquellas a las cuales se someten los otros profesionales. Tales argumentos son fundados sobre la mala comprensión del papel del mediador y sobre una lectura errónea de las reglas de deontología pues el mediador no representa a las partes. Las reglas generales de deontología que exigen imparcialidad del abogado y el profesionalismo de los individuos son suficientes para garantizar el buen desarrollo de su papel. El deber de reserva que el abogado debe escrupulosamente respetar completa de forma satisfactoria las exigencias elementales de la justicia.

La Abogada quebequense Suzanne Clairmont, en su trabajo *El abogado y la mediación*²³ divide las funciones del abogado dentro de esta institución de la manera siguiente:

- 1- *El abogado-mediador*, para poder aceptar el mandato debería:
 - 1.1 tener la formación, conocimientos, experiencia y habilidades esenciales en

²¹ ART. 24, CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE GUATEMALA

²² ANTAKI, NABIL, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD LAVAL, QUÉBEC, CANADÁ, LES CONTRATS DE MEDIATION COMMERCIALE, OP. CIT. NOTA 3, PÁG. 16

²³ SUZANNE CLAIRMONT, L'AVOCAT ET LA MEDIATION, EN LA MÉDIATION FAMILIALE, COLECTIF MULTIDISCIPLINAIRE, OP. CIT. NOTA 18, PÁG. 125

la práctica de la mediación;

1.2 informar a las partes que su papel es de mediador y no de abogado de una u otra de ellas;

1.3 informar a las partes que un acuerdo de mediación no tiene la autoridad de un fallo judicial.

- 2- *El abogado-colaborador*, o sea el que refiere a las partes a la mediación, como un consejero de cualquiera de las partes implicadas en la mediación o como procurador de las partes que han logrado llegar a un acuerdo a través de la mediación.

Concluye la mencionada autora, que es importante que todos los abogados reciban una formación básica en mediación. El objetivo no es convertirlos en mediadores pero si hacerlos buenos colaboradores con sus colegas mediadores o con otros profesionales mediadores, con a finalidad de ayudar a las partes a concluir un acuerdo satisfactorio y equitativo.

II.1.5.2.2.3 Ingerencia de terceras personas

Se considera importante la intervención de terceros para el caso en que las partes y el mediador no conozcan la totalidad del contexto que les permita tomar una decisión final. Con ese objetivo puede invitarse a expertos o bien autorizar al mediador a dirigirse directamente a ellos, su presencia es de carácter extraordinario.

II.1.5.3 Elementos objetivos del contrato de mediación

II.1.5.3.1 El procedimiento

1- Principios del procedimiento:

Se basa en los principios de autodeterminación de las personas y de cooperación de búsqueda de soluciones.

2- Elementos que deben tomarse en cuenta al establecer el procedimiento:

- 2.1 Fijar en la invitación a la mediación, indicando detalladamente el *objeto* de la misma y combinándola con una *fecha límite* para comparecer, después de la cual se presumiría que la persona invitada rechazó la invitación o bien que el procedimiento de mediación comienza en el momento preciso en que la invitación hecha por una parte a la otra es recibida favorablemente por esta.
- 2.2 Determinar fechas de *inicio y fin de la mediación*, ya que ciertos derechos y obligaciones pueden depender de estas fechas. La fijación de la fecha del final

de la mediación es importante porque esta libera a las partes de su compromiso y les permite tomar otros procedimientos. En el caso en que la ley interrumpa las prescripciones durante la mediación, la fecha final tiene una importancia particular.

- 2.3 Debe subrayarse asimismo el carácter facultativo del procedimiento.
- 2.4 Las partes deben familiarizarse con las etapas del proceso de mediación y además de los principios y modalidades de la negociación. Lo cual pertenece o es responsabilidad del mediador.
- 2.5 Debe preverse las formas de terminación del procedimiento.

3- Desarrollo del procedimiento: formas de comunicación entre el mediador, las partes y sus consecuencias jurídicas

- 3.1 El mediador puede entrevistarse con las partes separadamente. La regla general es que el mediador recibe una parte de la información de que conciernen el litigio y revela el contenido a la otra parte, excepto cuando la información le es dada con la condición expresa que sea confidencial. Esta regla y su excepción son contrarias a los principios fundamentales del arbitraje. En el contexto de la mediación, esta regla es normal y es la que permite al mediador cumplir con su misión.
- 3.2 La regla de confidencialidad debe ser completada por un compromiso que prohíba al mediador de actuar como árbitro, o representar o ser consejero de una de las partes en un procedimiento relativo al litigio y garantizar que no será citado como testigo en un tal procedimiento. La prohibición se explica por la necesidad de preservar la imparcialidad del mediador y la confianza de las partes en la institución. Las reglas de deontología de ciertas profesiones como la de los abogados son suficientes para llenar esos requisitos. Además, el derecho común tiene soluciones satisfactorias en este dominio, pero la importancia de la institución obliga a recordar el principio.

4- Terminación del procedimiento de mediación:

Puesto que las partes prevén la forma de procedimiento, pueden asimismo prever su finalización. El Art. 15 del reglamento de conciliación de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho comercial internacional, CNUDCI²⁴, es el modelo contractual ad hoc mas utilizado en contratos internacionales y contiene elementos importantes aplicables al derecho laboral. Dicho reglamento determina que la mediación finaliza:

- 4.1 por la firma del acuerdo de transacción por las partes, en la fecha del acuerdo,

²⁴ OP.CIT. NOTA 22, PÁG 14

- 4.2 por una declaración escrita del mediador, después de consultar a las partes constatando que nuevos esfuerzos de mediación no son justificados, en la fecha de la declaración, o
- 4.3 por una declaración escrita, dirigida por una parte a la otra y si un mediador a sido nombrado, a este último para poner término al procedimiento de mediación en la fecha de la declaración.

5- Los gastos del procedimiento y la consignación de su monto:

Las partes deben prever de forma explícita los gastos admisibles del procedimiento y la forma de compartirlos, o pagarlos.

Deben prever el anticipo de los gastos y consignarlos eventualmente. La regla habitual en materia de mediación, es que las costas son compartidas por igual, aunque nada excluye que una de las partes las asuma todas.

II.1.5.3.2 El acuerdo de transacción

Una mediación exitosa termina por un contrato de la misma naturaleza que el de transacción. La transacción es un contrato que tiene como características el de ser consensual, sinalagmático, oneroso y declarativo. Tiene además entre las partes la autoridad de cosa juzgada.

El carácter declarativo del contrato debe ser tomado seriamente en consideración en la finalización de acuerdos con el objeto de evitar su descalificación, razón por la que debe tenerse cuidado en la redacción del acuerdo de transacción.

Para acentuar el efecto de la transacción, algunas legislaciones se refieren a ella como una sentencia arbitral y aun se da a las transacciones otorgadas en el extranjero los privilegios de ejecución de las sentencias extranjeras.

II. 2 La Conciliación

II.2.1 Concepto

La Real Academia Española define la palabra conciliar ...2. *Conformar dos o mas proposiciones o doctrinas al parecer contrarias.*

Por su lado Guillermo Cabanellas define la conciliación²⁵ como: *Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito* y agrega que *...procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar*. En cuanto a la conciliación laboral dice que se trata de *...un sistema de conciliación especial, que tiende a evitar el planteamiento de un conflicto o a resolver el surgido, sobre todo en caso de huelga*.

Para el autor mexicano Alberto Trueba Urbina,²⁶ *El procedimiento de conciliación tiene por objeto buscar un arreglo amistoso entre las partes; función que la doctrina llama de autocomposición frente a la heterocomposición, por cuanto que son los mismos interesados quienes logran su propio avenimiento*.

De lo anterior se desprende que la conciliación es el acuerdo que tiene lugar entre las partes, que discuten sobre sus derechos u obligaciones, sin necesidad de juicio y con la intervención de un tercero, a fin de evitar un pleito entre ellas. Así, por ejemplo, en materia laboral, obreros y patronos en desavenencia encargan voluntariamente o por mandato de la ley a un conciliador que les ayude a discutir y encontrar las bases para un arreglo que sea conforme a sus intereses. Para ello será necesario que estén abiertas a exteriorizar sus quejas y sus pretensiones de una manera libre y voluntaria, lo que se logrará al estipular que lo discutido durante las reuniones no será o no podrá ser utilizado como prueba en etapas subsiguientes y que el conciliador no podrá informar o atestiguar ante un árbitro o tribunal sobre lo discutido.²⁷

La conciliación²⁸ constituye en la mayoría de legislaciones una etapa previa al arbitraje o al juicio laboral. Lo importante en los países desarrollados, es que los terceros intervinientes se han convertido en profesionales de la conciliación y son generalmente hábiles comunicadores y respetados por las partes. Además las partes se han acostumbrado a ver la institución como un instrumento útil y no como una etapa dilatoria e inoperante. Todo lo anterior ha hecho que la conciliación se considere hoy en día como un verdadero y exitoso medio para solucionar los conflictos laborales individuales o colectivos.

En la práctica, este método es utilizado con mucha efectividad en la negociación de Pactos colectivos, particularmente cuando las discusiones se encuentran empantanadas por posiciones inflexibles de las partes, toda vez que el conciliador profesional tratará en todo momento de encontrar soluciones medianeras que satisfagan a todos.

²⁵ OP.CIT, NOTA 6, TOMO 1, PÁG. 449

²⁶ TRUEBA-URBINA, ALBERTO, NUEVO DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO, PÁG. 331, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO DF 1978

²⁷ PROMONT DE BOUAILLE, CITADO POR TRUEBA-URBINA, ALBERTO, IDEM, PÁG. 188

²⁸ LADOUCEUR, ANDRÉ, ARBITRO Y MEDIADOR, DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN DROIT DU TRAVAIL (1993), PÁG. 115, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, (PUBLICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE QUÉBEC, CANADÁ), LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.

1.2.2. Naturaleza jurídica

Dependiendo de su fuente, la conciliación puede ser *convencional o legal*. Es *convencional* cuando las partes han suscrito voluntariamente un acuerdo para someter sus desavenencias a un conciliador. Y, es *legal*, cuando tiene su base en normas jurídicas,²⁹ lo que generalmente está previsto como una etapa previa y a veces obligatoria al planteamiento del litigio en el proceso arbitral o judicial. Debe subrayarse que no obstante ser legal, la conciliación conserva su naturaleza no contenciosa.

En la conciliación legal, se pueden adoptar diferentes métodos, aunque los más comunes son aquellos que únicamente señalan la etapa como obligatoria, y dejan a las partes que definan el procedimiento a utilizar. Otras simplemente agregan los principios básicos sobre los cuales se deberá desarrollar la etapa. También las hay en donde se señala un procedimiento supletorio en caso de que las partes no lo hayan previsto o no estén de acuerdo sobre el procedimiento a seguir.

Es importante recordar que la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Comercial Internacional, a través del Reglamento de conciliación, ofrece un modelo contractual ad hoc para los contratos internacionales. Este Reglamento dedica sus primeros veinte artículos a los puntos básicos que permiten la suscripción de un contrato equitativo y equilibrado. Dicho Reglamento puede ser de fácil adopción y adaptación en el derecho interno de cada país o una guía para los convenios particulares.

El mismo Reglamento, recomienda que en caso de que las partes deseen confiar el arreglo de sus desavenencias a un organismo o persona en particular, tengan el cuidado de designarlos específicamente y que estipulen una cláusula para que el expediente de conciliación sea administrado según los términos del contrato. De esta manera, las partes estarán comprometidas a respetar el procedimiento y otorgan de antemano al organismo o a la persona señalada, la autoridad necesaria para intervenir en el expediente.

Para que el proceso de conciliación sea efectivo, es importante que organismos especializados o las personas designadas estén disponibles permanentemente y no puedan rechazar el mandato sino por razones justificadas.

Como el fracaso de la conciliación en el caso de la negociación colectiva laboral remite al arbitraje obligatorio, muchas veces innecesario y oneroso, algunos países han creado mecanismos que contribuyen a la utilización adecuada de la conciliación. El recurso más conocido es el sistema llamado de *pago en la corte*, utilizado sobre todo en Inglaterra, Australia y algunas Provincias de Canadá. Este mecanismo consiste en condenar en costas a la parte que en la etapa conciliatoria, no ha aceptado una oferta, que durante el juicio arbitral o judicial se demuestra que era válida y razonable. El pago de costas cubre todas las

²⁹ POR EJEMPLO LOS ARTÍCULOS DEL 382 A 394 CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO

instancias, incluyendo las de conciliación.³⁰ Con ello se persigue evitar las tácticas dilatorias y las posiciones inflexibles sin motivo serio y aparente.

II.2.3 Características de la conciliación

- 1- **Contractual o legal:** porque puede constituirse por el acuerdo de voluntades entre las partes a través de un convenio o contrato o porque una ley específica lo estipula como una fase independiente y previa al juicio.
- 2- **Bilateral:** porque las partes hacen concesiones recíprocas; aunque, en ningún momento podrán ser contrarias al orden público y, en materia laboral, inferiores a las normas mínimas. Se logra a través de una negociación en la cual prevalecen los principios de buena fe y de flexibilidad. Las partes deben guardar una postura flexible, apartada de argumentos jurídicos rígidos que hagan perder cualquier oportunidad de arreglo.
- 3- **Informal:** Esta característica es la esencia misma de la conciliación, toda vez que no se aplican las reglas rigurosas y muchas veces formalistas del procedimiento judicial, tampoco se aplican las reglas de la prueba. El arreglo se verifica normalmente a través de un proceso verbal, firmado por las partes y por el conciliador, aunque nada impide que se haga a través de un instrumento independiente, privado o notarial.
- 4- **Requiere la intervención de un tercero:** Se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial, escogido por las partes para asistirlos en su negociación; pero sin poder de decisión.
- 5- **El resultado obliga a las partes:** Que se trate de una conciliación convencional o legal, el acuerdo debe ser de cumplimiento obligatorio para las partes; sin embargo, tratándose de un arreglo aceptable, libre y voluntario, rara vez se necesitaría forzar su cumplimiento.

II.2.4. Elementos de la conciliación

1.2.4.1 Elemento formal:

Debido a su naturaleza voluntaria y flexible las partes normalmente suscribirán un acuerdo de conciliación sin los formalismos de un contrato nominado y ayudados por el conciliador, determinarán sus propias reglas de procedimiento.

³⁰ CAPPELLETTI, MAURO Y GARTH, BRYANT, EL ACCESO A LA JUSTICIA, TRADUCCIÓN MÓNICA MIRANDA, PÁG. 57, FONDO DE CULTURA ECONÓMICO, MÉXICO DF 1996

En materia laboral, la mayoría de países utiliza la conciliación para resolver los conflictos provenientes de la negociación colectiva, o las divergencias originadas de la aplicación o interpretación de los Pactos colectivos de trabajo, como una etapa previa al procedimiento judicial o de arbitraje. Su regulación y alcances varía de un país a otro, dependiendo de la filosofía que gobierna la legislación laboral y sus diferentes instituciones.

En buen número de países latinoamericanos se adopta la conciliación como etapa previa y obligatoria al arbitraje o al ejercicio del derecho de huelga y señalan al mismo tiempo el procedimiento a seguir. Lamentablemente el carácter obligatorio y la imposición del procedimiento desnaturaliza la función de la institución. Además, de que en la mayoría casos, el procedimiento señalado es muy formalista y engorroso, lo que dificulta su utilización.

En las legislaciones modernas de trabajo, la conciliación está regulada de una manera muy diferente, toda vez que, aunque se tenga como etapa previa al arbitraje, la misma no es obligatoria y, aparte de los principios y algunos plazos, tampoco se señala un procedimiento a seguir por las partes. En otros países, para ayudar a resolver cualquier conflicto surgido durante la etapa de negociación de un Pacto colectivo, el Estado designa a una autoridad competente para nombrar a los conciliadores, lo que se hará generalmente a petición de una de las partes y excepcionalmente los designará de oficio cuando las circunstancias particulares del conflicto así lo recomienden (orden público, paz social etc.).

En ambos casos, el legislador se ha cuidado de no fijar él mismo las reglas de procedimiento, con el objeto de no alterar la naturaleza propia de este mecanismo, y no perder de vista el fin último, que es la conclusión de un Pacto Colectivo de condiciones de trabajo³¹.

En lo que respecta las divergencias o conflictos derivados de la interpretación o aplicación de Pactos Colectivos, esas legislaciones han dejado a las partes, la facultad de definir ellas mismas el procedimiento interno para la solución de quejas y conflictos de trabajo (individuales o colectivos). Este procedimiento, incluye las etapas alternativas antes del arbitraje, tales como la vía directa, la conciliación o la mediación. Sólo en ausencia de ese mecanismo convencional, se aplicará el procedimiento sugerido en la ley. Lo importante es que ese procedimiento, que haya sido pactado por las partes o se encuentre estipulado en la ley, siempre será sencillo y rápido.³²

Vale la pena subrayar que el derecho de huelga o de paro no pueden ser ejercidos mientras estén vigentes los Pactos Colectivos. Esta situación responde al hecho de que dichos Pactos regulan todas las relaciones entre patronos y trabajadores, así como el procedimiento de solución de cualquier diferendo o conflicto. En esencia, lo que se persigue es que se mantenga la paz social e industrial, con lo cual ambas partes resultan beneficiadas.

³¹ ARTS. 54, 55, 97 Y 98 DEL CÓDIGO DE TRABAJO DE QUEBEC (CANADÁ)

³² ART. 100 CÓDIGO DE TRABAJO DE QUÉBEC, CANADÁ

El derecho de huelga sólo puede ejercerse durante el período de negociación de un Pacto Colectivo; con ello, se le devuelve a la huelga su verdadera función, es decir un mecanismo de presión económica para obtener concesiones por parte del patrono, que luego serán plasmadas en dichos Pactos.

II.2.4.2 Elemento formal en diferentes legislaciones

Guatemala

En Guatemala, como ya se ha dicho con anterioridad, se creó el Decreto 64 (de la Revolución del 44), como consecuencia de la ola de huelgas desatada en el país, a fin de prohibir el derecho de huelga y remitir a la conciliación y al arbitraje obligatorios. Actualmente la conciliación y el arbitraje continúan regulándose como mecanismos previos y obligatorios al ejercicio del derecho de huelga. Ellos rigen tanto para los conflictos surgidos durante la negociación de Pactos colectivos como para aquellas cuestiones susceptibles de provocar una huelga o paro³³.

Para resolver sus conflictos, las partes deben agotar obligatoriamente la vía directa con o sin mediación y, transcurridos treinta días a partir de la fecha en que el sindicato o el patrono recibieron el proyecto de pacto colectivo, sin que hayan llegado a un acuerdo pleno, cualquiera de las partes puede acudir al Tribunal de Conciliación para que este proponga los medios o bases generales de arreglo.³⁴ El problema es que, según se afirma por quienes han estudiado el tema, la etapa de conciliación en nuestro país presenta serios inconvenientes, pues en lugar de facilitar una solución adecuada del conflicto, no logra ningún avance en la negociación y no hacen más que prolongarlo.³⁵ Para solucionar esos inconvenientes, se hace necesaria una reforma profunda de la institución, con el objeto de fijar que sea a impulso de parte, plazos cortos, un conciliador único independiente e imparcial, así como los principios básicos y normas mínimas obligatorias, tales como la obligación de asistir a cada convocatoria del conciliador y la obligación de negociar con diligencia y buena fe; las cuales deberán ser acompañadas de sanciones penales efectivas, impuestas en un procedimiento abreviado, y sin provocar la suspensión del procedimiento principal

³³ ARTÍCULO 386 DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO: DOS HORAS ANTES DE LA SEÑALADA PARA LA COMPARECENCIA, EL TRIBUNAL DE CONCILIACIÓN OIRÁ SEPARADAMENTE A LOS DELEGADOS DE CADA PARTE Y ESTOS RESPONDERÁN CON PRECISIÓN Y AMPLITUD A TODAS LAS PREGUNTAS QUE SE LES HAGA.

³⁴ ARTS. 51 PENÚLTIMO PÁRRAFO, 374 AL 396 DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO.

³⁵ ZABALETA MENDEZ, CARLOS ANTONIO; LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU NORMATIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO (TESIS DE GRADUACIÓN), EDITORIAL MAYTÉ, GUATEMALA 1993. PÁGS. 182-183

México

En México, por disposición constitucional³⁶, todo conflicto de trabajo debe ser resuelto por la decisión de un órgano estatal, llamado Junta de Conciliación y Arbitraje, integrada en forma tripartita con la representación del Estado y las partes obrera y patronal. Dentro del procedimiento, el juicio debe iniciarse con la intervención conciliatoria de la Junta.³⁷ Existen también órganos administrativos de trabajo que tienen a su cargo una función conciliatoria y pueden intervenir, bien sea a petición de parte o, incluso oficiosamente, para incitar y ayudar a las partes de la contienda a encontrar la solución adecuada, mediante convenios que viten el proceso judicial o le pongan fin si ya se ha iniciado. De acuerdo con la ley obrera mexicana, si las partes no se concilian privadamente, los órganos jurisdiccionales del Estado tienen el deber de provocar la conciliación, que constituye un trámite obligatorio en los conflictos individuales y colectivos jurídicos³⁸.

Alemania

En Alemania, el Código de Trabajo permite el recurso a mecanismos alternativos para la solución de algunos conflictos; aunque, en la práctica, se recurre a ellos únicamente para resolver los conflictos que surgen durante el proceso de negociación de convenios colectivos durante la vigencia de éstos.³⁹

En las vías extrajudiciales de solución de conflictos alemanes, intervienen las partes o sus representantes, las comisiones o comités de conciliación o de arbitraje designados para conocer el conflicto. Son los sindicatos y patronos quienes acuerdan los mecanismos de solución de conflictos durante el tiempo que este vigente el Pacto colectivo. Generalmente, pueden convenir en que se agote el procedimiento de conciliación para las disputas que surjan durante el proceso de negociación colectiva. Cuando iniciado un conflicto se acude a la conciliación, lo que se persigue es la conclusión de un acuerdo. Si las partes no logran ese objetivo, el conflicto es referido al Comité de arbitraje, quien tomará una decisión obligatoria para las partes a menos que recurran ante un tribunal de trabajo para que resuelva en definitiva⁴⁰.

³⁶ LÓPEZ APARICIO, ALFONSO, EL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO, TOMO II, PÁG. 76, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, FACULTAD DE DERECHO, MÉXICO 1974

³⁷ ALBERTO TRUEBA URBINA, OP. CIT. NOTA 36, PÁG. 331

³⁸ IDEM, NOTA 36

³⁹ OP. CIT. NOTA 11, PÁG. 305

⁴⁰ OP. CIT. NOTA 11, PÁG. 325

Japón

En el sistema jurídico japonés, la conciliación puede ser iniciada a petición de una de las partes, o por el juez del caso que tiene facultad para remitir a ese mecanismo si considera que es necesario y factible una solución, antes de resolver judicialmente el asunto. En este país han existido, desde hace mucho tiempo, Juntas de conciliación, compuestas por dos miembros laicos y un juez, que escucha a las partes de manera informal y recomiendan la solución que les parece la más justa. Reconociendo las condiciones casi únicas y favorables a la conciliación en Japón, los profesores Kojima y Taniguchi consideran que el hecho de que la institución se origine y haya sido fomentada en una sociedad muy distinta de sus análogas occidentales y de otras latitudes no orientales, no debe ocultar su validez como medio útil para la solución de disputas⁴¹.

Francia

En Francia, se inició en Febrero de 1977 un experimento con una nueva institución de conciliador: Se ha establecido un sistema de conciliadores locales respetados por la comunidad, estos pueden escuchar a las partes que han elegido este sistema, incluso pueden visitar el lugar de la disputa y proponer soluciones razonables. Los conciliadores tienen competencia en todo tipo de conflictos, con excepción de aquellos en que el Estado es parte interesada. Las virtudes de este tipo de conciliación son cada vez más apreciadas, y comienza a ser solicitada para todo tipo de conflictos y reclamaciones⁴².

España

En España, existe un intento de conciliación previo al proceso especial de conflictos colectivos. Los artículos 63 y 153 según Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, exigen con carácter previo a la tramitación del proceso especial de conflictos colectivos, que se haya agotado un intento de conciliación, el cual habrá de sustanciarse ante el servicio administrativo correspondiente, o en su caso, ante los órganos que se hayan creado a tal fin en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos⁴³.

Canadá

En Canadá, las fórmulas de solución de conflictos dependen de la naturaleza, del momento en que el mismo se produce, así como del Código que regula las relaciones laborales (Federal o Provincial).

⁴¹ OP.CIT, NOTA 30, PÁG. 57

⁴² IDEM, PÁGS 56 Y 123

⁴³ ROMAN VACA, EDUARDO, EL PROCESO ESPECIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO, PÁG.29, EDITORIAL CIVITAS, MADRID 1992

Si el conflicto nace en el período de negociaciones (vía directa) de una convención colectiva, el procedimiento normalmente pasa por la conciliación o la mediación y, en algunos casos, termina con el arbitraje obligatorio convencional o impuesto por la ley en los casos de una primera convención colectiva o para los trabajadores que no gozan del derecho de huelga (como los bomberos municipales y los policías), en cuyo caso el papel del árbitro es de establecer, a través de una sentencia obligatoria, los términos de la convención colectiva. De no existir esa posibilidad de arbitraje, se pasa directamente a ejercer los medios de presión: la huelga o el paro.

En el caso de la Provincia de Quebec, a partir de 1977, la conciliación no constituye una etapa obligatoria pues ella depende de la solicitud voluntaria de una de las partes o de ambas. Aunque, para guardar un equilibrio en determinados casos importantes, el Ministro conserva la facultad de nombrar de oficio un conciliador o un mediador, quienes intervienen para acercar a las partes a través de diferentes técnicas de evaluación de las posiciones de cada una y buscar, desde sus propias facultades, la solución del litigio, incluso proponiendo las bases para un acuerdo. La conciliación tampoco es una etapa previa u obligatoria al ejercicio del derecho de huelga o de paro, toda vez que ese derecho se adquiere, aun con la nominación del conciliador, por el sólo vencimiento del plazo del período de negociación inicial, que es de noventa días a partir de la recepción en el Ministerio de Trabajo de una copia del aviso de una de las partes a la otra indicándole que desea reunirse para negociar la convención colectiva ⁴⁴.

Lo que vale la pena subrayar es que, si una de las partes solicita que se nombre un conciliador o el Ministro lo hace de oficio, las partes están obligadas de asistir a las reuniones convocadas por el conciliador y a seguir negociando con diligencia y buena fe. En caso contrario, el Código de Trabajo prevé la imposición de penas de multa por cada día que dure la infracción. Aunque no están obligados a aceptar las propuestas del conciliador.

La regulación actual de la conciliación en Quebec ha hecho que ésta no pueda ser utilizada como una táctica dilatoria por las partes y se ha convertido en un instrumento más eficaz para llegar a un arreglo adecuado.

Por su lado, el Código de trabajo canadiense (federal), estipula que la etapa de conciliación hace parte del período inicial de negociación y constituye una etapa previa al ejercicio del derecho de huelga o de paro. El sistema federal difiere también del quebequense, en el sentido de que el primero prevé la posibilidad de que las partes convengan de antemano que las recomendaciones del conciliador o de la comisión de conciliación serán obligatorias; en cuyo caso, las recomendaciones son ejecutorias para ellas.

En ambos sistemas (federal y provincial), el legislador no ha fijado las reglas de procedimiento para la conciliación. Es el conciliador quien, siendo especialista en la materia, las fijará con aprobación de las partes.

⁴⁴ GAGNON, ROBERT P., LEBEL, LOUIS, VERGE, PIERRE, DROIT DU TRAVAIL., PÁG. 422, 423, 424, 602, LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL 1987, CANADA

En lo que respecta la solución de conflictos derivados de la aplicación, interpretación o violación del pacto colectivo, ambos sistemas refieren al arbitraje obligatorio; pero, facultan a las partes para fijar las reglas de procedimiento de solución de esos conflictos, así como las del arbitraje.

Para concluir podemos decir que, en las diferentes legislaciones, el elemento formal puede ser la propia voluntad de las partes, o las disposiciones que las respectivas legislaciones establezcan para solucionar los conflictos surgidos. Sin embargo, el recurso a uno u otro mecanismo, no debe hacer perder el carácter no contencioso de la conciliación, ni imponérsele como etapa obligatoria.

II.2.4.2 Elementos personales:

Los elementos personales en la conciliación son el *Conciliador* que puede ser una persona individual, un grupo de personas y las *partes interesadas*. En varios países latinoamericanos, los conciliadores son tribunales individuales o colegiados, en otros también existen autoridades administrativas que tienen la facultad de intervenir como tales. Además debe agregarse que las partes pueden hacerse acompañar de sus respectivos abogados, consejeros o expertos.

Para el nombramiento del conciliador, existe una gran variedad de mecanismos que en algunos casos requieren el consentimiento de las partes interesadas. También puede ser electo al azar o seleccionado por la autoridad administrativa laboral a partir de una lista oficial.

En Guatemala, el artículo 293 del Código de Trabajo determina el establecimiento y composición de un Tribunal de Conciliación y Arbitraje; el cual se integra por un juez de Trabajo y Previsión Social, que lo preside; un representante titular y tres suplentes de los trabajadores y un representante titular y tres suplentes de los empleadores.

II.2.4.2.1 Características del conciliador

El conciliador debería ser generalmente una persona reconocida como un hábil comunicador y ser respetado por las partes, a efecto de que su intervención sea efectiva en la negociación o pueda facilitar intercambios con el objeto de solucionar el litigio que separa a las partes. El debe contar con la confianza de las partes, guardar la discreción necesaria para el caso de los secretos y confidencias de las cuales sea informado durante las reuniones. Un conciliador con experiencia es capaz de utilizar esta información para hacer sugerencias, estructurar el diálogo y formular propuestas⁴⁵ que respondan a los intereses de todas las partes.

⁴⁵ OP.CIT. NOTA 20, PÁG 120

1.2.4.2.2 Funciones del conciliador

a solución de los conflictos, debe partirse de la importancia que tienen las relaciones a largo plazo, pues con ella no se trata de simplemente dar la razón a una de las partes en detrimento de la otra, sino de establecer relaciones cordiales al más largo plazo posible.

Con la conciliación se persigue reducir el congestionamiento de los tribunales; por esa razón el conciliador debe asegurarse que los resultados sean verdaderamente justos y no sólo una respuesta a los problemas de la administración de justicia.

En virtud de que la conciliación ha aumentado en importancia, los métodos y estilos de conciliación son hoy en día tema de estudios minuciosos. Existen sugerencias sobre el tipo de conducta que deben adoptar los conciliadores para conducir mejor a las partes. En la actualidad, el conciliador clasifica las dificultades y sugiere soluciones susceptibles de avenir a las partes. Contrariamente al árbitro, el conciliador no puede y no debe emitir directivas obligatorias para ellas, toda vez que en esta etapa deben sentirse libres de tomar decisiones.

Otro aspecto que ha influenciado en el desarrollo de este mecanismo es la política de descentralización que se da en muchos países. En España por ejemplo, a raíz de la Constitución de 1978, las competencias del Estado central, en materia de trabajo y de servicios, en materia de conciliación, mediación y arbitraje, han sido transferidas a las comunidades autónomas, las que de manera innovadora han creado organismos, cuyas funciones consisten en promover medios no judiciales de solución de conflictos.⁴⁶

En Guatemala, el Artículo 385 del Código de Trabajo, define las funciones del Tribunal de Conciliación el cual *...oírā separadamente a los delegados de cada parte y estos responderā con precisiōn y amplitud a todas las preguntas que se haga. Una vez que haya determinado bien las pretensiones de las partes en un acta lacōnica, harā las deliberaciones necesarias y luego llamarā a los delegados de dicha comparecencia, a efecto de proponerles los medios o bases generales de arreglo que su prudencia le dicte y que deben ser acordados mayoritariamente por los miembros del tribunal.*

Tratándose de un mecanismo judicial, es comprensible que se determine un procedimiento; sin embargo hay que recordar que la conciliación extrajudicial deja libertad a las partes para determinar sus propias reglas de procedimiento. Al igual que en la mediación, el conciliador debe procurar que las partes tomen posturas razonables.

No está de más indicar que el papel del conciliador debe adecuarse a la naturaleza del conflicto, y tomando en cuenta la personalidad de las partes, deberá intentar acercarlas para que resuelvan las diferencias en forma amistosa; además, sabrá utilizar la información que se le haya proporcionado, para estructurar un diálogo que convenga a todos y formular propuestas para resolver los diferendos.

⁴⁶ OP. CIT. NOTA 43, PÁG. 34

11.2.4.3 Elemento objetivo de la conciliación

Resultan obvios los beneficios, cuando la disputa se arregla razonablemente sin necesidad de juicio: se benefician tanto las partes como el sistema judicial.

La actual congestión de los tribunales y los gastos excesivos de un litigio, hacen especialmente beneficiosas las conciliaciones rápidas y mediadas. Además, por naturaleza las partes se inclinan por cumplir más fácilmente los acuerdos aceptados y firmados por ellas mismas que las resoluciones judiciales unilaterales, toda vez que los primeros se fundan en el compromiso libre y voluntario. De manera significativa, un proceso tendiente a la conciliación (a diferencia del proceso judicial que generalmente da la razón a una parte en contra de la otra) ofrece la posibilidad de que las causas más profundas de una disputa se puedan rectificar, restaurando al mismo tiempo una relación compleja, a largo plazo.

Por lo anterior, es recomendable que la ley faculte a las partes que a puedan recurrir en cualquier momento, a un procedimiento de conciliación antes de la decisión del arbitro o tribunal.

Scelle define el procedimiento de conciliación como una tentativa de arreglo amigable, en el curso del cual cada una de las partes en litigio es solicitada para consentir una transacción, con el objeto de evitar el litigio judicial propiamente dicho. Sin embargo, es necesario aclarar que en derecho laboral la conciliación no tiene carácter de transacción, toda vez que la conciliación es simplemente un procedimiento de avenio, mientras que la transacción es un contrato que incluye no sólo la prevención del conflicto sino la renuncia recíproca de derechos. Recordemos que de conformidad con la legislación de trabajo, toda renuncia de derechos por parte de los trabajadores es nula⁴⁷.

11.2.4.4 Diferencias entre la conciliación y la mediación

De manera general, la mediación se asemeja a la conciliación y su diferencia radica en el papel más activo que se otorga al mediador. Este último es un conciliador intervencionista, que tiene por misión utilizar su capacidad de persuasión para criticar las proposiciones divergentes de las partes y proponer soluciones, incluso proponer los términos del arreglo para alcanzar el objetivo final, que es la conclusión de un convenio que termine el conflicto, al cual las partes se adhieran libre y voluntariamente.⁴⁸

La personalidad del conciliador y del mediador, así como la concepción que ellos puedan tener de su propio papel, hace que en la práctica las dos funciones se relacionen al punto de confundirlas. La realidad es que esta semejanza no tiene consecuencias jurídicas, puesto que lo más importante es el acuerdo negociado al cual puedan llegar las partes, además el papel de ambos no es de naturaleza jurisdiccional.

⁴⁷ CITADO POR TRUEBA-URBINA, ALBERTO, OP.CIT. NOTA 26, PÁG. 188

⁴⁸ OP.CIT. NOTA 3, PÁG. 7

La diferencia entre la conciliación y la mediación se basa más sobre comportamientos que sobre derecho; es normal que en el medio se utilicen los términos indistintamente. De cualquier manera, ambos son intermediarios de buenos oficios que no tienen el poder de obligar y ligar a las partes. Nada impide a éstas de pedir al tercero de ocuparse particularmente de puntos importantes para ellas o dar por terminada su intervención.

II.3 El Arbitraje

II.3.1. Concepto

Según Guillermo Cabanellas,⁴⁹ Arbitraje es *la acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. // Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto...*

Philippe Ferland, en su obra *L'arbitrage conventionnel*⁵⁰ dice que *el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos que se constituye mediante un contrato por el cual las partes convienen voluntariamente someter un litigio a la decisión de árbitros.* Para este autor, el contrato de arbitraje debe reunir por lo menos tres elementos importantes: la clase de litigio que podrá someterse a dicho procedimiento, el procedimiento de designación de los árbitros y la afirmación de voluntad de someter el litigio a los árbitros.

En buen número de casos, las partes normalmente hacen una promesa de arbitraje o suscriben una cláusula compromisoria que se incluye en el contrato principal. En el derecho moderno de trabajo, el legislador prevé el procedimiento de arbitraje legal de manera supletoria y deja a las partes que el procedimiento sea convenido por ellas mismas en los Pactos colectivos, con la única condición de respetar las normas mínimas y el orden público.

Mauro Cappelletti y Bryant Garth,⁵¹ nos indican que el arbitraje es una institución antigua, que se caracteriza por sus procedimientos relativamente informales, en el cual las decisiones se toman por personas que tienen experiencia jurídica o técnica en la materia, son obligatorias y sujetas a muy limitadas apelaciones.

El autor guatemalteco Mario López Larrave, en *Síntesis del Derecho del Trabajo Guatemalteco*⁵² define al arbitraje como *el procedimiento a que se someten las partes para la solución de los conflictos colectivos -generalmente de carácter económico social-, ya sea en forma voluntaria -arbitraje potestativo- o en forma necesaria -arbitraje obligatorio-, ante un tribunal paritario -y de naturaleza jurisdiccional, que dicta un laudo o sentencia colectiva de cumplimiento obligatorio.*

⁴⁹ OP. CIT. NOTA 6, TOMO I, PÁG. 208

⁵⁰ FERLAND, PHILIPPE, L'ARBITRAGE CONVENTIONNEL, PÁG. 33; EDITIONS THÉLÈME, 1983, QUÉBEC, CANADÁ

⁵¹ OP. CIT. NOTA 30, PÁG. 54

⁵² LÓPEZ LARRAVE, MARIO, SÍNTESIS DEL DERECHO DE TRABAJO GUATEMALTECO, EL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO, TOMO I, PÁG. 934, UNAM 1974, MÉXICO D. F.

Como puede notarse, los diferentes autores coinciden en que el arbitraje constituye un medio de solución de conflictos originados del incumplimiento de una obligación contractual.

En muchas sociedades, el arbitraje ha evolucionado al punto de ser la cuna de las soluciones alternativas para los conflictos surgidos entre trabajadores y patronos.

II.3.2 Ventajas del Arbitraje

William B. Gould IV⁵³ señala las siguientes ventajas de solucionar los conflictos a través de un procedimiento de arbitraje bien estructurado:

1. Es un sistema voluntario, diseñando por las partes para solventar sus propios problemas.
2. Son las partes mismas que circunscriben la materia sujeta al arbitraje y, por consiguiente, la competencia de los árbitros;
3. El procedimiento de arbitraje no se ve sometido a formalismos estrictos, lo que facilita el papel del árbitro y la intervención de las partes;
4. Es más expeditivo que el sistema jurisdiccional;
5. Además, en materia laboral, impide la huelga y el paro mientras se encuentre vigente el Pacto colectivo, obteniéndose así la paz industrial durante cierto período de tiempo.

Por otro lado, el autor Denis Lemieux⁵⁴ señala como ventajas la celeridad, el poco formalismo, la selección de los árbitros basada en sus conocimientos y experiencia, la independencia e imparcialidad del tribunal y la obligatoriedad del fallo.

En resumen, el objetivo principal del arbitraje es de que la administración de la justicia, particularmente en materia laboral, sea más eficaz y menos onerosa para las partes.

II.3.3 Reseña histórica

El fenómeno de la negociación colectiva se desarrolló inicialmente al margen del derecho: se establecieron normas autónomas surgidas de las relaciones laborales, aceptadas y aplicadas en razón de la fuerza de las partes y de su voluntad y libertad de comprometerse.

Es innegable que los conflictos colectivos laborales, cualquiera que sea su origen afectan no sólo el interés de los obreros sino también los patronales, toda vez que perturban la armonía

⁵³

OP. CIT. NOTA 20, PÁG. 124

⁵⁴

LEMIEUX, DENIS, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE LAVAL, QUÉBEC, CANADÁ, ARBITRATION IN THE FIELD OF GOVERNMENT CONTRACTS, OP. CIT. NOTA 3, PÁG. 220

cial y pueden provocar huelgas o paros con efectos negativos sobre la producción, el capital y el trabajo. De ahí que era necesario buscar soluciones adecuadas y rápidas, pero insatisfactorias para ambas partes.

Cuando a principios del presente siglo, los conflictos laborales comenzaron a afectar el orden público y social, los legisladores en los países industrializados decidieron imponer diferentes formas de intervención, recurriendo a terceras personas, tales como la investigación independiente de conflictos importantes, la mediación, la conciliación o el arbitraje. De manera general, esos legisladores más que imponer sugerían a los patronos y asociaciones sindicales el recurso voluntario a esos medios de solución, estableciéndose desde entonces cierta tradición que permite la intervención externa a las partes.⁵⁵

Francia

En Lyon, Francia, los fabricantes de seda hicieron ver a Napoleón Bonaparte la conveniencia de restaurar los antiguos Consejos de Prudentes, formados por trabajadores y patronos para conocer de sus conflictos. En 1806, se dictó una ley que se aplicaba únicamente a los trabajadores de esta industria, creándose así los Consejos permanentes. Los Consejos funcionaron como *Oficina de Conciliación* y como *Tribunal de decisiones*. En la primera fase se lleva a cabo el procedimiento de conciliación carente de todo formalismo y si no se obtenía un acuerdo, el asunto pasaba al Tribunal de Decisión, admitiéndose contra la sentencia los recursos del derecho común. Posteriormente, entre 1907 y 1919, dichos Consejos se extendieron a casi todas las profesiones y a todo el territorio nacional.

En 1892, se creó una ley, vigente hasta 1936, con la cual se crearon los Organismos de Conciliación y Arbitraje, a dos niveles. Los Comités de Conciliación, constituían la primera instancia y el Consejo de Arbitraje la segunda, que funcionaba con la presencia de los representantes obrero-patronales.

En 1937, se instituye el arbitraje obligatorio al emitirse una ley por la cual, la industria y el comercio, debían someter sus diferencias colectivas de trabajo a la conciliación y al arbitraje antes de ir a la huelga o al paro.

En 1946, al terminar la guerra se declaró que el arbitraje obligatorio era contrario a la Constitución. En 1950, se emitió una nueva ley en la cual se señala que el arbitraje sólo era posible en dos supuestos: el primero, cuando estaba previsto en el pacto colectivo; y el segundo, cuando las partes lo convinieran y fijaran un procedimiento para designar a los árbitros, o estuviera designado en dicho Pacto.⁵⁶

Alemania

El primer antecedente lo constituyen las Corporaciones a las que, desde el siglo XVII, se les

⁵⁵

VERGÉ, PIERRE, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE LAVAL, TREMBLAY, ERIC, ESTUDIANTE DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LAVAL, MURRAY GREGOR, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE LAVAL, LES MODES PRIVÉS DE RÉGLEMENT DES CONFLICTS INTERSYNDICAUX, OP. CIT. NOTA 3, PÁG. 537

⁵⁶

DE LA CUEVA, MARJO, DERECHO MEXICANO DE TRABAJO, TOMO II, EDITORIAL PORRUA, PÁG. 892, MÉXICO 1954

concedió la facultad de juzgar no sólo sobre los problemas corporativos sino también de los conflictos entre maestros y compañeros. Posteriormente la influencia de los Consejos Prudentes franceses, introducidos por Napoleón, se extendió a toda Alemania. El rey de Prusia los conservó, aunque les dió el nombre de Juzgados de Fábrica, después se les llamó Juzgados Industriales. En 1890, se promulgó la Ley sobre la Jurisdicción de Trabajo en la Industria y, en 1904, la Ley sobre Jurisdicción del Trabajo en el Comercio los que además de su función jurisdiccional fueron facultados para intervenir como organismos de conciliación en los conflictos colectivos. En 1918, se emitió una ley que previó la creación de Comités de Conciliación integrados con representantes de trabajadores y patronos, que podían intervenir de oficio o a petición de parte; emitían un laudo que únicamente obligaba a las partes cuando éstas lo aceptaban expresamente. En 1923, se emite una nueva ley que organiza dos sistemas, el convencional y el legal, que contaba con tres autoridades: los Comités de Conciliación, los Conciliadores y el Ministro de Trabajo, siendo este último la máxima autoridad que podía, en cualquier momento, intervenir directamente en el conflicto.

En 1946, se emite una ley a la cual se le llama Solución Aliada, debido a que era un medio de solucionar conflictos laborales en la Alemania ocupada. Con dicha ley se crearon dos instituciones: *los conciliadores* y *los organismos de conciliación y arbitraje*. Los primeros eran funcionarios públicos, designados por las autoridades locales y su función era la de conciliar a las partes. Podían intervenir de oficio o a petición de parte y constituyen la instancia previa y necesaria a los organismos de Conciliación y Arbitraje. En un inicio se pensó que no tendrían éxito; pero, aún hoy en día están en vigor en la mayor parte de los estados alemanes.

De conformidad con esta ley, los estados alemanes deben:

1. Designar una persona responsable, el conciliador, para dar su opinión a las partes en los acuerdos colectivos; y
2. Establecer las juntas de conciliación y arbitraje, conformadas por representantes de ambas partes y un conciliador;

Este mecanismo es muy similar al arbitraje obligatorio, lo que puede sorprender a quien espera un régimen voluntario en este crucial campo de la negociación colectiva. Sin embargo, esta ley y sus modificaciones subsiguientes prevén condiciones de protección para el arbitraje. Entre estas condiciones encontramos:

1. La conciliación y arbitraje legal se aplica únicamente cuando no existe un convenio entre las partes;
2. La regulación de la conciliación y arbitraje no se aplica cuando se trata de disputas de derecho o jurídicas, siendo los tribunales de trabajo que tienen competencia en esta materia;

3. Es necesario el consentimiento de ambas partes. Ninguna de ellas puede ser forzada a recurrir a esas etapas; excepto en caso de contravención al orden público (Ley Baden 1949) se permite la iniciativa del Estado;
4. La junta de arbitraje puede integrarse únicamente cuando existe consentimiento de ambas partes, mientras que el conciliador con el consentimiento de la parte cuyos intereses se ven afectados;
5. La sentencia de las juntas de conciliación y arbitraje obliga a las partes sólo cuando éstas se han sometido expresamente al arbitraje o aceptan el laudo dictado, y cuando se ha regulado en el pacto colectivo. La excepción a lo anterior se da cuando el Ministro de Trabajo, en caso de interés público y a petición de parte, convierte un fallo en obligatorio.⁵⁸

México

En México, la Constitución de 1917 establece en lo que ahora es el Artículo 123-A de la Constitución Federal que *las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo* se sujetaran a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patrones, y uno del gobierno.

Las Juntas a que se refiere el precepto constitucional, son las que administran la justicia obrera. Se trata de un cuerpo colegiado en que democráticamente se hace intervenir dos elementos extraños al Estado: trabajadores y patrones.

Técnica y jurídicamente estas Juntas responden a la naturaleza de verdaderos órganos jurisdiccionales a quienes se le encomienda la administración de la justicia en la materia obrera. Es evidente que se trata de una jurisdicción especial creada para que mediante un procedimiento distinto al que se sigue en los tribunales judiciales, se garantice la solución rápida de las controversias que siempre afectan en forma muy sensible a la clase trabajadora.⁵⁹

España

En España, durante el siglo XIX, el derecho de asociación se vió legalmente restringido y a veces prohibido: los medios de presión (huelga y paro) fueron tipificados como delitos en el Código penal, al mismo tiempo que no se reconocía el derecho de asociación, lo cual hacía imposible la negociación colectiva de condiciones de trabajo y el tratamiento legal de los conflictos colectivos.

En 1908, se emitió la Ley de Tribunales Industriales, creando la jurisdicción especializada en solución de conflictos, a la cual se tiene acceso de manera voluntaria y mixta. En la misma ocasión, se aprobó la Ley de los Consejos de Conciliación y Arbitraje. El problema de dichos Consejos es que no conocían de los conflictos colectivos para resolverlos, pues la

⁵⁸

⁵⁹

OP. CIT. NOTA 11, PÁG. 325

SALMORÁN DE TAMAYO, MA CRISTINA; JURISDICCION DEL TRABAJO EN EL DERECHO MEXICANO, TOMO II, OP. CIT. NOTA 36, PÁG. 95

ley se limitaba a facultar a cualquiera de las partes interesadas para informar del asunto al presidente de la junta. Esto hizo que en la práctica su actuación fuera escasa e inoperante.

En 1931, se crearon y organizaron los Jurados Mixtos Profesionales, cuyas atribuciones eran prevenir los conflictos laborales procurando la avenencia de las partes. Para ello, los obreros que estuviesen preparando una huelga, o los patronos que hubiesen resuelto un paro, debían obligatoriamente informar al Jurado, el cual intentaría la conciliación o que el asunto fuese sometido al arbitraje. Si no había éxito, el jurado emitía un informe y el caso se sometía a los Tribunales Industriales.

En 1936, se inicia la primera etapa del *régimen franquista* y con ella se emite el *Fuero del Tratado* que consideraba como delito cualquier acto, individual o colectivo, que perturbara la producción. No obstante ello, los conflictos colectivos laborales continuaron produciéndose, por lo que el régimen se vio obligado a crear instrumentos para la solución de los mismos, tales como las Magistraturas de Trabajo para conflictos individuales y las Delegaciones de Trabajo para conflictos colectivos.

En 1958, se reforma la Jurisdicción Laboral determinándose que la competencia de las Magistraturas debía extenderse a los conflictos colectivos, pero la jurisprudencia se inclinó por la incompetencia judicial de éstas para conocer conflictos colectivos.

Ante la creciente conflictividad social y la aceptación de los convenios colectivos, la legislación española asume la existencia de conflictos colectivos laborales, elaborando al mismo tiempo mecanismos de solución. Es así como en 1963, se emite un Decreto sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo. Se trata de un procedimiento sustanciado ante la autoridad laboral administrativa. Su regulación prevé un intento de avenencia por parte de la autoridad, para archivar las actuaciones en el caso de conflictos de *intereses* o remitirlas a la jurisdicción laboral en los *jurídicos*. En 1975, se buscan procedimientos más eficaces de solución, dando primacía a la conciliación, mediación y arbitraje voluntario y en caso de fracaso a la intervención del Estado.

Desde 1990, el procedimiento configurado como previo al judicial (se refiere a la conciliación obligatoria) deja de ser necesario para que los conflictos jurídicos puedan ser sometidos a la vía judicial. Se permite que las funciones conciliadoras sean asumidas por órganos no públicos, que ya han sido creados o estén estipulados en la convención colectiva o acordados por las partes durante el conflicto.

Esto puede hacerse directamente o a través de la autoridad laboral que convocara con carácter obligatorio a una reunión en la que se discutirá sobre el sometimiento de la controversia a la mediación o al arbitraje.⁶⁰

⁶⁰

OP.CIT. NOTA 43, PÁG. 29

Inglaterra

Los medios de solución de conflictos colectivos laborales se originan en Inglaterra en 1800, con la promulgación de una ley para solucionar conflictos laborales en la industria de hilados tejidos. Las partes podían nombrar cada una un árbitro y si no llegaban a un arreglo, el asunto pasaba al Juez de Paz.

En 1867, se crearon los *Consejos Conciliatorios de Equidad* los cuales conocían de los conflictos colectivos económicos para todas las industrias.

Estas leyes dieron origen a una nueva ley, la Conciliation Act y que se emitió en 1896 y cuyo propósito fue la prevención de conflictos laborales. Para el efecto se autorizó al Ministro de Trabajo a buscar soluciones designando a un conciliador o un árbitro si las partes lo consentían.

En 1911, se creó el *Consejo Industrial* que se integraba por representantes patronales y de los trabajadores. Se regulaba que el mismo debía transformarse en un *Consejo de Conciliación* pero la primera Guerra Mundial detuvo su marcha normal. Durante la guerra se tomaron medidas de emergencia: se creó el *Comité de Producción* y un sistema de *arbitraje obligatorio* para los conflictos surgidos entre patronos y trabajadores de la industria de material de guerra; al mismo tiempo, se prohibió la huelga y el paro.

Finalizada la guerra se emite en 1919 una ley la Industrial Courts Act que organiza un triple sistema:

1. Los comités Whitley, que eran organismos de conciliación y prevención de conflictos;
2. El Tribunal Industrial integrado por representantes de patronos y trabajadores escogidos por el Ministro de Trabajo;
3. Las Comisiones de Investigación que gozaban de amplios poderes de investigación sobre cualquier conflicto colectivo a petición del Ministerio de Trabajo⁶¹.

En 1935, se emite la ley Nacional de relaciones laborales, a través de la cual se protege e impulsa el derecho de asociación y la negociación colectiva. También se creó un organismo administrativo, el *National Labor Relations Board*, encargado de supervisar la correcta aplicación de la ley. Esta ley estableció el sistema de negociación colectiva obligatorio, la cual debía realizarse directamente entre el patrono y los representantes de los trabajadores de cada empresa. Se deja a las partes la libertad de establecer ellas mismas, dentro del pacto colectivo, los medios internos de solución de conflictos, señalando sus propios procedimientos de conciliación y arbitraje⁶².

⁶¹ OP. CIT. NOTA 56, PÁG. 897

⁶² OP. CIT. NOTA 44, PÁG. 19

Canadá

En 1900, se emite una ley por la que se instituyó el Ministerio de Trabajo, cuyo titular tenía el poder de investigar la causa de todo conflicto industrial, de nombrar un amigable componedor y una comisión de conciliación. El Ministro también podía nombrar un árbitro pero solamente a petición conjunta de las partes.

En 1903, la Ley de arbitraje de los trabajadores del ferrocarril permitió la iniciativa del Ministro de Trabajo para solucionar los conflictos laborales a través de la conciliación y la mediación. En caso de no lograrse un arreglo, se podía constituir un tribunal arbitral, pero la sentencia no era ejecutoria.

En 1906, se unifican estas leyes (de 1900 y de 1903) y se crea bajo el nombre de Ley de la conciliación y de trabajo. Al año siguiente, la *Ley (Federal) de investigación en caso de conflictos industriales*, prevé que en las empresas mineras, de transporte, comunicaciones y servicios públicos no podía recurrirse a la huelga o al paro sino hasta después de haber transcurrido cierto plazo. Se permitía la conciliación y la investigación pero se prohibía la huelga o el paro antes y durante los trabajos del Consejo de Conciliación e Investigación. Esta ley fue declarada inconstitucional por el Comité judicial del Consejo privado (Corte Suprema) porque trataba lo relativo a los derechos civiles de patronos y trabajadores lo cual era competencia exclusiva de las Provincias y no del Parlamento Federal. La ley fue modificada para que pudiera aplicarse solamente a las empresas federales. Finalmente, fue derogada en 1948.

El sistema inglés sirvió de base a la legislación canadiense de la postguerra, en la cual se conservó la negociación colectiva obligatoria con el sindicato reconocido por los trabajadores.

En Quebec, la ley de aplicación general, adoptada en 1944, prohibía el recurso a la huelga o al paro antes o durante la vigencia del pacto colectivo, mientras no se agotaran los plazos legales para la emisión de un informe rendido al Ministerio de Trabajo por una Junta de Arbitraje que en el fondo era una junta de mediación al Ministerio de Trabajo.

Posteriormente, se busca hacer la distinción entre conflicto de intereses o de negociación y conflictos de derecho. En 1961, se emite una ley que impone el *arbitraje de desacuerdos* relativos a la *interpretación o a la aplicación del pacto colectivo*.

En cuanto a los *conflictos surgidos durante la negociación del pacto colectivo*, desde 1979, la ley quebequesa ya no impone la conciliación como requisito para declarar la huelga o el paro. La conciliación tiene lugar cuando una u otra de las partes así lo pide o a iniciativa del Ministro de Trabajo, quien también puede nombrar un mediador en los conflictos importantes. Al mismo tiempo, el Estado instituyó servicios de *mediación preventiva* que pone a la disposición de las partes para la solución de sus conflictos. El régimen obligatorio de arbitraje resulta de la suspensión del derecho de ejercer medios de presión durante la vigencia del pacto colectivo. Esta suspensión proviene de los acuerdos entre las partes y de

una obligación legal. El legislador impone a las partes a someter al arbitraje sus desacuerdos relativos a la interpretación, aplicación y violación de la convención colectiva.

II.3.4 Fuentes del arbitraje

Podemos mencionar como fuentes del arbitraje las legislativas, los usos y costumbres en la empresa, y la jurisprudencia.

Como fuentes legislativas tenemos las disposiciones del Código de Trabajo los pactos colectivos de condiciones de trabajo y las disposiciones legislativas particulares que rigen ciertos medios profesionales o situaciones igualmente particulares como el salario mínimo. Aunque la jurisprudencia no es fuente formal en Guatemala⁶³, haremos una breve referencia a ella, toda vez que en numerosos países modernos constituye una fuente importante del Arbitraje.

II.3.4.1 Fuentes legislativas

II.3.4.1.1 El Código de Trabajo guatemalteco

El Artículo 397 del Código de Trabajo regula el arbitraje, dándole un doble carácter, toda vez que, dependiendo de la situación, puede ser potestativo u obligatorio.

Es potestativo en dos situaciones:

- 1- Cuando las partes lo acuerden antes o inmediatamente después del trámite de conciliación; y
- 2- Cuando las partes lo convengan, una vez iniciada a la huelga o al paro legales. En este caso, las partes, deberán reanudar los trabajos que se hubieren suspendido y someterá a la consideración del Tribunal de Arbitraje la resolución del conflicto. La reanudación de labores se hará en la misma o mejores condiciones vigentes en el momento de la suspensión. Este extremo deberá comprobarse ante el tribunal correspondiente, mediante declaración suscrita por ambas partes. El juez puede, si lo considera conveniente, ordenar su comprobación por los medios pertinentes⁶⁴.

El arbitraje es obligatorio en los casos siguientes:

- 1- Cuando la huelga o el paro hayan sido calificados como legales y, transcurridos veinte días, no se hubiesen realizado;

⁶³ OP. CIT. NOTA 52, PÁG 847

⁶⁴ ÚLTIMO PARRAFO ART. 397 DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO

- 2- Cuando no pueda realizarse la huelga, esto es: 1) para los trabajadores campesinos en tiempo de cosechas, y 2) Para los trabajadores del transporte, mientras se encuentren en viaje y ése no haya terminado.⁶⁵
- 3- Cuando solicitada la calificación de legalidad o ilegalidad de huelga, agotado el trámite de la conciliación, los trabajadores no puedan declarar la huelga en virtud de que no constituyan por lo menos las dos terceras partes de las personas que trabajan en la empresa o centro de producción, al momento de plantearse el conflicto.⁶⁶

La promulgación del Decreto 19-97, que reforma los artículos 293 y 295 del Código de Trabajo,⁶⁷ viene a reforzar el arbitraje, pues desde marzo de 1997, los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, además de funcionar de manera permanente, los cargos de representantes patronales y de los trabajadores que integraran el tribunal, son públicos y obligatorios, con lo cual se evitará el problema de la integración rápida y adecuada del tribunal. Sin embargo, es necesario subrayar que no hay cambios en la filosofía que domina esas instituciones.

En efecto, el procedimiento a la conciliación y al arbitraje siguen siendo jurisdiccionales y de varias instancias, el tribunal se conserva tripartito y el proceso continúa siendo formalista y engorroso. Además, en Guatemala no se concibe al arbitraje como la única manera de resolver todos los conflictos que se originan de la interpretación, la aplicación y la violación de los Pactos colectivos de trabajo.

II.3.4.1.2. El Arbitraje en el Derecho Moderno

Si analizamos las legislaciones modernas, encontraremos que los procedimientos alternativos se rigen por principios basados en una filosofía que trata de armonizar los intereses del capital y el trabajo, y que persigue una administración de justicia pronta y eficaz.

En este tipo de legislaciones encontramos que:

- 1- El arbitraje constituye un proceso exclusivo para resolver en última instancia los conflictos laborales, en el cual la sentencia arbitral es ejecutoria para las partes, sin apelación, impugnabile únicamente a través de un mecanismo de recursos extraordinarios, ante los tribunales jurisdiccionales que sólo pueden ejercer un control judicial, que tiene por objeto la revisión de errores o vicios relativos a la competencia del árbitro y al carácter razonable de la decisión que signifique violación a la ley.

⁶⁵

ART. 243 INCISOS A Y B DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO

⁶⁶

ART. 241 INCISO C. DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO.

⁶⁷

VER EL CAPÍTULO DE LA CONCILIACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

- 2- Utilizan la fórmula del árbitro único, independiente e imparcial, cuyo proceso de designación se hace a dos niveles: 1) Son las partes mismas que determinan el procedimiento de designación y 2) la designación está a cargo del Ministro de Trabajo, en ausencia de estipulación por las partes en la convención colectiva.
- 3- El arbitraje se aplica para resolver tanto los conflictos individuales como colectivos de trabajo, mientras el pacto colectivo se encuentra vigente.
- 4- En caso de contradicción prevalece el Código de Trabajo sobre la convención colectiva;
- 5- Se asegura la celeridad en el procedimiento a través de normas precisas e imperativas;
- 6- La intervención judicial es supletoria y se limita al control de la legalidad;
- 7- En algunos países son las partes mismas quienes elaboran no sólo las condiciones de trabajo sino también el procedimiento de resolución de las controversias, surgidas con motivo de la interpretación, aplicación y violación del pacto colectivo. Pero, las normas y garantías contenidas en los *Códigos de Trabajo* únicamente sirven como marco de referencia y como normas mínimas para la negociación.
- 8- El procedimiento de arbitraje aplicable es el señalado en el pacto colectivo vigente y sólo en su ausencia, se aplica el procedimiento del Código de Trabajo. Las partes no pueden acordar en el Pacto el no someterse al arbitraje; no se puede limitar la competencia ni el derecho de control de los tribunales jurisdiccionales y las reglas del pacto colectivo siempre deben armonizarse con el Código de Trabajo.

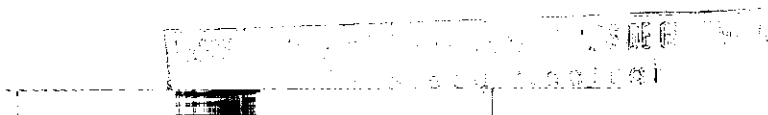
En contraste con lo anterior, en Guatemala las partes tienen poca o ninguna libertad tanto para la determinación de los procedimientos de conciliación y arbitraje como para la selección y designación de los árbitros.⁶⁸

II.3.4.1.3. El pacto colectivo de condiciones de trabajo como fuente del arbitraje

Existen dos reglas fundamentales que deben tomarse en cuenta para poner en marcha el arbitraje: su *carácter obligatorio* y la *libertad de maniobra* que se deja a las partes, para definir su propio procedimiento de designación del árbitro y el procedimiento de resolución interna de conflictos y diferendos.

⁶⁸

VER ARTÍCULOS 293 AL 299 DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO.



El problema surge cuando una de las partes, interpretando el pacto colectivo niega la existencia de algún privilegio o alguna forma de actuar, mientras que la otra sostiene que la práctica establecida obliga a la contraparte. Ante tal situación, se hace necesario que un tribunal imparcial analice cada caso concreto y sus respectivos elementos probatorios para que determine si se trata de prácticas en la empresa que los convierta en *fuentes de arbitraje*; sin embargo, debido a la variedad de términos, es necesario aclararlos y especificarlos.

A las prácticas bien establecidas, generalizadas y observadas en forma constante y consciente dentro de una empresa o región determinada, se les denomina costumbre, uso, ventaja económica o privilegio y derechos adquiridos.

II.3.4.2. La costumbre y el uso

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *costumbre* significa *hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto*⁷⁰.

Guillermo Cabanellas, dice que la "costumbre" *es una de las fuentes del Derecho ... normas jurídicas no escritas, impuestas por el uso y, por "uso", explica que es una práctica general o extendida. Como fuente del Derecho el uso constituye la práctica, estilo o modo de obrar colectivo o generalizado que se ha introducido imperceptiblemente y ha adquirido fuerza de ley. Aquí el uso es sinónimo de modo de proceder, y constituye un elemento de la costumbre...*⁷¹

Para otros autores, *el uso y la costumbre* constituyen dos realidades jurídicas estrechas. Ambos términos son definidos como una serie de prácticas bien establecidas en la empresa o región donde se desarrollan, generalizadas y observadas de manera constante y consciente⁷². La distinción entre ambas nociones es mínima, pero posible:

La costumbre:

- Constituye una práctica que aparece bajo forma general, como una conducta que se convierte en fuente de derecho en un punto preciso donde no existe norma jurídica.
- Ella constituye una condición de trabajo comúnmente observada o aceptada ante la ausencia de una norma legal o en el pacto colectivo.

70 IDEM

71 IDEM, NOTA 6

72 OP. CIT. NOTA 69 PÁG. 88

El uso:

El uso supone la existencia de una norma jurídica pero que presenta imprecisiones, obscuridad o ambigüedad y que frente a ello las partes la han aplicado constantemente de una manera determinada. En este sentido, el uso completa, clarifica o precisa la norma, por lo que interviene únicamente como medio de interpretación de la norma; mientras que la costumbre llena una laguna jurídica.

El comportamiento que las partes han tenido en el pasado o los acuerdos mutuos sobre el sentido y alcances que le dan a una norma imprecisa, oscura o ambigua, les obliga, para el futuro salvo derogación expresa.

Un árbitro no puede valerse de una costumbre para precisar los derechos y obligaciones de las partes sino en la medida en que la convención colectiva establece expresamente o implícitamente una relación entre una costumbre y una disposición convencional. Esto tiene su fundamento en el derecho común o en el derecho de relaciones colectivas de trabajo.

Para que el uso y la costumbre sean considerados como fuente de derecho aplicables al arbitraje, deben coincidir en circunstancias de tiempo y lugar, en la medida que la actitud de las partes deje entender clara y razonablemente que ellas han adoptado con regularidad y constancia ese comportamiento particular frente a una situación definida.

La costumbre y el uso son mencionados en los pactos colectivos cuando se les quiere abolir, limitar o restringir, o bien para mantener, proteger, prolongar o establecer una relación clara en el pacto colectivo. Por ejemplo, en el pacto colectivo se puede prever que los trabajadores que devenguen un salario y tengan ventajas superiores a los previstos en el pacto, continuarán gozando de ellos. Puede asimismo estipularse que las antiguas condiciones de trabajo subsistirán en la medida en que ellas no son contradictorias al pacto colectivo. En otros casos puede estipularse que el régimen de trabajo sea aplicado de conformidad con las prácticas pasadas y ciertas, no previstas en la convención actual.

Debe aclararse que una pura y simple libertad, un acto discrecional, un gesto o un comportamiento regular y constante pero a título gratuito, no pueden constituir una práctica. Un ejemplo de ello sería el envío por el patrono de flores como consecuencia de un parto o una actividad social organizada por el empleador para Navidad. Casos como estos no podrían constituir condiciones de trabajo en razón de la gratuidad y del gesto unilateral; aunque cada caso debe ser analizado de manera particular.

II.3.4.3. Ventajas y derechos adquiridos

Ventaja significa una ganancia o una ventaja especial o particular concedida o reconocida a un grupo o a un individuo por oposición al conjunto de trabajadores. Los beneficiarios de estas ventajas particulares no son necesariamente titulares del derecho sino en la medida en que aparezcan bien establecidos en un contrato o en la convención colectiva. Estos

privilegios no tienen la generalidad ni las características de la costumbre y el uso; se distinguen de éstos porque subsisten como medidas particulares y excepcionales.

Muchas convenciones colectivas prevén el mantenimiento de las ventajas con el objeto de que no sean abolidas y, aunque no se trata de una fuente de derecho como la ley o el pacto colectivo, contribuyen a aclarar la situación y además ayudan a las partes o al árbitro en la medida que son un indicativo para encontrar una solución. Por esta razón, constituyen una fuente que no puede ignorarse ya que contribuyen, al igual que la jurisprudencia, a garantizar la seguridad jurídica entre las partes.

En cuanto a los "derechos adquiridos", es necesario distinguirlos de las simples expectativas. Para concluir en la existencia de derechos adquiridos se exige por lo menos dos criterios: 1) que el trabajador que reclama esos derechos demuestre que su situación jurídica se puede individualizar de manera concreta, distinguiéndola de la situación general y abstracta; y 2) que su situación jurídica ya se había concretizado y realizado en el momento en que la nueva ley o convención entró en vigor.

II.3.4.4. Jurisprudencia

II.3.4.4.1 Influencia de la jurisprudencia

Aunque como ya se dijo con anterioridad, en Guatemala la jurisprudencia no es una fuente de derecho, es importante señalar las razones por las cuales sí lo es en otras legislaciones, particularmente porque ella contribuye a dar seguridad jurídica a las partes. Esta seguridad se obtiene a través de la constancia y unificación de los actos y fallos que rinden los tribunales en relación a un mismo asunto. Además, la jurisprudencia tiene como particularidad que puede dar un indicio a las partes sobre la solución posible de un conflicto, en un asunto similar. De esta manera, el conocimiento de la jurisprudencia existente puede ser de mucha ayuda en la solución de conflictos laborales.

II.3.4.4.2 La jurisprudencia y sus diferentes nociones

En Francia la noción de jurisprudencia es concebida, pensada, razonada y formulada fuera de las consideraciones inmediatas de la práctica judicial. En consecuencia, ella se constituye por el conjunto de fallos constantes de los tribunales judiciales y parajudiciales en una rama específica del derecho o sobre un punto particular de derecho. Se habla entonces de jurisprudencia en derecho constitucional, en derecho de trabajo o la jurisprudencia relativa a un punto de derecho, a la competencia de un tribunal, a la carga de la prueba, al control del ejercicio del poder disciplinario, etcétera.

En otros sistemas jurídicos como en Estados Unidos o en el sistema federal canadiense, la noción de jurisprudencia procede directa e inmediatamente de la práctica judicial interpretativa del derecho, caso por caso. Ella se entiende entonces como la autoridad del precedente o *Stare decisis*. En estos sistemas el fallo de un tribunal superior sobre un punto es suficiente

para hacer jurisprudencia tiene autoridad ante los tribunales de inferior jerarquía y muchas veces seguido por los tribunales de igual jerarquía. Esta autoridad del precedente se justifica por la certeza que ella aporta al derecho y es derogada por los mismos tribunales, o el legislador, por la necesidad de adaptar el derecho a la realidad presente.

En Quebec, en materia de arbitraje, se distingue la jurisprudencia de los tribunales judiciales de la de los árbitros. Los tribunales judiciales tienen un campo de competencia distinto al de los árbitros: las decisiones judiciales no tocan generalmente las cuestiones de fondo que destacan en los conflictos; ellas atacan en particular la legalidad de la sentencia arbitral o de la convención colectiva. De cualquier manera, existe una inter-relación y una complementariedad en la interpretación de los árbitros y de los jueces.⁷³

II.3.5 Elementos del Arbitraje

II.3.5.1 Elemento Objetivo

El objetivo del arbitraje, tal y como se concibe en las legislaciones modernas, es solucionar de una manera realista, pacífica y eficaz cualquier conflicto surgido de la interpretación, la aplicación o la violación de un pacto colectivo, así como algunos de los conflictos derivados de las leyes laborales.⁷⁴

En Guatemala, el objetivo de los Tribunales de conciliación y arbitraje *es mantener un justo equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del capital y del trabajo.*⁷⁵ Pero, lamentablemente, el arbitraje en nuestro país se limita a la solución de conflictos colectivos de carácter económico social y no a toda clase de conflictos surgidos entre los factores de producción.⁷⁶

II.3.5.2 Elementos personales

II.3.5.2.1 Las partes:

Las partes en el arbitraje son el patrono y los trabajadores representados por su sindicato, pero corresponde al árbitro explicarles sus derechos y obligaciones.

Ahora bien, qué sucede con el trabajador individual que ha sido afectado directamente por la decisión del patrono, objeto de la queja o conflicto arbitral?

⁷³ OP. CIT. NOTA 59, PÁG. 98

⁷⁴ OP. CIT. NOTA 69, PÁGS. 111 Y 125

⁷⁵ TERCER CONSIDERANDO Y ARTÍCULO 10 DEL DECRETO 19-97 QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS DEL 293 AL 295 Y LA LITERAL A) DEL ARTÍCULO 214 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

⁷⁶ ART. 239, 377 Y 397 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.

El titular de la acción arbitral es el sindicato; sin embargo, para respetar el derecho a un debido proceso, debe garantizarse el principio fundamental de oír a las personas que tengan un interés jurídico en el asunto. En consecuencia, todo trabajador susceptible de ser afectado por una decisión judicial o arbitral debe ser oído independientemente de la titularidad de la acción.

Existen otras situaciones, en las que no basta con garantizar el derecho de ser oído por el tribunal, sino que es necesario garantizar que la persona afectada pueda ella misma provocar y promover el proceso. Por ejemplo, el sindicato acreditado debe representar lealmente a todos los asalariados de la unidad de negociación sin discriminación alguna, pero existe la posibilidad que un trabajador tenga derechos o intereses particulares distintos u opuestos a los que el sindicato protege. En tal situación, el trabajador podría en su calidad de asalariado interesado, reivindicar un derecho personalmente. Por esta razón es importante identificar a los titulares de la acción, el mérito del conflicto y cada una de las cuestiones relativas a los derechos de los asalariados que están en juego.

II.3.5.2.2. El patrono

De conformidad con el artículo 2 del Código de Trabajo guatemalteco, *Patrono es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o mas trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo...*

Cuando nos referimos al patrono o a la parte patronal, hacemos referencia a la persona que, en nombre propio o a través de su representante legal o asociación patronal, se encuentra legalmente vinculado con los trabajadores de su empresa o industria, como consecuencia de un pacto colectivo, contratos individuales y colectivos o a título de nuevo patrono en caso de la *sustitución patronal*.⁷⁷

Es considerado como parte en el arbitraje el patrono que negocia por sí o por intermedio de una asociación cuyo mandato para actuar esta debidamente establecido en el pacto colectivo.

En sector público y para público, es el Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas quienes son considerados patronos y la representación de estas será ejercida por quien designe la Procuraduría General de la Nación, pudiendo acudirse en consulta al Ministerio de Finanzas Públicas, a la Oficina de Servicio Civil y a la dependencia afectada⁷⁸.

II.3.5.2.3. El sindicato

En principio, como ya se dijo, el sindicato es titular de todo conflicto colectivo laboral. La personería jurídica y el derecho de representación que tiene, le da la facultad de supervisar

⁷⁷ ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

⁷⁸ ARTÍCULO 5 INC. 8) DEL DETO. 71-86

a administración del pacto colectivo o del texto que beneficie a todos los trabajadores, aún contra el voto personal de alguno de ellos. Como tal, el sindicato tiene acceso inmediato y directo al arbitraje.

En Guatemala, el órgano encargado de ejecutar y cumplir los mandatos de la Asamblea general de trabajadores es el *Comité ejecutivo del sindicato*. El número de sus miembros no puede exceder de nueve ni ser menor de tres, son elegidos para un período de dos años, siendo posible su reelección. El conjunto de sus miembros tiene la representación legal del sindicato, calidad que se acredita con la certificación expedida por la Dirección General de Trabajo o con la copia auténtica del acuerdo que ordeno su inscripción.⁹ Sin embargo, el mismo Código de Trabajo faculta al Comité ejecutivo a delegar la representación en uno o varios de sus miembros.

Por lo anterior, queda claro que todo conflicto colectivo debe ser planteado por el Comité ejecutivo o sus delegados en nombre del sindicato.

1.3.5.2.4 El titular de la acción arbitral

En las legislaciones consultadas, es el sindicato o los delegados sindicales quienes se convierten en representantes exclusivos de todos los trabajadores de la unidad de negociación. La voluntad colectiva así expresada prevalece sobre cualquier acuerdo individual. El sindicato o el comité de delegados o el comité ejecutivo, actúan en nombre de todos los miembros de la unidad de negociación en todo conflicto, individual, de grupo o colectivo. Las únicas reservas hechas al sindicato son la de representar a los trabajadores fielmente y de buena fe, así como plantear el conflicto conforme al procedimiento que señale la convención colectiva o la ley, ante las personas o autoridades correspondientes.

Debe entenderse que los desacuerdos, surgidos durante la vigencia del pacto colectivo, se dan entre las partes signatarias y no entre cada uno de los beneficiarios y el patrono. El conflicto surge necesariamente de la aplicación, interpretación o violación del pacto colectivo, que es obra exclusiva del sindicato acreditado y del patrono. Siendo el sindicato el único representante legal de los trabajadores de la empresa o unidad de negociación, es a él, y no a los trabajadores como tales, que compete la responsabilidad de plantear la queja o conflicto ante las instancias competentes.

En las legislaciones modernas¹⁰ prevalece el principio de que una asociación acreditada es la titular del derecho de acción, sin tener que justificar una cesión de derechos del interesado. Este principio establece que una vez acreditada, la asociación de trabajadores goza de un mandato que les confiere el derecho de representar a todos los empleados del grupo descrito en la decisión de acreditación o en el acta de asamblea general, correspondiéndole asimismo la facultad de hacer valer los derechos de cada uno de los empleados cubiertos por el pacto colectivo.

⁹ ARTÍCULOS 41, 223 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

¹⁰ ARTÍCULO 68 DEL CÓDIGO DE TRABAJO DE QUEBEC, CANADÁ

También es importante considerar que, en la medida que el sindicato haya respetado su deber de representación justa y leal, el trabajador no puede pretender contradecir validamente posición sindical relativa a la interpretación y aplicación de la convención colectiva; pero, caso de que el sindicato actúe de mala fe o de manera arbitraria, discriminatoria o negligente al asalariado se le debe proteger, otorgándole el derecho de plantear el mismo la reclamación ante el árbitro.

II.3.5.2.5. Derecho de intervención del trabajador

En la legislación guatemalteca, el arbitraje no está abierto a los conflictos individuales, pues estos deben plantearse en juicio ordinario; además, el sindicato puede representar únicamente a los trabajadores miembros, que lo soliciten expresamente.⁶¹

En el derecho moderno de trabajo, el arbitraje está abierto a toda clase de conflicto individuales, de grupo o colectivos que se deriven, como ya se explicó, de la interpretación, aplicación o violación de la convención colectiva; regulándose además que el sindicato representará a todos y cada uno de los miembros de la empresa o unidad de negociación sindicalizados o no. Pero, dicha representación obligatoria, no elimina el derecho del trabajador interesado a ser debidamente oído por el tribunal de arbitraje, aunque lo hace nivel de interesado o agraviado.

En Canadá, es una regla creada inicialmente por la jurisprudencia, pero actualmente está integrada al Código de Trabajo como un derecho inalienable. Se ha establecido que el trabajador interesado debe ser escuchado distintamente del sindicato o sus representantes, aunque no se trata de un derecho de acceso al arbitraje. Tampoco es obstáculo al derecho del trabajador de poder eventualmente intervenir en el arbitraje para hacer valer elementos circunstanciales particulares de su asunto.

Existen dos circunstancias principales en las que el trabajador puede ser escuchado personalmente: una es el caso en que el sindicato presenta un conflicto en nombre y por cuenta de un trabajador que tiene intereses opuestos a otro en el mismo asunto, por ejemplo una promoción, permuta o sustitución. La otra circunstancia es cuando el tribunal de trabajo concluye que el sindicato no cumplió con su obligación de representar lealmente al trabajador. En ambos casos, la Corte Suprema de Justicia de Canadá ha afirmado que un trabajador tiene derecho a promover la acción y ser oído para la defensa de sus derechos.

1.3.4.2.2 El tribunal de arbitraje

En cuanto a la integración del tribunal de arbitraje existen dos sistemas importantes, el tripartito y el de árbitro único.

⁶¹

ART. 223 INCISO H) Y 323 DEL CÓDIGO DE TRABAJO GUATEMALTECO.

II.3.6.1. Sistema de Tribunal tripartito

El tribunal tripartito está integrado, normalmente por un juez jurisdiccional quien lo preside y dos miembros representantes de cada una de las partes involucradas en las relaciones de trabajo.

Existe una tendencia en estos sistemas a que los representantes de las partes no ocupen el cargo de forma permanente y deben ser elegidos por los trabajadores y patronos según las formalidades estipuladas en la ley y por un período también determinado por la ley.

En principio no debiera de imponerse más exigencias formales sobre sus cualidades profesionales que las de conocer y tener experiencia en las relaciones laborales, estar física y mentalmente capaces y llenar otros requisitos que las leyes de cada país señalen, tales como las de estar inscritos en una lista de árbitros de trabajo ante la autoridad respectiva.

En Guatemala, para los representantes de los trabajadores y patronos se exige que sean guatemaltecos naturales, mayores de veintiún años, de instrucción y buena conducta notorios, ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y del estado seglar, domiciliados en la zona jurisdiccional. Con excepción del juez presidente del tribunal, no podrán ser abogados ni miembros del Organismo Judicial (Artículo 296 C. de T.). Lamentablemente, no se exige de los representantes de ambas partes que tengan un conocimiento mínimo sobre los principios e instituciones del derecho laboral y probatorio o en su caso, la obligación del Organismo Judicial de proporcionarles esa formación.

El tribunal de arbitraje en nuestro país es de carácter jurisdiccional y permanente, aunque los representantes de los trabajadores y patronos son electos cada año, de la misma manera que los tribunales de conciliación. El inconveniente es que una vez agotada la fase de conciliación, estos tribunales se convierten en tribunales de arbitraje y ésto pone en riesgo la imparcialidad de los mismos.

De conformidad con el Artículo 293 del Código de Trabajo el tribunal se integra por un Juez de Trabajo y Previsión Social, quien lo preside, un representante titular de los trabajadores y otro de los patronos, cada uno con tres suplentes, y el secretario del Juzgado de Trabajo quien actúa como secretario del Tribunal de Arbitraje.

El sistema de tribunal tripartito presenta ciertas dificultades, tales como de ser más onerosos, pues el hecho de estar integrado por tres personas, representa más salarios o dietas. Asimismo, el hecho de que dos de los integrantes del tribunal sean representantes de las partes en conflicto, conlleva un riesgo permanente de imparcialidad y de posiciones extremas y subjetivas. De hecho, en la práctica, es rara la decisión unánime, pues normalmente cuando se afectan los intereses de una de las partes, el representante de esta es disidente y, al final de todo, es el juez jurisdiccional quien, con su voto mayoritario, terminará decidiendo.

Otro problema que puede darse en este sistema es que las posibilidades de excusas o recusaciones, como procedimiento dilatorio, vayan en crecimiento. De la misma manera, la

etapa de deliberación por lo general es más larga, pues requiere discusiones prolongadas, a veces innecesarias.

II.3.6.2. Sistema de árbitro único

El tribunal de arbitraje puede asimismo integrarse por un árbitro único, con o sin la asistencia de asesores o consultores que representan a cada una de las partes. La diferencia con el sistema tripartito es que los asesores o consultores no toman parte en la decisión arbitral y el árbitro no está vinculado con sus consejos u opiniones.

El sistema de árbitro único es cada vez más aceptado en las legislaciones modernas, como en Canadá y Estados Unidos, toda vez que esta tendencia tiene como objetivo de economizar tiempo, gastos y costas judiciales, además de garantizar mejor la imparcialidad del tribunal.

Un ejemplo del funcionamiento de este sistema de juez único con asesores, lo tenemos en Quebec, Canadá, aunque en este caso el recurso al asesor es voluntario y la ausencia de uno de ellos o de ambos, no interrumpe el proceso. En efecto, el artículo 101.1 del Código de Trabajo quebequense establece que: *El árbitro procede al arbitraje con asesores si dentro de los quince días de su nominación, hay acuerdo entre las partes. En caso de acuerdo, cada parte designa dentro del plazo antes indicado, un asesor para asistir al árbitro y representarlo durante el curso de la audiencia y de la deliberación. Si una parte rehúsa dar seguimiento al convenio en este plazo, el árbitro puede proceder en ausencia del asesor de esta parte.* También puede proceder en ausencia de un asesor cuando, habiendo sido convocado legalmente, no se presente.

II.3.6.3. Sistema de opción de alternativas

Algunos sistemas legislativos permiten varias alternativas, dejando a las partes el derecho de escoger entre uno de ellos:

- un árbitro único, escogido por las partes cuando surge el conflicto o nominado directamente en el pacto colectivo, el cual puede ser una sola persona o una lista de árbitros, entre los que se escogerá a uno solo al momento de entablarse la queja. En algunas industrias, como la del textil, el pacto colectivo puede prever la nominación de una sola persona que actuará como árbitro para todos los conflictos planteados. Ordinariamente, es una persona que conoce todas las reglas, costumbres y necesidades de la industria.
- un tribunal de arbitraje colegiado. Normalmente, se prevé en el pacto colectivo el modo de designación de sus miembros que siempre será en número impar. También puede ser nominado de la misma manera que el anterior.

un árbitro y dos asesores obligatorios u optativos. Constituye una fórmula intermedia entre las dos anteriores, y cada una de las partes propone un asesor que tradicionalmente es un especialista en negociación.

11.3.7. La función arbitral

Para que sea un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos, el árbitro debe proceder con diligencia desde el momento en que un conflicto le sea planteado. En el ejercicio de su función que es administrar justicia laboral, el árbitro debe respetar los principios fundamentales de justicia, lo que significa que debe actuar de manera imparcial y garantizar el debido proceso, permitiendo a las partes presentar sus pruebas y exponer sus pretensiones. En virtud de ello, debe convocar debidamente a las partes y sólo en el caso que una de ellas no se presente sin justa causa puede proceder en ausencia de ella. Para ejercer su función, el árbitro debe tener la facultad de dirección y de disciplina en la audiencia, recibir la prueba ofrecida o lo que el juzgue necesario y pertinente para la correcta solución del conflicto, juramentar testigos, visitar el lugar de trabajo en caso necesario, aplicar o interpretar el derecho de las partes y todo lo necesario para la solución del conflicto sometido a su jurisdicción²².

11.3.7.1 Naturaleza jurídica

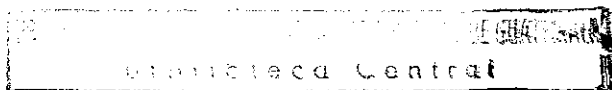
Se dice normalmente que un árbitro es un juez privado que interviene en virtud del compromiso libremente consentido por las partes. Es esta concepción, la que hace del arbitraje un verdadero modo facultativo de solución de conflictos.

Para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, debe tomarse en cuenta que en principio es el legislador quien lo impone como el método obligatorio para solucionar los conflictos surgidos de las relaciones laborales, aunque se deja a las partes la libertad de establecer un procedimiento interno de solución de conflictos antes de llegar al arbitraje, el procedimiento de nominación de los árbitros y el procedimiento arbitral. De cualquier manera, es importante subrayar que a pesar de que las partes tengan esa libertad, no modifica la naturaleza obligatoria ni las bases jurídicas del arbitraje moderno, toda vez que las partes no pueden escoger otra forma ni renunciar a ella.

Para que el arbitraje sea un verdadero instrumento de solución de conflictos colectivos de trabajo, es necesario que la ley establezca las principales modalidades en que debe funcionar el sistema, otorgando poderes y facultades al árbitro, con el fin de que se asegure de manera eficaz e inmediata el procedimiento. El árbitro debe tener la facultad de interpretar la ley y el pacto colectivo, controlar su aplicación y dictar la decisión, y debe existir un mecanismo adecuado para la ejecución de sus decisiones.

²²

OP. CIT. NOTA 44, PÁG. 681



Dependiendo del sistema, el árbitro ejerce una función judicial o quasi-judicial y debe contar con los poderes de decisión suficientes que le permitan solucionar eficazmente los litigios si saliese de su campo de competencia⁴³.

II.3.7.2. Características de la Función Arbitral

La función del árbitro de conflictos laborales, sobre el plano jurídico consiste en aplicar e interpretar el derecho de las partes (la ley y el Pacto colectivo) de las partes. Dentro del derecho moderno, una ley debe considerar por lo menos las características siguientes con respecto a su función:

1. La naturaleza jurídica propia de su función;
2. El campo de actividades y facultades, que deben ser determinados por su competencia;
3. Su competencia exclusiva que es decidir sobre la aplicación, la interpretación y la violación del Pacto colectivo o sobre un determinado conflicto colectivo laboral.

II.3.7.3. Condiciones previas al ejercicio de la función arbitral

Para que el arbitraje alcance sus objetivos y finalidades debe llenar ciertas condiciones previas, las cuales deben perseguir que se garantice eficazmente la solución de los conflictos sometidos a su competencia, de tal manera que se haga justicia y que pueda creerse en ella.

El Licenciado Mario López Larrave considera que tanto en el caso del arbitraje potestativo como del obligatorio, el derecho de huelga está restringido en la legislación guatemalteca, que hay poca confianza en el arbitraje potestativo y que en consecuencia, esta institución es inoperante en la práctica.⁴⁴

La historia sindical guatemalteca descrita por el Licenciado López Larrave revela el estado de desconfianza frente a esta institución y probablemente su inoperancia; sin embargo, es importante tomar en cuenta que en otros países, tanto la parte patronal como la sindical consideran que es el medio idóneo para resolver sus conflictos laborales. Esa confianza en el sistema no ha sido automática; ha necesitado años de lucha y de perfeccionamiento.

La existencia de condiciones previas como la imparcialidad de los árbitros, las técnicas de nominación de estos, la carrera del árbitro que conlleva la formación, capacitación y experiencia en la institución constituyen unos cuantos elementos que han dado al arbitraje su carácter actual.

⁴³ *IBIDEM*, PÁG. 621

⁴⁴ LÓPEZ LARRAVE, MARIO, EL ARBITRAJE EN CENTROAMÉRICA, PÁG. 29, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA. COLECCIÓN PUEBLO Y UNIVERSIDAD, 1979

II.3.7.3.1. Imparcialidad del árbitro

La imparcialidad del árbitro significa que éste no debe tener ningún interés en el conflicto que le es sometido. En general, no debe haber actuado como representante, procurador o consejero de alguna de las partes durante la negociación del pacto colectivo o durante el funcionamiento

ordinario de sus actividades. El objeto de la regla de imparcialidad es de preservar que el árbitro esté libre de todo prejuicio que lo vincule a alguna de las partes o lo haga parcial. Esta regla implica no solamente la ausencia de parcialidad sino también que haya apariencia de imparcialidad que es una de las características fundamentales de la aplicación de justicia pronta y eficaz. Para que esas características sean notorias debe tomarse en cuenta por lo menos lo siguiente:⁵⁵

- el árbitro debe estar libre de cualquier contacto regular o permanente con el sindicato o el patrono, fuera del tribunal y de la audiencia;
- el árbitro debe comprometerse a no actuar en el futuro como procurador o representante de cualquier sindicato o patrono;
- el árbitro debe comportarse de manera imparcial y objetiva durante todo el debate.

II.3.7.3.2. Formación y experiencia en arbitraje

En general se exige que el árbitro tenga conocimientos prácticos en el campo de aplicación del derecho colectivo de trabajo y la negociación colectiva.

Si bien en algunos países existen árbitros de carrera, lo más importante es que posea cualidades morales, intelectuales y profesionales adecuadas. De preferencia debe haber recibido formación o haber hecho carrera en arbitraje laboral.

En varios países existen asociaciones o colegios profesionales de árbitros, las cuales persiguen, entre otros: ⁵⁶

1. la promoción de políticas eficaces y de investigación en materia de solución de conflictos;
2. la promoción y defensa de la dignidad y el honor de la carrera y sus miembros;

⁵⁵

IBIDEM, NOTA 69, PÁG.183

⁵⁶

IBIDEM, NOTA 69, PÁG.194

3. la formación, el estudio, la protección y desarrollo de los intereses económicos, sociales y profesionales de sus miembros;
4. el control y supervisión de sus miembros, particularmente la aplicación del código de deontología de los árbitros.

En los países donde existe la carrera de árbitro, el Código de deontología contiene disposiciones relativas a la duración del cargo, la incompatibilidad con otras funciones, la remuneración y la inmunidad que lo proteja en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, un árbitro cesa en sus funciones después de haberse dictado el laudo arbitral; los honorarios o dietas deben ser cubiertos por partes iguales de los signatarios del pacto colectivo, y goza de inmunidad civil o penal en ejercicio de sus funciones, salvo en caso de cometer falta o delitos dolosos.

II.3.7.3.3. El nombramiento de los árbitros

La existencia de reglas de nombramiento es necesaria para cubrir las expectativas del arbitraje obligatorio. Según las necesidades de las partes pueden darse algunas modalidades, por ejemplo:

1. el árbitro es nombrado de conformidad con el procedimiento previsto en el pacto colectivo, que puede ser un árbitro único nominado en el pacto o de una lista contenida en el mismo;
2. si no estuviere previsto, las partes lo seleccionan cuando surja el conflicto;
3. si, en el caso anterior, las partes no se ponen de acuerdo, la ley faculta al Ministerio de Trabajo para que nombre uno de la lista elaborada con antelación.

Cualquiera que sea la forma utilizada para nombrar a un árbitro, el titular del cargo debe asumirlo consciente de la responsabilidad que conlleva. Es necesario precisar que para que un tribunal pueda ejercer su competencia, los árbitros deben ser debidamente nombrados,⁸⁷ de conformidad con la legislación de cada país⁸⁸ y según esté previsto en el Pacto colectivo.

⁸⁷ *IBIDEM*, NOTA 69, PÁG. 196

⁸⁸ EN GUATEMALA, LA NOMINACIÓN SE HACE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 295 Y 296 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. LAS PARTES DEBEN PROPONER ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA UNA LISTA DE CANDIDATOS Y EN SU DEFECTO ES DICHA CORTE QUIEN ESTÁ FACULTADA PARA INTEGRAR UNA LISTA QUE DEBERÁ REMITIRSE A LOS JUZGADOS DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. LA MISMA SE PUBLICARÁ EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y SERÁ ENVIADA AL COLEGIO DE ABOGADOS. DICHSOS ÁRBITROS DEBEN SER GUATEMALTECOS NATURALES DE ORIGEN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 144 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, MAYORES DE VEINTIUN AÑOS, DE INSTRUCCIÓN Y BUENA CONDUCTA NOTORIOS, CIUDADANOS EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS Y DEL ESTADO SEGLAR, DOMICILIADOS EN LA ZONA JURISDICCIONAL DEL JUZGADO RESPECTIVO.

II.3.8. El proceso de Arbitraje

II.3.8.1. Procedimiento interno previo al arbitraje

De manera general, se recomienda un procedimiento interno previo al arbitraje, el cual es considerado como parte o etapa necesaria y obligatoria al proceso arbitral. Las partes establecen dentro del pacto colectivo los mecanismos para solucionar sus conflictos, lo cual se traduce en un procedimiento interno de reclamación o queja. Este procedimiento puede variar dependiendo de factores tales como: el tipo de industria, la dimensión y las estructuras administrativas de la empresa y del sindicato, la experiencia de las partes en negociación y del clima de relaciones de trabajo entre las partes.

A través del procedimiento interno de reclamación, las partes estudian, precisan y sopesan el expediente antes de someterlo al arbitraje; les sirve para analizar sus posiciones respectivas, aclarando puntos en controversia y anticipando la posibilidad de éxito de conformidad con la jurisprudencia arbitral vigente. Este procedimiento ha sido eficaz en muchos países, logrando que sólo las causas mayores e importantes sean sometidas al arbitraje.

Se recomienda que el mecanismo de arbitraje sea especificado dentro del pacto colectivo. La experiencia ha demostrado que generalmente las partes convienen sobre los siguientes aspectos:

1. Modalidades de enviar un conflicto al arbitraje;
2. Desarrollo y fines del arbitraje;
3. Poderes del árbitro;
4. Procedimiento de elección o nominación del árbitro y la forma de remuneración;
5. Precisión sobre si el árbitro actúa solo o acompañando de asesores y mecanismo de nombramiento de los asesores;
6. Procedimiento y modo de recepción de la prueba, aunque por lo general es facultad del árbitro quien solamente debe garantizar los principios fundamentales;
7. Formulación de las sanciones;
8. Plazo del que dispone el árbitro para tomar una decisión;
9. Mecanismo de arbitraje con respecto al mantenimiento de condiciones de trabajo después de la expiración de la convención colectiva y durante el período de renovación de la misma.

Para el caso en que un pacto colectivo no prevea un procedimiento interno, la cuestión litigiosa debe remitirse directamente al arbitraje. En tal caso, debe presentarse una solicitud ante la autoridad administrativa de Trabajo para que proceda al nombramiento del árbitro de los árbitros, cuando sea más de uno.

I.3.8.2. Principios que rigen al procedimiento de arbitraje

Tomando en cuenta que el arbitraje es un mecanismo que persigue la pronta y efectiva solución de conflictos laborales; los especialistas en la materia recomiendan que éste deba ajustarse a los siguientes principios:

1. *rapidez*: la administración de justicia debe ser pronta y diligente;
2. *oralidad*: para cumplir con el primer objetivo debe limitarse lo procedimientos escritos y fijar audiencias orales
2. *objetividad*: al someter las partes su conflicto al árbitro, éste debe resolver con objetividad, basándose en el pacto colectivo y supletoriamente en la ley
3. *eficacia*: la decisión del árbitro debe contener conclusiones claras y precisas que permitan una fácil aplicación del fallo.

En base a los principios indicados, el árbitro debe proceder a instruir el arbitraje de manera diligente; para el efecto puede de oficio convocar a los interesados con suficiente anticipación para que hagan valer sus pretensiones y propongan un asesor.

II.3.8.3. Desarrollo del arbitraje

El proceso arbitral se puede descomponer en tres grandes fases:

1. La solicitud de arbitraje y la formación del tribunal arbitral;
2. El procedimiento o la Audiencia y,
3. La etapa de deliberación o de toma de decisión.

II.3.8.3.1. Etapa de solicitud de arbitraje

La presentación inicial de la demanda, se hace ante diferentes personas de la empresa y el sindicato, dependiendo de la jerarquía y el formalismo establecido en el pacto colectivo. En caso de que una de las partes no respete la ejecución de alguna etapa obligatoria, la otra parte podrá, someter la cuestión al arbitraje con el objeto de obtener una ejecución obligatoria.

En cuanto a los requisitos y formalidades, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

1. Si una formalidad ha sido prevista en el pacto colectivo y la misma no se ha cumplido, el árbitro se declarara incompetente una vez haya constatado dicha ausencia de cumplimiento.
2. El rechazo de una solicitud de arbitraje por vicios de forma no debe en ningún caso otorgarse y el árbitro deberá permitir a la parte que cometió el error, de corregirlo. Una simple ausencia de formalismos, aun en el caso de que se trate de una exigencia que pudiera parecer substancial, no debe impedir la presentación de la demanda.
3. Debe preverse el plazo de la prescripción para someter el conflicto al arbitraje, los que normalmente con períodos cortos, debido a la naturaleza y filosofía del arbitraje. La prescripción se interrumpe cuando se recurre al procedimiento interno de reclamación y comenzará a correr de nuevo cuando este procedimiento interno se haya agotado, es decir que se haya conocido la decisión final susceptible de arbitraje.
4. Sólo el empleador y la asociación acreditada tienen acceso al arbitraje, aunque la imposibilidad inicial de someter la reclamación o la queja al arbitraje de la manera prevista en pacto colectivo, legitimaría al asalariado de presentarse el mismo ante el árbitro. Algunas convenciones prevén los procedimientos internos para cada una de las situaciones generales, hablando así de conflictos individual, de grupo, de principio o sindical .

II.3.8.3.2. Integración del tribunal arbitral

Como anteriormente se indicó, el tribunal puede constituirse de un árbitro único o de un tribunal tripartito. Las partes proponen al asesor que asistirá al árbitro y que lo representará durante el conflicto y la deliberación.

En las legislaciones modernas, la nominación del arbitro puede ser hecha por las partes, pero si estas no llegan a un acuerdo, el árbitro será nombrado por el Ministro de Trabajo. La nominación entonces se hace de entre las personas cuyo nombre figura en una lista anual de árbitros dirigida por el consejo consultivo de trabajo y de mano de obra.

II.3.8.3.3. La preparación del expediente

La preparación del expediente arbitral comprende:

1. La constitución del expediente, que se traduce en preparar materialmente toda la información útil para presentar la demanda o la contestación de la demanda;

2. La elección de la persona que podrá representarles mejor. Dependiendo de la naturaleza del conflicto, deben estar en íntima conexión con los negocios de la empresa o del sindicato o, en otros casos, una tercera persona para guardar un mejor control del expediente, abordándolo de manera menos impulsiva.

II.3.8.3.4. La preparación de la información

Cada una de las partes debe hacer un esfuerzo para establecer cuáles son las cuestiones en litigio. Luego deberán clasificarlas en principales y accesorias, sobre todo, escoger los medios apropiados que sirvan para defender sus pretensiones. Los medios de prueba deben cumplir con una triple condición: ser admisibles, pertinentes en relación al conflicto y apropiadas en relación a las pretensiones.

II.3.8.4. El Juicio arbitral y la Audiencia

Antes de entrar al análisis de las etapas del juicio arbitral, es necesario insistir en que la audiencia debe desarrollarse oralmente y basarse en los principios y garantías que rigen al sistema adversarial. Además, debe tomarse en cuenta la necesidad de un mecanismo adecuado y limitado de revisión de las decisiones y fallos, por lo que debe garantizarse que todo lo sucedido durante la audiencia arbitral sea debidamente anotado o registrado, preferentemente utilizando los métodos modernos de audio-grabación.

Etapas del juicio arbitral

El juicio o proceso arbitral comienza en el momento en que el árbitro es instruido de conocer del conflicto, es decir, desde que las partes le someten la queja o petición para resolver el litigio. De manera general, el derecho laboral moderno recomienda legislar sobre los siguientes aspectos que rigen el juicio arbitral:

1. En primer lugar debe precisarse las etapas del proceso: instrucción de la queja o demanda, apertura de la audiencia que incluye la ampliación o modificación de demanda así como la contestación de demanda, el desarrollo de la audiencia que constituye la etapa de recepción de prueba y cierre. Finalmente las etapas de deliberación y sentencia arbitral.
2. Debe legislarse de manera clara sobre las prohibiciones respecto a que las partes no deben ausentarse de la audiencia ni utilizar tácticas dilatorias que obstaculicen el procedimiento. Esto debe estar reforzado con medidas disciplinarias o penales en contra de las partes que no respeten el procedimiento, los plazos o las directivas del árbitro.
3. En el ejercicio de sus funciones, el árbitro debe respetar los principios fundamentales de la justicia, o sea actuar con imparcialidad y permitir a las partes de exponer libre y completamente sus argumentos y pretensiones.

4. El árbitro debe tener facultad para recibir prueba en ausencia de todo interesado que ha sido debidamente convocado y no se presenta a la audiencia o que rechace ser oído.
5. El árbitro debe gozar de la facultad para juramentar a los testigos. Los testigos en un juicio arbitral deben gozar de una inmunidad especial en el sentido de que sus respuestas no puedan servir contra él en una persecución penal, salvo en caso de perjurio o falso testimonio.

II.3.8.4.1. Apertura del debate

Si tomamos en cuenta el principio del derecho laboral moderno, en el que son las partes quienes deciden el procedimiento de nombramiento del árbitro, la audiencia debe comenzar con un pronunciamiento de las partes sobre la aceptación o no del nombramiento del árbitro, toda vez que sin respetarse el procedimiento, el árbitro no tendría competencia para conocer ni pronunciarse sobre el litigio. Otro de los aspectos importantes en la etapa inicial es que el árbitro preste juramento antes de declarar abierta la audiencia. De preferencia, esto último debe acordarse en el pacto colectivo, como requisito obligatorio.

Luego de haberse llenado los requisitos anteriores, y antes de declarar abierto el debate, el árbitro debe asegurarse que todos los interesados fueron debidamente convocados y que se encuentran presentes y debidamente representados o asesorados. En este estado inicial de la audiencia, las partes deben delimitar el objeto de la audiencia, ampliar o modificar los elementos esenciales de la demanda tales como las personas y el objeto. Asimismo podrán objetarla por confusa, imprecisa o falta de objeto; aunque esta etapa previa no sea utilizada como tácticas dilatorias.

Los plazos para el juicio arbitral

Como ya se ha indicado con anterioridad, el procedimiento a seguir es aquel que se ha establecido en el pacto colectivo. Sin embargo, el principio de economía procesal recomienda que las partes conserven la facultad de disminuir los plazos y la complejidad de la audiencia, de común acuerdo. Esta facultad debe ser ejercida preferentemente antes de la apertura del debate.

II.3.8.4.2. Desarrollo de la audiencia

Durante el curso de la audiencia, el árbitro deberá recibir los elementos de prueba de las partes que servirán de base para su decisión.

La audiencia debe ser **pública**, a menos que, en aras de una solución adecuada, el árbitro o las partes de común acuerdo decidan lo contrario. Debe igualmente ser dinámica. El árbitro no debe tener una actitud pasiva, él debe tomar iniciativas, guardar el orden y la disciplina para el buen desarrollo de la audiencia. Escuchará a las partes y, en caso necesario, fijará

las audiencias oportunas, con el objeto de obtener los elementos de prueba que le permitan dictar el mejor fallo posible.

El árbitro debe sobre todo respetar las reglas fundamentales de justicia, por ejemplo: garantizar que los testigos declaren sin presión alguna; que los documentos presentados durante la audiencia sean pertinentes y útiles y velar porque sean transmitidos a las partes, que tengan interés, para respetar las reglas del debido proceso y de defensa. Velará también porque los incidentes sean oportuna y debidamente planteados por las partes y deberá resolverlos en su momento oportuno.

Dentro de sus funciones, podrá visitar los locales de la empresa y en el caso de declaración testimonial, podrá él mismo dirigir las preguntas que considere necesarias para resolver el conflicto.

II.3.8.4.3. La prueba

Primeramente, el árbitro y las partes deberán tener claro cuál será el *objeto de la prueba* durante el debate. Recordemos que dicho objeto consiste en probar todos hechos esenciales o importantes mencionados en la queja, la demanda o su contestación. En tal sentido, la prueba se extiende al conjunto de medios que servirán para convencer al árbitro de la existencia de los hechos expuestos por las partes.

La prueba debe ser pertinente, útil y legal. Su pertinencia se valorará de acuerdo a la relación, directa o indirecta, que tenga con los hechos pertinentes del litigio. No obstante pueden probarse otros hechos, para ayudar a interpretar determinada cláusula del pacto colectivo. Desde este punto de vista se podrá probar, por ejemplo, el uso o la costumbre, los antecedentes de la negociación, el texto de un pacto colectivo anterior, etc..

En principio, debiera admitirse únicamente los medios que prueben hechos anteriores al conflicto; sin embargo podrán admitirse aquellos que ayuden a comprender la situación existente al momento en que este se originó. Excepcionalmente pueden admitirse los hechos posteriores si estos son pertinentes al litigio y permiten comprender la situación existente en el momento en que el conflicto nació; pero, deben constituir hechos complementarios e íntimamente ligados a los hechos iniciales.

Constituyen hechos pertinentes al litigio los acontecimientos directos e inmediatos o una serie de hechos aislados, que aunque no prueban la existencia del hecho principal, en su conjunto tienen efecto probatorio sobre el conflicto de mérito.

Durante la recepción de la prueba, aun y cuando el árbitro es quien controla el procedimiento, dicha prueba debe ser incorporada en presencia de las partes. El orden de intervención de las partes para producir sus medios de prueba está determinado por quien tenga la carga de la prueba.

Cuando la parte sobre la cual recae la carga de la prueba ha terminado de producir su prueba, la parte adversa producirá la suya. Si esta prueba pone en evidencia nuevos hechos, la otra parte puede a su vez proponer nueva prueba.

Recibida toda la prueba, las partes presentan sus alegatos y posteriormente se declarará cerrado el debate.

En lo que respecta a la carga de la prueba, es importante tener en cuenta la naturaleza de las relaciones laborales, por lo que en materia de arbitraje, en múltiples situaciones, el sindicato no puede producir una prueba completa sobre todos los elementos del conflicto, particularmente cuando la prueba se encuentra en manos del patrono, razón por la cual sería injusto imponer la carga de la prueba al sindicato, lo que corresponderá al patrono.

Por lo anterior, es recomendable que en el mismo pacto colectivo se regule que, para determinados asuntos, es el patrono quien tendrá la carga de la prueba, como por ejemplo, en la aplicación de medidas disciplinarias y despidos.

De cualquier manera, en la mayor parte de casos, dependiendo de la naturaleza del asunto, será el árbitro quien determinará a quién pertenece la carga de la prueba o cuando esta carga se invierte.

La carga de la prueba se invierte cuando el conflicto, como en materia disciplinaria, recae sobre la contestación de un acto del empleador, supuestamente motivado por el comportamiento de un asalariado. En tal caso, la carga de la prueba recae en el patrono para convencer al tribunal de haber tomado la decisión con justa causa.

II.3.8.4.4. Grado de la prueba

En materia laboral, rigen la reglas de la preponderancia de la prueba; es decir, no se requiere probar un hecho fuera de cualquier duda razonable como en materia penal, sino un grado de probabilidad, con el cual se considera probado el hecho más probable. En ese sentido, también regirán las reglas de la mejor prueba, que consiste en retener la mejor prueba disponible para establecer un hecho material o jurídico. Por ejemplo, un documento producido para probar la edad de una persona, es mejor prueba que un testimonio.

II.3.8.4.5. Medios de prueba

Pueden ser admitidos cualquier medio de prueba que sea útil, pertinente y legal. Los medios de prueba tienen un objeto específico que consiste en demostrar todos o uno de los hechos alegados o pretendidos por las partes, y su admisibilidad en caso de oposición depende en primer lugar de la competencia acordada al árbitro y, en segundo, de factores tales como la naturaleza del conflicto, del lugar o región de trabajo, del comportamiento de la parte que se opone a la utilización del medio.

El árbitro evitará que los medios de prueba tengan por objeto sorprender injustamente a la otra parte o privarle del ejercicio de su derecho de defensa.

En resumen, el árbitro debe asegurarse de la pertinencia de los medios de prueba propuestos, ejercer un severo control para que la audiencia llene sus objetivos y evitar situaciones como las siguientes:

1. que la audiencia se convierta en una tribuna para hacer propaganda sindical o patronal.
2. que se convierta en la ocasión para hostigar a trabajadores o gerentes de la empresa.
3. un juicio preliminar preparatorio de una queja penal o demanda civil o retomar un proceso ya concluido.
4. la oportunidad para seguir un proceso a un tercero, etc.

II.3.8.4.5.1 La prueba testimonial en el juicio arbitral

La prueba testimonial es por excelencia la más utilizada en materia arbitral. Pueden ser llamados a prestar declaración testimonial las partes implicadas en el conflicto y las personas que tengan conocimiento personal de los hechos. En principio, no existe dificultad para la convocatoria puesto que normalmente se les notifica en la empresa o en el lugar de trabajo. Los testigos pueden abstenerse de declarar sobre un asunto en el cual hayan obtenido la información bajo confidencialidad, o que se trate de un secreto profesional. Debe reglamentarse que los testigos debieran declarar uno a continuación del otro y se evite la comunicación entre sí. Como para cualquier otro medio, la prueba testimonial debe versar sobre los hechos, y estos deben ser pertinentes al litigio, además de constarles personalmente; es decir que no deben ser testigos referenciales.

II.3.8.4.5.2 La prueba documental

Se trata de documentos escritos que pretenden probar la existencia o veracidad de los hechos en apoyo a las pretensiones de derecho o jurídicas. Podemos distinguir los documentos que provienen de las partes, los que se relacionan al conflicto y aquellos que se originan de terceros (certificados médicos, informes de expertos etc.) y que son utilizados por una de las partes para apoyar sus pretensiones.

II.3.8.4.5.3. Visita o reconocimiento del lugar de trabajo

El árbitro, a solicitud de una de las partes o de su propia iniciativa, puede visitar la empresa e invitar a las partes a acompañarlo. Esta diligencia permite establecer, entre otros, si las partes hablan de los mismos hechos, si toman en cuenta todos los elementos pertinentes al asunto; atmósfera en las relaciones de trabajo; el número de trabajadores de la empresa; la naturaleza de las tareas o funciones; ritmo de trabajo; etc.

II.3.8.4.5.4. Las presunciones

Se trata de los elementos que no exigen una prueba directa y precisa. Su existencia o autenticidad se infiere o se presume del conocimiento general, del contexto o la experiencia. Las presunciones permiten establecer la existencia de hechos para los cuales la prueba directa es difícil o larga de establecer.

II.3.8.4.5.5. Los alegatos de las partes

Los argumentos de las partes, tienen por objeto atraer la atención del árbitro sobre la pertinencia de los hechos probados y establecer una relación entre los hechos probados y el derecho. Los alegatos, constituyen los argumentos de la parte que tiene la carga de la prueba, así como la réplica del adversario. Los alegatos deben ser concisos, convincentes y contener principalmente: La base de derecho en que se apoya la demanda; una relación de las normas legislativas y del pacto colectivo; un resumen de los hechos que fundamentan la posición jurídica y los argumentos propiamente dichos.

II.3.9 La sentencia o laudo arbitral

El Arbitro ejerce su poder de decisión interpretando y aplicando una ley, un reglamento o el Pacto colectivo en la medida que sea necesario para decidir el conflicto. Por ejemplo:

1. En materia disciplinaria, él debe tener poderes para confirmar, modificar o dejar sin efecto una decisión del empleador que no haya sido tomada conforme a lo establecido en la ley o la convención colectiva.
2. En materia de salarios o beneficios económicos debería tener poderes para fijar las modalidades de reembolso de una suma que el patrono ha pagado de más al trabajador, o poder fijar el monto y forma de pago de los salarios o beneficios no pagados por el patrono, así como indemnizaciones disciplinarias o sobre daños y perjuicios derivados de las relaciones laborales.
3. También debe tener un poder de decidir sobre la reinstalación de un trabajador o en su caso, fijar una indemnización justa y razonable.
4. Debería poder solucionar un desacuerdo relativo a la interpretación de la convención a través de una sentencia declaratoria.

Es necesario que la sentencia o laudo arbitral sea una decisión final, es decir sin apelación, y obligatoria para las partes. Aunque, es indispensable que una corte o tribunal jurisdiccional pueda ejercer un poder de supervisión y control por medio de algún recurso extraordinario y sobre cualquier decisión final del árbitro, limitado a los casos donde éste se haya excedido en su competencia. El sistema de recursos debe regularse de la forma más adecuada posible para evitar el abuso de los mismos; pero, que al mismo tiempo sirva de equilibrio y control contra las decisiones arbitrarias o ilegales.

En todo momento, la ley debe regular que el árbitro es el único intérprete de la convención colectiva; pero, una interpretación errónea debe permitir la intervención de los tribunales jurisdiccionales superiores. Para fijar un sistema de recursos adecuados, debe tomarse en cuenta los elementos a los que limita la intervención de los tribunales competentes:

1. Cuando la decisión arbitral sea final y esta no sea razonable o equivalga a un abuso de poder que haga perder su competencia.
2. Cuando ha ejercido erróneamente su competencia: negándose a ejercerla, extralimitándose o limitándola ilegalmente.
3. Si el árbitro muestra parcialidad en el ejercicio de sus funciones o si rechaza dar a una de las partes el derecho de ejercer plenamente sus pretensiones o su derecho de defensa

II.3.9.1 La deliberación o el proceso de toma de decisión

Para la toma de decisión, el árbitro debe tomar en cuenta tres aspectos fundamentales: el primero es que él no puede delegar su función; el segundo, que el mérito de la decisión debe responder exclusivamente a la solución del conflicto planteado; y por último, la decisión debe apoyarse únicamente en el derecho y los hechos debidamente probados durante la audiencia.

II.3.9.2 El autor de la decisión

La toma de una decisión arbitral no es una tarea fácil, pues el árbitro debe hacer esfuerzos para ser objetivo y estar mentalmente disponible para buscar todas las vías jurídicas posibles que resuelvan verdaderamente el conflicto, sin meter en cuestión la credibilidad del sistema arbitral y resulte una decisión, si no aceptable para ambos, satisfactoria y justa.

Ya hemos visto que en el caso del *árbitro único*, este puede ser asistido por los asesores propuestos por cada una de las partes. Pero, en ningún momento él podrá delegar la función de toma de decisión. Los asesores transmiten al árbitro sus consejos y opiniones, le hacen comprender los elementos más técnicos del expediente. Es claro, que este tipo de asesoría contribuye a que las partes adquieran más confianza en el sistema arbitral y a darle mayor credibilidad a la decisión.

Para el caso del *tribunal tripartito*, la decisión puede ser unánime o podrá depender de la mayoría de votos en ausencia de unanimidad. Los tres miembros del tribunal tienen los mismos derechos y obligaciones, y para efectuar la toma de decisión. En algunos sistemas, es el presidente quien generalmente elabora un proyecto del texto de la decisión, en el cual expresa las conclusiones a las cuales llegaron durante el estudio y deliberación del caso. Los miembros del tribunal deben estudiar el proyecto y proponer las modificaciones deseadas. Las disidencias se adjuntan a la sentencia arbitral aunque no hacen parte de la decisión. Finalmente la toma de posición se materializa con la firma de cada uno de los miembros.

Contrariamente a lo anterior, en otros países, los tribunales colegiados funcionan generalmente de dos maneras: en algunos casos, uno de los miembros es el principal encargado del caso y lo explica a los otros miembros para su análisis y discusión en base a lo sucedido durante la audiencia. En otros, cada uno de los miembros, bajo la dirección del Presidente del Tribunal, discuten libremente cada uno de los puntos en litigio y se decide de conformidad con el régimen legal de valoración de la prueba. En ambos casos, la decisión del tribunal, es la decisión mayoritaria en caso de no existir unanimidad.

II.3.9.3 El objeto de la decisión

El árbitro debe limitarse a resolver sobre el conflicto que le ha sido planteado. Aún y cuando se trate de una función difícil, el árbitro debe hacer un esfuerzo por discernir los motivos que originan el conflicto. Esta decisión debe tomarla con la única ayuda de los medios de prueba producidos e incorporados durante la audiencia

Una vez determinado el objeto principal del conflicto, el árbitro orienta su estudio y condiciona su conclusión final al mismo.

II.3.9.4 Contenido de la decisión y motivación

En el momento preparatorio de la toma de decisión, el árbitro debe tomar todas las medidas útiles para no subestimar el valor de cada una de las pruebas y darles a cada una su verdadero valor. Debe igualmente comparar los elementos de prueba sometidos por las partes.

El árbitro deliberara con el objeto de emitir un fallo debidamente motivado. La sentencia o laudo debe motivarse de tal manera que permita a las partes comprender las razones que tuvo el árbitro para llegar a una conclusión en determinado sentido. La redacción debe respetar el campo de competencia y poderes del árbitro y responder exclusivamente al conflicto planteado por las partes.

En cuanto a su contenido, la sentencia o laudo arbitral debe cubrir elementos importantes como:

1. la identificación: del caso, del tribunal y de las partes.
2. un resumen de la descripción y fecha del conflicto.
3. constancia de haberse cumplido con las condiciones preliminares al debate arbitral: el proceso interno anterior al arbitraje, la validez de la nominación del árbitro, etc.
4. un resumen de las objeciones preliminares más importantes y la decisión sobre las mismas.

5. el análisis de la prueba y las respectivas posiciones de las partes.
6. la exposición de los motivos principales que apoyan la decisión final, y
7. una conclusión clara, precisa y redactada de manera que las partes puedan fácilmente comprender y ejecutar.
8. la firma del o de los árbitros, la fecha y el lugar de la decisión.

II.3.9.5. Efectos de la decisión arbitral

La decisión arbitral produce efectos desde que el laudo es notificado a las partes. Desde ese momento el sindicato y el patrono quedan ligados y obligados a la decisión. La decisión debería ser final y sin apelación, toda vez que la finalidad misma del proceso arbitral es la rapidez y eficacia del proceso y de la solución de los conflictos laborales. Se hace necesario sin embargo, un control judicial que se apoye en los principios de legalidad y el de libre acceso a la justicia, a que se haga justicia de manera unánime y que la administración de esta se base en normas igualitarias. Este control no debe constituirse en tácticas dilatorias por un uso desmesurado de la intervención de los tribunales superiores. No debe servir para retrasar el proceso o la ejecución del laudo arbitral,

En la medida en que las partes aumenten su conocimiento sobre las funciones del árbitro, les permitirá censurar los abusos y excesos del árbitro que se salga de los dominios que le son reservados; pero, al mismo tiempo les permitirá reducir el recurso abusivo a la revisión judicial.

II.3.9.6. Momento del control

El control de la competencia del árbitro, para no hacerle perder al arbitraje sus fundamentos, debería hacerse sobre dos puntos principales: la competencia de este para poder emitir una decisión arbitral y el objeto de la decisión. Generalmente, la competencia reconocida al árbitro es la de poder decidir sobre los conflictos que resulten de la aplicación, interpretación y violación del pacto colectivo; en consecuencia, si el árbitro decide sobre cuestiones colaterales que no están ligadas al objeto del litigio, se estará excediendo en sus funciones, lo que haría necesaria la intervención de un tribunal superior.

Puede asimismo establecerse un control sobre las irregularidades graves cometidas en el ejercicio de su función. Por ejemplo, que actúe de mala fe, que funde su decisión sobre datos o hechos ajenos al asunto, que omita elementos importantes o pertinentes, que infrinja las reglas de justicia, que interprete errónea y manifiestamente las disposiciones legales.

Respetando los principios fundamentales del arbitraje laboral moderno, dicho control debería llevarse a cabo a través de un recurso de revisión o una acción directa en nulidad y de la petición de homologación.

Cuando el juez o tribunal superior conoce el recurso contra la decisión arbitral, debe limitarse a examinar si en la sentencia arbitral, el árbitro se excedió en su competencia. Aunque debe permitirse que la decisión de dicho juez o tribunal superior, sea llevada ante una corte de apelaciones. El uso del poder del control judicial debería tener por objeto verificar la legalidad de los actos, procedimientos y decisiones del árbitro. Si del estudio de la sentencia arbitral se desprende que el árbitro no incurrió en ilegalidad, entonces el tribunal superior no puede utilizar sus poderes de revisión, rechazará el recurso y ordenará la ejecución forzosa de la misma.

En caso que la decisión arbitral no sea respetada o ejecutada voluntariamente, el titular del derecho debe gozar de un derecho para exigir la ejecución forzosa de la decisión, en un procedimiento fácil y rápido.

En cuanto al mérito o fondo del asunto, debe dictarse una sentencia escrita y motivada, la cual se considera firme cuando ha sido notificada a las partes y no puede corregirse en una segunda instancia, sino por la existencia de un error material. Debe dictarse dentro un plazo corto, a menos que se haya previsto otro plazo en la convención. En ambos casos, el plazo debería poderse prolongar si las partes están de acuerdo. El C. de T. debe prever una sanción en caso de no respetarse los plazos.

Por lo anterior, es necesario que exista un sistema adecuado de notificaciones y de ejecución de las sentencias arbitrales.

CONCLUSIONES

1- Lo primero que podemos constatar es que, en la legislación guatemalteca, no prevé la mediación como medio de solución de conflictos laborales. Bien que, en la práctica, se permite la intervención de amigables componedores, esta es limitada pues se considera únicamente para ciertos conflictos colectivos, en los cuales pueden intervenir en forma espontánea. Sin embargo, podemos afirmar que, de manera general, la institución es desconocida tanto a nivel de los principios como de los procedimientos y técnicas modernas que la inspiran. Es lamentable, que hasta ahora, nuestra legislación no haya seguido las tendencias modernas del derecho laboral, toda vez la evolución que la misma ha experimentado, hacen de ella un verdadero mecanismo de solución de conflictos colectivos e individuales.

2- La mediación y la conciliación deberían ser considerados como medios no contenciosos o de colaboración entre las partes, quienes son las mas interesadas en encontrar soluciones adecuadas a sus conflictos; pero, conservando su naturaleza voluntaria y respetando sus propias particularidades. El arbitraje, en su concepción moderna es considerado un medio contencioso obligatorio; pero, deja a las partes una amplia posibilidad de maniobra y de intervención a fin de evitar que el procedimiento mismo sea un motivo mas de conflicto, como actualmente sucede en Guatemala.

En ese sentido, aunque se conserve su carácter obligatorio, debe permitirse y facultarse a las partes para que definan el procedimiento interno de solución de conflictos, el procedimiento arbitral y de nombramiento de los árbitros.

3- Es necesario que nuestra legislación, particularmente ahora que se vive un proceso de paz, se inspire en las legislaciones modernas para que los medios de solución de conflictos laborales constituyan una verdadera forma de desjudicialización y acceso a la justicia, ya que las mismas, reguladas adecuadamente, permiten de una manera rápida y menos onerosa, el descongestionamiento de los tribunales jurisdiccionales de trabajo.

Desde ese punto de vista, nuestra legislación estaría siguiendo la voluntad expresada en el *Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y situación Agraria*⁹⁹, firmado por el gobierno y la URNG, el cual en su capítulo referente al trabajo recomienda que para fortalecer y modernizar el Ministerio de Trabajo, a este correspondería, entre otros, *Promover una cultura de la negociación y, en particular, la capacitación de los interlocutores para dirimir disputas y concertar acciones en beneficio de las partes involucradas.*

4- La mayor parte de legislaciones consultadas establecen la conciliación como una etapa facultativa a la solución de los conflictos colectivos e individuales. La obligatoriedad, como es el caso de Guatemala, desnaturaliza la institución, ya que condiciona el acceso de las partes a una justicia pronta y eficaz. Es por ello que en las legislaciones modernas la conciliación ha dejado de ser una etapa obligatoria para poder acudir al arbitraje.

5- En Guatemala, la conciliación y el arbitraje desde su implementación en 1947, no han evolucionado hasta el punto de convertirse en verdaderos mecanismos de solución de conflictos laborales. A la fecha, el procedimiento conciliatorio y arbitral, a pesar de sus reformas, continua inspirándose en la misma filosofía de antaño y no se encamina a obtener resultados que satisfagan a las partes interesadas, toda vez que los tribunales todavía son tripartitos y las instituciones constituyen procedimientos engorrosos y muy formalistas.

En las legislaciones modernas el Arbitraje constituye un medio para solucionar todo tipo de conflictos provenientes de la interpretación, aplicación y violación de los pactos colectivos e individuales de trabajo y no únicamente para resolver cuestiones susceptibles de provocar huelga o paro en conflictos colectivos laborales como ocurre en Guatemala.

Además, es recomendable que junto a la reforma y modernización de estas instituciones desjudicializadoras, se reforme todo lo referente al derecho de huelga y paro, y se extienda la naturaleza y contenido de las convenciones colectivas, con el objeto de adaptarlos a esa nueva cultura de negociación y solución de conflictos.

6- Tomando en cuenta lo anterior, resulta indispensable que las universidades, para los futuros abogados, y el Colegio de Abogados para sus miembros incluyan dentro de sus planes de formación y capacitación un curso de Arbitraje, el cual debe incluir nociones sólidas sobre la negociación y los medios alternativos de solución de conflictos.

ANEXO
ESQUEMA COMPARATIVO DE LOS MEDIOS DE PRESION

| ESQUEMA COMPARATIVO DE LOS MEDIOS DE PRESION | GUATEMALA | DERECHO MODERNO (QUEBEC, CANADA) |
|---|---|---|
| Artículo 239 Código de Trabajo de Guatemala | <p>HUELGA LEGAL: Suspensión y abandono temporal del trabajo, acordado, ejecutado y mantenido por un grupo de 3 o mas trabajadores. Con el exclusivo propósito de mejorar o defender frente al patrono los intereses economicos propios y comunes al grupo.</p> | <p>HUELGA: Abandono del trabajo acordado por un grupo de trabajadores, pertenecientes a una unidad de negociación o a una empresa.</p> |
| Artículo 1 inc. g, Código de Trabajo de Quebec, Canadá | <p>PARO: Suspensión y abandono temporal del trabajo, ordenado y mantenido por uno o más patronos en forma pacífica y con el exclusivo propósito de defender frente a sus trabajadores los intereses económicos que sean propios de ellos, en su caso, comunes a los mismos.</p> | <p>LOCK-OUT (PARO) La negativa del patrono de dar trabajo a un grupo de trabajadores a su servicio para presionarlos a aceptar ciertas condiciones de trabajo.</p> |
| Artículo 245 Código de Trabajo de Guatemala | <p>LIMITACIONES Es prohibida la huelga y el paro: 1. Trabajadores campesinos en tiempo de cosecha (excepto productos cultivados durante todo el año o que no se deterioren por falta de recolección. 2. Trabajadores de las empresas de transporte mientras se encuentre en viaje, no terminado. 3- Trabajadores de clínicas y hospitales, higiene y aseo públicos, los que proporcionen energía</p> | <p>LIMITACIONES: Es prohibida la huelga: 1. Para los policias y bomberos. 2. Mientras no exista un sindicato debidamente acreditado. 3. Mientras no haya transcurrido el plazo para adquirir el derecho de huelga. 4. Durante la vigencia del pacto colectivo. 5. Obligatorio para los sindicatos de la funcion pública de informar los servicios esenciales que</p> |
| Artículo 1 inc. h, Código de Trabajo de Quebec, Canadá | | |
| Artículo 243 del Código de Trabajo | | |
| Artículos 106,107,109 del Código de Trabajo de Quebec, Canadá | | |

| | | |
|---|---|--|
| | <p>motriz, alumbrado y agua que no aseguren la prestación prestación del servicio;</p> <p>4. Cuando se afecte gravemente la economía nacional o durante la vigencia de la Ley de Orden Público.</p> | <p>deben garantizarse en caso de huelga, cuando esta tenga por efecto de poner en peligro la salud o la seguridad pública.</p> <p>EL DERECHO AL PARO SE ADQUIERE CUANDO EL SINDICATO HA ADQUIRIDO EL DERECHO DE HUELGA</p> |
| <p>Artículo 241 Código de Trabajo de Guatemala</p> | <p>REQUISITOS: Para declarar una huelga legal se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ajustarse a la definición de huelga. 2. Agotar la conciliación. 3. Constituir por lo menos las dos terceras partes de las personas que trabajan en la empresa o centro de producción y que han iniciado su relación laboral acon antelación al momento de plantearse el conflicto acolectivo de carácter económico-social. <p>Para declarar un paro legal es necesario:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ajustarse a la definición de paro; 2. Agotar los procedimientos de conciliación | <p>REQUISITOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que hayan transcurrido 90 días desde el aviso del sindicato acreditado al patrono indicándole el día, el lugar y la hora para empezar la negociación de una pacto colectivo, sin que esta se haya concluido. 2. Haber sido autorizada en voto secreto por la mayoría de miembros del sindicato acreditado, que ejercieron su derecho de voto. 3. Informar al Ministro de Trabajo que el sindicato ha sido autorizado por sus miembros mayoritarios a declarar la huelga. 4. La conciliación no es obligatoria. |
| <p>Artículo 246 del Código de Trabajo de Guatemala</p> | <p>Autoridad que declara la legalidad del movimiento Juez de Trabajo y Previsión Social, consulta obligatoria a la Sala de Trabajo y Previsión Social</p> | <p>Solo el sindicato tiene derecho a declarar la huelga cuando ha sido autorizado por sus miembros y ha avisado al ministro de trabajo sobre dicha autorización</p> |
| <p>Artículo 394 del Código de Trabajo de Guatemala</p> <p>Artículo 20 Código de Trabajo de Quebec, Canadá</p> | <p>Autoridad que declara la legalidad del movimiento Juez de Trabajo y Previsión Social, consulta obligatoria a la Sala de Trabajo y Previsión Social</p> | <p>Solo el sindicato tiene derecho a declarar la huelga cuando ha sido autorizado por sus miembros y ha avisado al ministro de trabajo sobre dicha autorización</p> |

| | | |
|---|--|---|
| <p>Artículo 394 último párrafo del Código de Trabajo de Guatemala</p> | <p>Declaratoria de ilegalidad de una huelga o paro de hecho Trámite incidental, período de prueba de 5 días</p> | <p>No existe la noción de huelga legal o justa en el sentido de la legislación guatemalteca, la huelga es ilegal cuando se ejerce: 1. Durante la vigencia del pacto colectivo; y 2. Cuando se declara por los trabajadores a quienes se prohíbe: policías y bomberos.</p> |
| <p>Artículo 395 del Código de Trabajo de Guatemala</p> <p>Artículo 20 del Código de Trabajo de Quebec, Canadá</p> | <p>Consecuencias de la declaratoria de legalidad 1. Los trabajadores tienen 20 días para declarar la huelga; 2. Los patronos tienen 3 días para declarar el paro; 3. Pasado este término sin haberla declarado, arbitraje obligatorio.</p> | <p>El sindicato autorizado por sus miembros mayoritarios puede declarar la huelga en cualquier momento, excepto que se haya concluido y aceptado un pacto colectivo.</p> |
| <p>Artículos 242, 252 Código de Trabajo de Guatemala</p> | <p>Consecuencias de la declaratoria de huelga o paro Las partes pueden solicitar al juez que se pronuncie sobre la justicia o injusticia del movimiento.</p> | <p>No existe la noción de justicia o injusticia del movimiento en el sentido de la legislación guatemalteca.</p> |
| <p>Artículo 396 del Código de Trabajo de Guatemala</p> | <p>Huelga justa: Cuando los hechos que la motivan son imputables al patrono por incumplimiento: 1. de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del pacto colectivo; 2. por la negativa injustificada del patrono a celebrar un pacto colectivo o 3. por la negativa a otorgar</p> | <p>Cualquier diferendo o conflicto derivado de la aplicación, interpretación o violación del pacto colectivo se resuelve mediante el procedimiento interno acordado por el sindicato y el patrono: vía directa, mediación, conciliación y arbitraje obligatorio.</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | las mejoras económicas pedidas por los trabajadores, cuando está en posibilidades económicas de concederlas. | LA HUELGA ES SOLO UN MEDIO DE PRESION ECONOMICO PARA OBTENER VENTAJAS DURENTE EL PERIODO DE NEGOCIACION COLECTIVA. |
|--|--|---|

BIBLIOGRAFÍA

- BUREAU, Robert D., Le droit dans tous ses etats. Editorial Wilson & Lafleur ltee, Montreal 1987
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, El acceso a la justicia, Traducción de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México 1996
- COTE, Pierre-André, Interpretation des Lois, Les Editions Yvon Blais, Quebec, Canadá 1982
- DE LA CUEVA, Mario Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Editorial Porrúa 1954
- DUBE, Jean-Louis, Les normes du travail. Editorial Les Editions Revue de Droit, Universite de Sherbrooke, 1987
- DURAN LÓPEZ, Federico, Jurisprudencia constitucional y Derecho del trabajo. Editorial Centro de publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992
- FERLAND, Philippe, L'Arbitrage Conventionnel, Editions Thelme, Canadá, 1983
- GAGNON, Robert, Droit du Travail. Editorial Les presses de l'Université Laval, 1987
- GOULD IV, William B., Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo. Editorial Techos, S.A., Madrid 1991
- LAPORTE, Pierre, Code du Travail du Quebec, Legislation, jurisprudence et doctrine. Editorial Wilson & Lafleur, 1989
- LÓPEZ LARRAVE, Mario, Breve historia del movimiento sindical guatemalteco, Editorial universitaria, Guatemala, 1976
- LÓPEZ LARRAVE, Mario, El Arbitraje en Centroamérica, Editorial universitaria, Guatemala, 1976
- LAURENT, Louis, Las negociaciones profesionales y empresariales. Ediciones Deusto S.A., Bilbao
- MORIN, Fernand, Arbitrage des griefs, Editorial Les editions Yvon Blais inc, Montreal 1986
- ROMAN VACA, Eduardo, El proceso especial de conflictos colectivos de Trabajo. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1992

TISSEMBAUM, Mariano, y otros autores, El Derecho Latinoamericano del Trabajo. UNAM, Editorial Dirección general de publicaciones 1974

TRUEBA-URBINA, Alberto, Nuevo Derecho procesal del Trabajo. Editorial Porrúa, S.A., México 1978

ZABALETA MÉNDEZ, Carlos Antonio La negociación colectiva y su normatividad en la legislación del derecho procesal del trabajo (Tesis de graduación), Editorial Mayte, Guatemala, 1993

RECOPIACIÓN DE TEXTOS

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, bajo la dirección de Claude Samson y Jeremy McBride, recopilación de textos sobre los avances recientes de los Medios alternativos de Solución de conflictos, publicado bajo los auspicios de los siguientes organismos:

Asamblea Nacional de Quebec
 Cámara de Notarios de Quebec
 Centro de arbitraje comercial nacional e internacional de Quebec
 Comisión de reforma del derecho de Canadá
 Consejo de investigación en ciencias humanas de Canadá
 Facultad de Derecho de la Universidad de Birmingham, Gran Bretaña
 Facultad de Derecho de la Universidad de Hochschule für Wirtschaft und Politik de Hamburgo, Alemania
 Facultad de Derecho de la Universidad Laval en Canadá
 Ministerio de Justicia de Quebec
 Procuraduría de Derechos Humanos de Quebec, ciudad de Quebec, Canadá

Les Presses de l'Université Laval, Quebec, Canadá, 1993

DEVELOPPEMENTS RECENTS EN DROIT DU TRAVAIL (1993), Servicio de formación permanente del Colegio de Abogados de Quebec, Canadá, Textos de Conferencias pronunciadas en el coloquio llevado a cabo el 23 de abril de 1993 sobre los Avances recientes en Derecho de Trabajo. Les Editions Yvon Blais inc., Quebec, Canadá

LA MEDIATION FAMILIALE, Colectivo multidisciplinario coordinado por Lisette Laurent-Boyer que contiene una recopilación de textos sobre Mediación en Derecho de Familia. Les Editions Yvon Blais inc. Quebec, Canadá, 1992

EGISLACIÓN NACIONAL

Constitución política de la República de Guatemala
Decreto número 1441, Código de Trabajo de Guatemala y sus reformas
Ley de Sindicalización y Regulación de la huelga de los trabajadores del Estado

EGISLACIÓN EXTRANJERA

Código de Trabajo de Quebec, Canadá

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
Biblioteca Centro

