

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**MODELO DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN CONFLICTOS
COLECTIVOS DE TRABAJO: SISTEMA DEFICIENTE Y SUS
SOLUCIONES**

ANDRÉS SEBASTIÁN CÓRDOVA NEIRA

DIRECTOR: DR. JORGE VÁSQUEZ LÓPEZ

Tesina de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Modelo de mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo: sistema deficiente y sus soluciones”

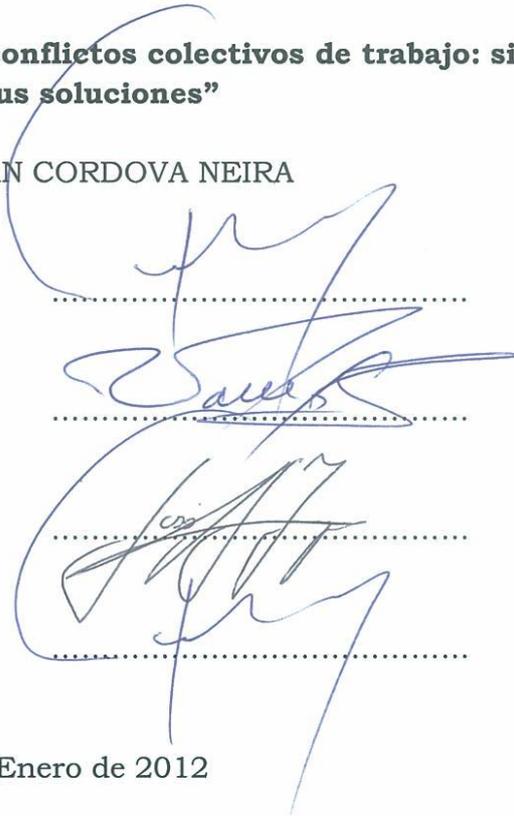
ANDRES SEBASTIAN CORDOVA NEIRA

Dr. Fabián Corral
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Jorge Vásquez López
Director de Tesis

Dr. José Irigoyen
Delegado del Decano e Informante

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Four handwritten signatures in blue ink are positioned over horizontal dotted lines. The signatures are: 1. A large, stylized signature at the top. 2. A signature that appears to be 'Jorge Vásquez López'. 3. A signature that appears to be 'José Irigoyen'. 4. A signature that appears to be 'Fabián Corral'.

Quito, 17 de Enero de 2012

Andrés Sebastián Córdova Neira

Noviembre 2011

Quito, Noviembre de 2011

© Derechos de Autor

*Con infranqueable amor, María José,
Y a toda mi familia.*

RESUMEN

La presente Tesina es un estudio práctico en torno a la mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo al momento en que se presenta un conflicto colectivo laboral y todas las dimensiones de dicho sistema. El análisis se basa en enfocarnos en la naturaleza de la mediación como método alternativo de solución de conflictos dentro de la doctrina y el marco legal Ecuatoriano. Asimismo, se observa de manera profunda a los conflictos colectivos de trabajo y sus tipos, enfocándonos en el conflicto obrero patronal. Posteriormente, la Tesina demuestra como el sistema actual de mediación obligatoria sufre de deficiencias graves, tanto prácticas como jurídicas, y por lo tanto sus bajas cifras de éxito en resolución de conflictos colectivos. Finalmente, se expone diferentes sistemas del Derecho Comparado en torno a la mediación dentro del ámbito laboral, y se proponen bases y soluciones frente a las dificultades que el sistema Ecuatoriano actualmente sufre.

ABSTRACT

This dissertation is a study regarding the complete dimension of mandatory mediation obliged by the Labor Code when a collective labor dispute arises. The analysis is based on focusing on the nature of the measure as an alternative resolution for disputes within international and Ecuadorian doctrine, as well as Ecuadorian legal system. Also, there is a profound study on collective labor disputes and its types, focusing on the worker-employer conflict. Subsequently, this dissertation shows how the current system of mandatory mediation suffers serious deficiencies, both practical and legal, and therefore their low success rates in resolving disputes. Finally, there is a complete analysis of different sets of international law systems around mediation in the labor ambit, and the approach on bases and solutions to the difficulties that the Ecuadorian system currently suffers.

Índice de contenidos

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I LA MEDIACIÓN: CONCEPTO Y CONTEXTO	
LEGAL.....	7
1.1. Mediación.....	7
1.1.2. Características de la Mediación.....	10
1.1.3. Razones para la intervención del Mediador.....	11
1.1.4. El procedimiento de la Mediación.....	12
1.1.5. Naturaleza de las partes en la Mediación.....	14
1.1.6. Funciones del Mediador.....	16
1.1.7. Conclusiones.....	17
CAPÍTULO II CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES: CONCEPTO Y CONTEXTO	
LEGAL	
2.1. Conflictos Colectivos	
Laborales.....	18
2.2. Tipos y Clasificaciones de los conflictos colectivos de Trabajo.....	24
2.3. El Pliego de Peticiones.....	27
2.4. Marco Constitucional y Legal: Mediación y Conflictos Colectivos	
Laborales.....	29
CAPITULO III PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DOCTRINARIOS DEL	
DERECHO LABORAL: SU IMPORTANCIA PARA LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS	
COLECTIVOS DE	
TRABAJO.....	38
3.1. Responsabilidad del Estado.....	39
3.2. Principio de Protección.....	41
3.2.1. Figuras del Principio de Protección.....	43
3.3. Principio de la Libertad Sindical.....	44
3.4. Principio de Irrenunciabilidad.....	45
3.5. Principio de la Estabilidad Laboral.....	46
3.6. Principio de la Justicia Social.....	49
3.7. Principio de Colaboración.....	51
3.3.1 Conclusiones en torno a los Principios	
Laborales.....	52

CAPÍTULO IV ¿POR QUÉ FUNCIONA DE MANERA DEFICIENTE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO?.....	53
4.1. Antecedentes de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo en la Legislación Ecuatoriana.....	53
4.2. Procedimiento de la mediación obligatoria en conflictos colectivos laborales...55	
4.1. Análisis Jurídico.....	56
4.2. Las Cifras.....	60
4.3. Conclusiones al funcionamiento deficiente de la Mediación Obligatoria en Conflictos Colectivos de Trabajo.....	67
 CAPÍTULO V LA MEDIACIÓN Y SU TRATO EN EL DERECHO COMPARADO: SISTEMAS Y VISIÓN DENTRO DEL ÁMBITO LABORAL.....	69
5.1. Argentina.....	70
5.2. Chile.....	76
5.3. Colombia.....	80
5.4. Venezuela.....	84
5.5. Estados Unidos.....	87
5.6. Canadá.....	89
5.7. España.....	91
5.8. Conclusiones.....	94
 CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	101
NORMATIVA CITADA.....	106

INTRODUCCIÓN

El tema de la presenta Tesina está enfocado y pretende resolver una situación trascendental, en pos de un mejoramiento en la solución de los conflictos colectivos dentro del ámbito laboral a base de la mediación obligatoria contenido en nuestro Código del Trabajo.

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos amparado en nuestra legislación en La Ley de Arbitraje y Mediación, a partir del artículo 43. Es muy importante entender que éste método de solución de conflictos solo puede ser aplicado en casos en donde se traten temas transigibles, de forma extrajudicial y que pongan fin a un conflicto. Una parte esencial de la tesina se ve reflejada en la mediación obligatoria, esto quiere decir que al momento en el que nos dirigamos a la mediación, ésta no será analizada ni tomada en cuenta de la forma en la que nos plantea la Ley de Arbitraje y Mediación ya que ahí se plasma la idea de la mediación voluntaria proveniente de las partes.

Dicho esto, vemos la estrecha relación que existe o que podría existir entre la mediación y los conflictos colectivos de trabajo, debido que en los conflictos mencionados, existen materias debatiblemente transigibles y estamos frente a una situación que no debería ser resuelta por un inspector del trabajo en forma de conflicto colectivo laboral, sino al contrario, debería optar por un método alternativo de solución de conflictos en donde La Dirección y Subdirección

Nacional de Mediación Laboral sea la que lleve a cabo el proceso de la forma en la que el Código del Trabajo lo establece.

Sin lugar a dudas yo encuentro relevancia en el trato de este tema, debido a que vivimos en un sistema antiguo y poco práctico dentro del Ministerio de Relaciones Laborales agobiado de causas y conflictos de diferentes sectores laborales, en donde las demoras son parte integral del sistema, y finalmente estos dos escenarios nos llevan a que los derechos en general, no sean protegidos de manera eficaz para los trabajadores e inclusive para los empleadores. Al plantear un método alternativo de solución de conflictos como la mediación estamos trabajando a favor de procesos más eficaces y que apoyen a la celeridad en resolución de conflictos, y más allá de eso de un fiel cumplimiento de los mandatos legales. El artículo 470 del Código de Trabajo establece la obligación de que se de una mediación entre los trabajadores y el empleador o empleadores, cuando un conflicto colectivo se presente. Se habla de cómo el inspector del trabajo remitirá todo el conflicto a la Subdirección o Dirección de Mediación Laboral con el fin de que sus funcionarios y las partes del conflicto lleguen a un acuerdo y resuelvan el problema que afecta directamente a la relación laboral. Es conocido que dicho corto plazo de quince días muchas veces no son suficientes y por lo tanto la mediación no cumple el papel importante que debería.

Siguiendo esta misma línea, podemos decir que vivimos en un país contagiado por el poder y la fuerza sindical y donde los conflictos colectivos de trabajo están a la orden del día. Bajo ese precepto, que mejor que buscar soluciones viables y que tarden menos tiempo, para la protección y amparo de los derechos laborales que son tan importantes para las personas. Es importante mencionar que en el país desde hace algunos años ya vivimos en verdaderos procesos de involución en torno a ciertos temas relevantes. Uno de ellos claramente está relacionado con el tema a tratar. Digo esto refiriéndome especialmente a como en los años noventa se introdujo a la mediación dentro de los conflictos laborales colectivos con el fin de acelerar los procesos y que los conflictos terminen en soluciones amistosas en donde ambas partes, tanto el empleador como los trabajadores se vean beneficiados y los derechos laborales se mantengan intactos. Dada la realidad en la que el país vive, no se le ha dado importancia ni exclusividad a los procesos que

verdaderamente van a desarrollar el ámbito laboral, un ejemplo de aquello es como en los últimos años la mediación laboral dentro de los conflictos colectivos se ha visto casi inutilizada por todos los distintos problemas que la afectan. El problema que engloba a todo lo mencionado es principalmente el hecho de que desde hace cinco años atrás, La Dirección y Subdirección de Mediación Laboral no ha venido operando por una reestructuración administrativa del departamento. Aparte del mencionado problema grave, existen otros problemas que conspiran igualmente con el buen funcionamiento de la mediación obligatoria en conflictos colectivos. Estos problemas son; el bajo avance y desarrollo jurídico-laboral en el tema, la falta de personal capacitado dentro del Ministerio, así mismo la falta de espacio físico que permitiría reuniones satisfactorias con el fin de cumplir la mediación, y finalmente la falta de personas especialmente capacitadas en mediación laboral. Al momento en que no existe especialización en la gente que lleva acabo las mediaciones, simplemente se convierte en un proceso ineficaz y que no ayudará a la solución de los distintos conflictos colectivos de trabajo. Hace algunas décadas la mediación laboral existía por que el medio la necesitaba como una forma eficiente para resolver los conflictos de trabajadores y patronos, conforme pasaron los años dejo de ser una situación de hecho y paso a ser normada dentro de nuestra ley laboral. El Código del Trabajo la contiene no solo dentro de las etapas procesales del conflicto colectivo, sino que orgánicamente lo regula para un óptimo funcionamiento. Es de vital importancia plantear soluciones tanto del derecho comparado, como del propio derecho nacional para que la mediación plasmada en la ley dirigida para la solución de conflictos colectivos laborales cumpla con su objeto.

El Ecuador se caracteriza por ser una nación agroindustrial, esto implicando que hay una gran variedad de empresas que contienen muchos trabajadores encargados de trabajar con productos perecibles por lo tanto los empleadores e inclusive los trabajadores, no se puede dar el lujo de paralizar sus actividades en pos de un conflicto colectivo laboral que puede durar varios meses, y así se pierda la posibilidad de generar ganancias y por lo tanto recibir sus sueldos. Es necesario que se apliquen procedimientos cortos para que de esa manera el desarrollo de la actividad no se vea afectada por inoperancias de la ley y de los órganos.

Dicho todo esto, planteamos de manera concreta la pregunta que engloba el problema; ¿Cuáles son los motivos jurídicos y prácticos para que lo que manda la norma laboral en torno a la mediación obligatoria en conflictos colectivos no se cumpla? Y, ¿Qué podemos plantear para que se solucione?

La hipótesis que sostengo es que definitivamente es viable la utilización del mencionado método alternativo de solución de controversias para los conflictos colectivos de trabajo, y lo que se debe hacer es fortalecer la mediación en sí y la Dirección y Subdirección de Mediación. La Dirección y Subdirección de Mediación Laboral deben ser formadas por especialistas en mediación y no pretender que los mismos inspectores del trabajo sean los encargados de mediar entre los trabajadores y el empleador en el conflicto que se suscite. No podemos olvidarnos que la mediación si sería un método efectivo para resolver los conflictos colectivos de trabajo debido a que los conflictos colectivos de trabajo se dan por dos razones, por intereses y por derechos, figuras que permiten el análisis frente a la transigibilidad de su naturaleza. Dicho esto, completo mi argumentación afirmativa diciendo que en ambos casos estamos tratando con temas que son transigibles, ya que los sindicatos y los comités de empresa tienen el derecho y la posibilidad de transar frente a sus intereses y derechos cuando se ven inmersos en conflictos colectivos de trabajo. No podemos olvidarnos que el Código del Trabajo es muy limitado al tratar el tema de la mediación y es ahí en donde entra mi hipótesis y lo que yo sostengo que se debería hacer en orden de mejorar la mediación laboral, y no únicamente mejorarla sino procurar a que se aplique de la manera en la que el legislador la ha plasmado, y también planteando soluciones que el derecho comparado nos presenta. Otro argumento que pesa dentro de lo que yo sostengo, es la realidad de nuestro Ministerio de Relaciones Laborales en donde las causas y los conflictos no pueden ser despachadas con eficiencia y celeridad debido a la cantidad de casos que existen y a la falta de gente capacitada para llevar a cabo las mediaciones laborales. Ya mencionamos el terrible problema que ha acarreado la reestructuración de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral interrumpiendo sus labores desde hace cinco años atrás. Simplemente el sistema que se viene utilizando desde el año 1975, mandado por el Código del Trabajo está colapsado y por lo tanto la aplicación adecuada y concreta de la mediación sería una vía por la cual se descongestionaría en

cierta parte el sistema y los interesados lograran resolver sus conflictos en tiempos mucho más cortos que los que verdaderamente se dan. Yo en mi tesina quiero defender la posibilidad de mejorar y reforzar la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral para que cumplan con su función constitucional ya que es una obligación del Estado proteger los derechos de los trabajadores en todos sus ámbitos posibles. No podemos mantener al Estado al margen de dicha situación tan importante, los conflictos colectivos de trabajo son un tema serio y muy repetido en nuestro País, por lo tanto es necesario que los métodos alternativos de solución de conflictos estén a la orden del día y que sean verdaderamente eficaces y especializados. Es muy interesante analizar legislaciones extranjeras en donde el aparato estatal se encarga de la mediación y ésta verdaderamente funciona y resuelve los conflictos colectivos dentro del ámbito laboral. Expondré en su momento en esta Tesina los planteamientos del derecho comparado y los elementos que valdría tomar en cuenta para el sistema manejado por el actual Ministerio de Relaciones Laborales.

Los temas a desarrollar serían los siguientes y se notará su división en cada capítulo:

- Un análisis de la mediación como figura jurídica y cómo ella se encuentra dentro de nuestra legislación laboral.

- Análisis acerca de que son y que tipos de conflictos colectivos existen en el ámbito laboral y por que razones se dan estos. Asimismo, constitucionalmente como el gobierno central debe proteger a los derechos de los trabajadores y su responsabilidad en que dicho método de solución de controversias funcione en torno a los conflictos colectivos de trabajo.

- Análisis de la problemática en torno a los resultados deficientes que presenta la mediación y el problema alrededor de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral.

- Como se debería fortalecer la sección jurídica y mandatoria pertinente del Código del Trabajo frente a la mediación obligatoria como herramienta de

solución de conflictos colectivos. En segundo lugar, la forma en que deberían implementarse ciertas bases que encontramos en el derecho comparado para manejar de manera ideal la mediación dentro de conflictos colectivos de trabajo.

Cabe mencionar que mi tesina sería estrictamente dedicada al tema sustancial de la mediación y como ésta debe ser fortalecida dentro del aparato estatal, en este caso el Ministerio de Relaciones Laborales, para la solución de los conflictos colectivos de trabajo, y probar con ejemplos de otros países que la mediación manejada con bases sólidas es completamente viable. Es muy importante para lograr un análisis integral de la mediación en los conflictos colectivos, que éstos se analicen con el fin de observar y entender las falencias del actual sistema que rige en el Ecuador.

CAPÍTULO I

LA MEDIACIÓN: CONCEPTO Y CONTEXTO LEGAL

Es muy importante revisar y recordar el origen de los conceptos y de las instituciones que serán analizadas a lo largo de ésta tesina, y de esa forma también se logra un entendimiento integral de las ideas que serán planteadas. Iniciaremos revisando algunos acercamientos en torno a la figura de la mediación, para después analizar y entender el concepto de la mediación y sus implicaciones generales. Una vez logrado el análisis de los conceptos y su naturaleza, pasaremos a revisar su ubicación dentro del marco constitucional como dentro del marco legal.

1.1. Mediación;

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en las últimas décadas han sido desarrollados de manera importante e inclusive apresurada. Existen una extensa gama de autores que analizan a la mediación y la desarrollan de manera constante. Al ser una herramienta utilizada en varias legislaciones y al haberse convertido en un método de uso común, los autores, legisladores, catedráticos y

doctrinarios han intentado lograr que se mantenga lo más actualizado posible y es por eso que su desarrollo se encuentra en una vía constante. A continuación se expondrán varias acepciones entorno a la mediación y también se analizarán sus principios rectores para entender de mejor manera a la figura de la mediación.

Oswaldo Alfredo Gozaíni establece que mediar es una forma de interceder por alguien con el fin de interponerse entre dos partes que tienen algún tipo de riña o problema sin resolver. Lo que se intenta al mediar es buscar una solución para que de esa forma las partes se reconcilien e inclusive consigan llegar a acuerdos amistosos. El autor así mismo, establece una característica interesante en torno a la mediación y nos dice que el mediador actuará de tal forma que acompañará a las partes en su camino para encontrar distintas posibles soluciones dentro del conflicto que se ha presentado. Es muy importante este rol del mediador debido a que una vez que las partes se encuentran sumergidas en el problema, es complicado encontrar claridad para plantear soluciones viables que den fin a la crisis. El autor está conciente que se requiere de una tarea importante de difusión y educación en torno al modelo de mediación, ya que de esa forma la gente empezará a confiar y a aplicar dicha forma de solución alternativa de conflictos. Gozaíni habla inclusive de una justicia participativa en donde un juez no será el único que imparte justicia sino que los hombres encuentran en dicho modelo de solución de conflictos, una salida a los posibles tropiezos que pueden aparecer a lo largo de su vida como individuos.¹ Como podemos observar, hay visiones de la mediación que se reducen a realidades muy simples pero a la vez muy prácticas y que permiten finalmente la solución de los conflictos que pueden aparecer en el día a día de las personas. Así mismo, existen otros autores que revelan distintos principios en torno a la mediación y que sin lugar a dudas enriquecen el análisis y lo completan. Ciertos autores nos plantean una visión acerca de la naturaleza de la mediación como método alternativo de solución de controversias y nos dicen que en la mediación no existen adversarios luchando por una causa, es un procedimiento en donde un tercero investido de neutralidad ayudará a las partes que lleguen a un acuerdo negociado con el fin de

¹ A. GOZAINI OSVALDO, *Formas alternativas de Solución de Conflictos*, Ediciones de Palma, 1995, Buenos Aires-Argentina, pp.38-40.

obtener una solución que satisfaga los intereses de las partes que conforman el conflicto. Como podemos observar, son muy claros los planteamientos de Highton y Álvarez acerca de la mediación. A continuación analizaremos otra visión acerca de la mediación, y observaremos una vez más la vital importancia que recae frente a la comunicación de las partes que integran el conflicto.

Así mismo no podemos dejar de un lado que la mediación ha sido una institución desarrollada de manera exponencial por autores argentinos. Debido a esta realidad, conoceremos más adelante el trato de la mediación en la Argentina y su aplicación en la realidad. Al realizar el análisis de tantas fuentes, y leer diferentes autores dedicados a la mediación, tengo que decir que éste es verdaderamente interesante y que plantea temas e ideas que valen la pena tomarlas en cuenta. El autor argentino Fernando Milia habla acerca de que la mediación es una forma de tercerazgo en el sentido de que un tercero será el elegido para que las partes que lo escogen se acerquen a él y así él pueda ayudarles en su conflicto de la manera más beneficiosa para todos. Es importante aclarar que el tercero puede acercarse a las partes con el fin de ayudarlas o puede darse también, que normalmente es la forma en la que ocurre, que ellas acudan a él en vista de que su conflicto se ve truncado. El autor reafirma que uno de los objetivos característicos de la mediación es el mejoramiento en la comunicación entre las partes ya que de esa forma ellos mismos pueden darse cuenta como solucionar el conflicto.

Una vez revisada y entendida la definición que los tratadistas han otorgado a la mediación, es importante concluir exponiendo una definición propia de dicha figura encontrada dentro del ámbito de los métodos alternativos de solución de controversias. Desde mi punto de vista es importante iniciar asegurando que la mediación es un tipo de solución de controversias que se encuentra dentro de la categoría de autocomposición debido a que su naturaleza radica en la solución de las controversias a base de lo que las partes involucradas dentro del conflicto aportan con el objetivo de darlo por terminado. Es importante aclarar que esta realidad no significa que no exista un tercero imparcial que guía a las partes, al contrario, el tercero imparcial que es el mediador, estará encargado de escuchar a la partes, conocer sus pretensiones y así ayudar a las partes a que se acerquen dentro de sus relaciones truncadas y mejore su comunicación para encontrar mayor claridad en

espacios oscuros de comunicación. Inclusive es muy importante que los mediadores (en ciertas ocasiones) tengan el impulso de proponer posibles soluciones y así las partes no se limiten a lo que ellas consideran que serán las únicas soluciones. Así mismo, creo que la mediación es un método muy útil cuando nos referimos a las personas dentro de los conflictos ya que los involucra de manera directa al punto de que la buena comunicación será el cimiento no solo para que el conflicto se termine de manera real, sino que logra que las relaciones de las partes involucradas se vean beneficiadas con vista al futuro. El método judicial tradicional de solución de conflictos no se enfoca en la relación de las partes que forman parte de la controversia y de esa manera no logra que el conflicto sea solucionado desde todos los puntos de vista, al contrario, siempre tiene ese espíritu que busca únicamente el ganar o perder para una de las partes. La mediación busca una solución más allá, busca que el conflicto se solucione de tal forma que las propias partes contrarias del conflicto no piensan en la forma de ganar o perder, simplemente buscan la solución que se apague a los intereses de ambos y de esa forma las dos pretensiones pueden darse por satisfechas. Por otro lado también creo que la mediación no es un método que serviría para todas las clases de conflictos y es por eso que estoy de acuerdo y apoyo completamente el funcionamiento de las legislaciones alrededor del mundo en donde han expresado de forma taxativa los tipos de conflictos que pueden ser solucionados mediante la mediación.

1.1.2. Características de la Mediación

Existen ciertas características acerca de la mediación que vale la pena nombrar y que ayudan a la singularización de la figura. Al lograr la distinción de esta figura poco a poco iremos observando los beneficios que nos presenta al momento de su utilización en algún conflicto, sin importar su naturaleza. Los autores Highton, Álvarez y Jassan proponen una particularidad en torno a la mediación y la solución que puede resultar de ésta. Muchas veces los puntos jurídicos de una discusión pueden presentar limitaciones frente a las posibles soluciones, y justamente esa es una puerta que se nos abre con la mediación, ya que con ella el mediador puede resultar determinante debido a que podrá plantear y ampliar las soluciones para que

un determinado conflicto llegue a una solución. La mediación busca el alejamiento de las discusiones tradicionales para de esa forma llegar a acuerdos más breves y con resultados más eficaces. Otra característica importante que nos presentan los autores antes mencionados es en el contexto económico dado el bajo costo que tiene este medio de solución de conflictos en torno a las partes e inclusive al tribunal. Una ventaja esencial de este método es la fácil aplicabilidad a varios temas en donde se suscitan conflictos. Es importante destacar la celeridad, los costos bajos y sobretodo la eficiencia que nos presenta la mediación al momento de aplicarla en los conflictos. Así mismo vale la pena adelantar que la mediación puede ser aplicable en varios ámbitos pero que obviamente existen limitaciones debido a que no todos los temas ni ramas de conflictos pueden ser llevados por la vía de la mediación. Inclusive ésta limitación permite que no se pierda la naturaleza ni la especialidad del método alternativo de solución de conflictos al que nos estamos refiriendo. Ciertas definiciones y ciertos puntos de vista que analizan a la mediación pueden parecer o pecar de simples, pero poco a poco nos iremos dando cuenta que verdaderamente estamos tratando con una figura que requiere de mucha especialización y preparación, sobretodo de los mediadores que pasan a tomar un rol muy importante al momento de aplicar sus funciones. Así mismo iremos observando el sello propio que tiene la mediación dentro de toda la gama de métodos alternativos de solución de conflictos.²

1.1.3. Razones para la intervención del Mediador

Un análisis muy particular que presenta el autor Fernando Milia es refiriéndose a cuales son los motivos existentes que mueven al mediador para que ayude a la resolución de los conflictos. Milia plantea 5 razones por las cuales los mediadores intervienen, la primera y más obvia es por el pedido que una de las partes hace para que se encargue del conflicto, la segunda razón atañe a sentimientos y sentidos altruistas que puede tener el mediador, la tercera tiene que ver con la afectación de derechos o intereses del mediador, la cuarta razón es por que el

²G. ALVAREZ, E. HIGHTON, E. JASSAN, *Mediación y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 131-134.

mediador cree poder sacar algún tipo de beneficio de orden comercial, político o ideológico, y finalmente la quinta es obvia igual que la primera, y es por el hecho de que la mediación es la carrera y actividad profesional del mediador. Poco a poco nos vamos acercando a las particularidades del mediador y todas las variables que él debe considerar al momento de mediar un conflicto.³

1.1.4. El procedimiento de la Mediación

Los procesos siempre son importantes al momento de analizar instituciones que promueven la solución de conflictos. Con los procesos logramos entender de mejor manera la real y verdadera aplicación de estos métodos alternativos de solución de controversias. No podemos olvidarnos que sin ser un procedimiento lleno de formalidades, hay ciertos pasos vitales a seguir debido a que con ellos se facilitará el proceso. Uno de los primeros pasos es ese acercamiento entre las partes que ayudará a una mejor comunicación entre ellas, permitiendo que conozcan cada una su postura, y a partir de eso se vaya desarrollando una solución que convenga a los dos. El mediador tiene una misión especial, debido a que el podrá escuchar a las partes sus posturas y crear a partir de eso, una posible solución que sugerirá con el propósito de que las partes la acojan. Es importante observar como los autores se enfocan de manera particular y específica en la comunicación de las partes como un ingrediente vital para el logro de la mediación y finalmente obtener una solución del conflicto. Ese acercamiento de las partes será una pieza clave para que la comunicación mejore y por ende las trabas que envuelven al conflicto poco a poco vayan desapareciendo.⁴

El autor Christopher Moore básicamente crea una definición del proceso de mediación recogiendo los principios más elementales y esenciales para un buen entendimiento. El autor plantea que la mediación se trata de una intervención en una disputa o negociación por parte de un tercero imparcial, pero vemos que agrega

³ F. MILIA, *El Conflicto Extrajudicial*, 1997, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, pp. 180-183.

⁴ E. HIGHTON, G. ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos* AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1998, pp. 122-148.

el ingrediente de la negociación que en análisis anteriores no habíamos encontrado. Incluye el principio de que el tercero imparcial tiene que ser autorizado o escogido por las partes con el fin de que ayude en a la solución del conflicto, ya sea acercando a las partes o mejorando su nivel de comunicación, también sigue la línea en torno a que la decisión será tomada estrictamente por las partes, y que el mediador únicamente puede aportar con ideas y salidas, sin embargo no serán necesariamente tomadas en cuenta debido a la falta de poder de decisión que tiene el mediador. Moore señala que las partes llegarán a un acuerdo mutuamente aceptable, yo creo que es muy acertado ese análisis, ya que jamás encontraremos una solución en donde se ponga en desventaja a una de las partes, ya que en ese momento la mediación no habrá servido debido a que siempre se busca encontrar una salida equilibrada para ambas partes dentro del conflicto. Es muy rescatable la característica de la mediación referida a que la solución del conflicto será lograda por las propias partes y que los mediadores solo ayudarán a que se lleguen a esos acuerdos. No podemos olvidarnos que la mediación se logrará siempre y cuando ambas partes encuentren puntos de equilibrio dentro de su conflicto. Jamás se logrará mediar un conflicto en donde una de las partes tenga una posición completamente dominante, ya que sin lugar a dudas la solución que se vaya formando no logrará satisfacer los intereses de ambas partes.⁵ Vale incorporar otra visión en torno al procedimiento de mediación y es así como la reconocida autora Elena Highton nos cuenta acerca del procedimiento de mediación en términos generales y nos acerca a cuales son sus puntos positivos y fortalezas. Inicia explicando la facilidad que envuelve la estructura del procedimiento debido a que no enfatiza en los formalismos ni en las solemnidades como lo hacen otros procedimientos de solución de conflictos, al contrario, busca que se robustezca la comunicación entre las partes aun cuando éstas se encuentren con puntos disidentes. Por otro lado, nos plantea la idea de que al momento en que las ideas empiezan a fluir, así mismo fluirán las soluciones que pongan fin al conflicto. La fortaleza de la mediación es que busca solucionar el conflicto en todas sus ópticas posibles, de esta manera se asegura que los conflictos no queden solucionados

⁵ C. MOORE, *El proceso de Mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Editorial Granica, Barcelona-España, 1995, pp. 44.

parcialmente. Uno de sus baluartes que destaca es el referente al momento de solucionar, debido a que la mediación se caracteriza por encontrar una solución dentro del diálogo compuesto por las mismas partes y en otras ocasiones con la ayuda del mediador pero siempre en los términos que los intereses de los involucrados en el conflicto se vean protegidos. Hay que enfatizar en los pocos formalismos que la mediación contiene, debido a que así no perdemos de vista lo mencionado anteriormente referido a la eficacia y al corto tiempo que podría llegar a tomar todo un proceso de mediación. Dicho esto, tampoco podemos generalizar ni pretender que todos los procesos de mediación serán cortos y que sus soluciones llegarán en tiempos parecidos, hay que tomar en cuenta que los conflictos siempre tienen sus complicaciones y que hay ciertos conflictos que merecen un análisis más a fondo que otros. Inclusive puede darse el caso de que el conflicto en sí no sea de una complejidad tan extensa, pero las partes dentro de él si lo sean y tengan actitudes destructoras más no constructoras, es ahí en donde los principales problemas de la mediación pueden aparecer.⁶

1.1.5. Naturaleza de las partes en la Mediación

La mediación y el proceso judicial tradicional se diferencian en varios ámbitos tal y como lo hemos analizado. Sus características divergen en casi todos los espacios, pero una en particular podríamos decir que es la más distinta, nos referimos a las partes dentro del proceso de mediación. Cappelletti nos presenta una forma interesante de ver a las partes dentro del proceso de mediación. Su idea está basada en que las partes no se encuentran en una relación de rivalidad en donde uno va a ganar y el otro va a perder, ya que esa es la idea que se tiene y que se busca en el modelo judicial tradicional, aquí las partes buscan equidad dentro de su conflicto y verdaderamente buscan que las relaciones se mantengan en el tiempo y puedan llegar a una solución que satisfaga ambos intereses. El sistema judicial busca siempre soluciones jurídicas rígidas que en la mayoría de los casos zanján el problema y lo resuelven únicamente en cierta medida. La mediación sin duda alguna, es un proceso

⁶ E. HIGHTON, *Carta de ciudadanía para la mediación*, En Revista Libra, No. 1, pp. 19-23.

muy diferente al proceso judicial, inclusive la actitud de las partes es distinta aun cuando el conflicto o el problema pueda ser de aquellos que se resuelven en vía judicial. Nos encontramos con un ingrediente muy interesante con relación a la naturaleza de las partes y se refiere al futuro inmediato de la relación de las partes una vez solucionado el conflicto. El proceso judicial jamás se pone a pensar ni a analizar en cual va a ser la situación de las partes en el futuro, y es justamente en ese momento en donde la mediación nos demuestra un avance de civilización y raciocinio al momento de solucionar los conflictos. Las partes no deben solo comunicarse mejor a lo largo de la mediación para que el conflicto llegue a su fin y tome menos tiempo el trámite, la mediación busca que en el futuro las relaciones de esas personas no se vean marcadas por un pasado conflictivo que no les permita dialogar en otras ocasiones. Muchas mediaciones se producen por temas contractuales o conflictos de índole económica, y justamente con la mediación se puede arreglar de tal manera el conflicto que en un futuro cercano o lejano las partes puedan volver a celebrar contratos y mantener su actividad económica viva. Dada la naturaleza de los juicios ordinarios en donde siempre habrá un ganador y un perdedor, no se puede pensar que en un futuro cercano o lejano la relación entre esas partes pueda volver a darse. La mediación se toma el tiempo y se da la oportunidad de intentar que las partes se acerquen de tal forma que ellas mismas sean las que logran una resolución al conflicto, y esto claramente implica que la solución no solo favorezca a una de las partes, sino que necesariamente habrá puntos en donde las dos o más partes que forman el conflicto se vean satisfechas y sus intereses no se vean afectados del todo.⁷

1.1.6. Funciones del mediador

Hemos venido diciendo que el mediador no es simplemente una persona encargada de llevar a cabo la mediación ni tampoco un ser que simplemente verifica de manera automática el cumplimiento de ciertos pasos importantes, al contrario hemos establecido que el mediador es un una persona calificada y especializada encargada de todo lo conciente

⁷ M. CAPPELLETTI, *Acceso a la Justicia, Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, 1981, Edición no. 41, pp. 165.

al conflicto y al desarrollo del mismo durante la mediación. La Abogada Susan Keilitz nos ayuda al plantearnos los modos de cómo el mediador utilizará sus técnicas de negociación y comunicación para llegar a una solución. Son básicamente cinco maneras a las que dirigirá toda su atención, primero es vital el mejoramiento en la comunicación de las partes, ayuda esclarecer a cada una de las partes cuales son sus intereses o pretensiones y los ayuda a entender los mismos intereses y pretensiones de la otra parte, continua analizando los puntos fuertes y débiles de las posturas jurídicas de cada parte. Llegando a su final explora cuales serían las consecuencias de no llegar a un acuerdo, y finalmente genera la mayor cantidad de opciones de solución que satisfaga de la misma manera a las partes. Claramente vemos que la tarea del mediador no es simple, al contrario, es una tarea que requiere y demanda de mucha especialidad en el tema y no cualquier persona esta dotada para hacerlo. Todos los pasos son vitales, pero llegar verdaderamente a plantear soluciones que satisfagan a ambas partes es una misión complicada que requiere de un profundo análisis del caso ya que de otra manera, cualquier solución planteada será insuficiente. Cabe recalcar que dentro de los cinco pasos mencionados anteriormente existen varias aristas y varios detalles necesarios de tomar en cuenta. Algunos de dicho detalles son; el carácter de las partes para de esa formar observar cual será la mejor vía de comunicación, los posibles puntos de acuerdo de las partes, la situación del conflicto en un futuro cercano en caso de que haya complicaciones en la solución, y finalmente la racionalidad de las pretensiones de las partes en torno al conflicto real suscitado. Con todo esto mencionado es evidente que el trabajo de un mediador es estratégico y que no puede ser logrado por cualquier persona, al contrario se requiere de destrezas y técnicas que únicamente provienen del estudio y especialización en la materia para poder aplicarla correctamente. Es cierto que hay personas que tienen una mayor facilidad de comunicación que otras, pero esto no quiere decir que es suficiente para estar dotado y poder ser un mediador dentro de un conflicto, al contrario, con esa ventaja se debería especializar y de esa manera formarse como un buen mediador. No olvidemos que un gran mediador hará que el

conflicto baje sus niveles de tensión, permitiendo que la llegada de la solución sea más viable y en un período de tiempo más corto.⁸

1.1.7. Conclusiones

Hemos venido analizando la institución de la mediación y vemos que hay ciertos patrones que se repiten a lo largo de las distintas visiones de los doctrinarios. Uno de ellos es que la mediación es un método alternativo de solución de controversias que toma menos tiempo que el resto de métodos, es menos costoso y que en muchos de los casos es el más eficaz al momento de solucionar los conflictos. Así mismo vemos la constante de que busca una verdadera comunicación entre las partes, ya que esa será la llave para buscar soluciones amistosas que permitan desenredar el problema. La mayoría de autores están de acuerdo con la arista de que el mediador jamás tendrá la última palabra en la resolución del problema, ya que él no funciona como un juez ni como un arbitro, al contrario, él no obliga ni expone argumentos vinculantes debido a que las propias partes son las encargadas en encontrar espacios equilibrados y buscar soluciones que satisfagan a todos. Hemos visto que la mediación no es un proceso formal, debido a que perdería su naturaleza de ser distinto al proceso judicial tradicional. No existen plazos que caduquen ni tampoco una figura que se asemeje, por el contrario, las partes son los verdaderos motores del proceso, y de ellas depende a que solución llegue en una cantidad de tiempo menor a la esperada. El mediador está para mejorar el acercamiento de las partes y así los conflictos vayan mejorando. Una última característica que es de vital importancia mencionar y que nos servirá a lo largo de esta tesina, se refiere a la especialización de los mediadores que participan en los procesos. La doctrina es uniforme al referirse a los mediadores y sostiene que no cualquier persona está capacitada para hacerlo y que todos los mediadores tienen que educarse y especializarse en ciertas técnicas que facilitarán a las partes a lo largo del proceso.

⁸ OIT, *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo*, Estudio comparativo, pp. 19.

CAPÍTULO II CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES: CONCEPTO Y CONTEXTO LEGAL

2.1. Conflictos Colectivos Laborales

Una vez analizada la mediación desde varios puntos de vista, es necesario conocer y entender el concepto de los conflictos colectivos de trabajo que de igual manera tiene varias acepciones y distintos enfoques.

Iniciaremos con varias definiciones de los conflictos colectivos de trabajo que la doctrina ha venido recogiendo a lo largo de los años. El tratadista Guillermo

Guerrero analiza de forma acertada como surgen los conflictos de trabajo, en su exposición él plantea la idea de que los conflictos surgen esencialmente a partir de que las sociedades de hoy han implementado sistemas liberales para su óptimo funcionamiento. Así mismo, la industria da nacimiento a que los trabajadores creen asociaciones profesionales para de esa forma poder proteger sus derechos que en tantas ocasiones eran violados de diferentes maneras. Aparece la importante figura de hacer justicia por mano propia debido que los trabajadores se sentían en una situación en donde el Estado era pasivo en torno a su realidad laboral y ellos simplemente no iban a permitir que su circunstancia de desventaja se mantenga y no les permita desarrollarse integralmente. El Estado al no tomar cartas en el asunto pone en una situación a los trabajadores en donde ellos se ven obligados a buscar soluciones basadas en la fuerza y de esa manera mejorar sus menoscabadas situaciones de trabajo. El Estado se da cuenta de la realidad laboral que viven los trabajadores y es por eso que considera dichos actos de fuerza como verdaderos abusos al orden público e inclusive el propio empleador. Esto no quiere decir que los conflictos colectivos laborales nacieron ni se dieron por abusos al orden público y al empleador, simplemente estos dos hechos son el resultado de esos momentos coyunturales que vivieron los trabajadores en situaciones de menoscabo en torno a su actividad laboral. No podemos olvidarnos que inicialmente los estados no reconocían a los conflictos colectivos como mecanismos legales para la lucha por los derechos del trabajador. Como podemos observar, esta situación que nos plantea el doctrinario Guillermo Guerrero, lleva a que en el hermano país de Colombia, surjan varias discusiones jurídicas entorno a una situación nueva y complicada para aquella época.⁹ El maestro Eugenio Pérez Botija nos explica con una claridad sobresaliente cuales son ciertos detalles y características que tienen los conflictos laborales. De manera más simple nos dice que los conflictos laborales colectivos nacen de fricciones y discrepancias que se producen en una relación de trabajo, normalmente entre trabajador y empleador. Muchas veces los conflictos se dan cuando existe un contrato colectivo de trabajo y todos los trabajadores protegidos por él se sienten en un situación de desventaja debido a que las cláusulas han dejado de representar los

⁹ G. GUERRERO FIGUEROA, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Temis S.A, 1986 Bogotá-Colombia pp. 136-139

intereses de los trabajadores, o también por que simplemente los trabajadores consideran conveniente que ciertos derechos otorgados sean potencializados o mejorados por el empleador. Es precisamente en ese momento es en donde aparecen los deseos de mayores logros o intereses por parte de los trabajadores. Es evidente que los trabajadores, dadas las circunstancias planteadas, se verán obligados a tomar acciones para balancear la relación de trabajo existente. En vista de las acciones tomadas, muchas veces los trabajadores se ven obligados a perturbar la paz social, sin embargo esa no es su finalidad, al contrario, lo que ellos principalmente buscan es que su situación laboral mejore y sea digna de un trabajador. El problema de su accionar, es que muchas veces si atentarán con la paz social debido a que se toman medidas de hecho y no de derecho, y es ahí cuando el Estado se ha visto obligado a tomar en cuenta dicha situación y plantear soluciones para el reestablecimiento de la paz. En este momento es en donde nacen las leyes y reglamentos que intentan normar dicha situación tan particular de los conflictos colectivos laborales. No podemos olvidarnos que la armonía social no puede ser dejada a un lado, lo interesante de ésta situación es que los conflictos colectivos de trabajo representan también una importancia marcada. Para que se hayan logrado tantas leyes, reglamentos e inclusive tratados internacionales que protegen a los trabajadores que forman un colectivo, se tuvo que seguir un proceso de ponderación importante en donde se intentó proteger a los dos, pero evidentemente uno iba a quedar más desprotegido y vulnerable que otro, en este caso la armonía social tuvo que soportar el hecho de que los derechos laborales son importantísimos para que una sociedad refleje igualdad y desarrollo. Justamente con éstas visiones acerca de los derechos laborales colectivos podemos entender como poco a poco fueron tomando fuerza dada la realidad de que los trabajadores fueron, son y serán siempre los motores que mueven al desarrollo constante de los países. Es evidente que existirán países más desarrollados que otros, y si observamos sus derechos laborales colectivos e inclusive individuales entenderemos el por que de esos crecimientos lentos. ¹⁰ Siguiendo la línea de los doctrinarios nos encontramos con

¹⁰ E. PEREZ BOTIJA, *Curso de derecho del trabajo, 5ta edición*, Editorial Tecnos, 1957 Madrid-España, pp.296-298.

otro autor muy importante que ha desarrollado el mundo laboral de una manera que lo ha cambiado para siempre. Guillermo Cabanellas es un conocedor del derecho laboral en todas sus ópticas y por supuesto que no es una excepción en el tema de conflictos colectivos laborales. En uno de sus varios diccionarios nos presenta ésta definición muy acertada. Nos dice que los conflictos siempre serán llevados a cabo por un grupo organizado de trabajadores, independientemente de la organización a la que pertenezcan ni su forma, pero es muy importante que sean trabajadores organizados en grupos. Tiene que existir una pugna exteriorizada en contra de su empleador o de varios empleadores debido a que existen intereses colectivos que han sido afectados a los trabajadores de dicho grupo. Pueden ser intereses o inclusive también pueden ser derechos. Es de vital importancia mencionar que no se puede generar un conflicto colectivo al sumar todos los intereses individuales que están siendo afectados, es importante saber distinguir entre un conflicto individual que puede afectar a varios trabajadores en ámbitos distintos, que un conflicto que ataca o afecta a intereses o derechos comunes a varios trabajadores que formen parte de un sindicato, comité de empresa o simplemente una asociación de trabajadores.

Estas bases y principios no son únicamente reconocidos por Cabanellas, al contrario, son básicos en todas las definiciones de conflicto colectivo laboral alrededor del mundo. Como podemos observar, los conflictos colectivos se pueden dar dentro de varios ámbitos del mundo laboral, ya sea que se quiere proteger intereses o también si se quieren mantener o proteger derechos. Dependiendo de la clase de conflicto que se de, la mediación será o no viable, obviamente éste es un tema muy interesante debido a que existe y prima el principio laboral acerca de que los derechos del trabajador son irrenunciables, y evidentemente al momento de mediar se estaría renunciando a derechos o a partes de ellos. Los derechos serán siempre los que están apegados y que forman parte integral de la ley. Podríamos sostener que los derechos han llegado a esa categoría por la importancia generalizada que se ha dado de ellos. Sería muy complicado encontrar algún principio laboral base que no forme parte de alguna ley o tratado internacional. A partir de ésta importancia de la que hablamos es que nacen conceptos como la irrenunciabilidad de los derechos que evidentemente no es ni ha sido permitida en

absolutamente ningún caso sin excepción alguna. Por otro lado, los intereses son de otra naturaleza y radican en logros laborales de los trabajadores. Se puede aseverar que en la mayoría de los casos los logros de los trabajadores son distintos y varían entre diferentes asociaciones de trabajadores. Difícilmente se encontrarán logros que sean idénticos, ya que normalmente son logros que responden a las realidades laborales que tienen ciertos grupos de trabajadores a diferencia de otros. Así mismo, los intereses o logros, generalmente son medidos en términos económicos o ciertos beneficios que representan alguna ganancia dentro del plano laboral. Esta distinción está completamente apegada al pensamiento del Profesor Cabanellas y es muy importante hacerla por lo que pueda ocurrir al momento de que se genere algún tipo de conflicto colectivo.¹¹

La idea de la transigibilidad de los derechos crea discusiones dentro del ámbito laboral muy interesantes, pero al mismo tiempo existe una lógica marcada en este punto ya que si bien los derechos otorgados por las leyes no pueden ser renunciados de ninguna manera ya que acarrearía nulidad absoluta, dentro de los contratos colectivos se otorgan derechos que van más allá de lo establecido en la ley, y por esta razón dichos derechos podrían formar parte de una mediación con el fin de transigirlos según los intereses de los trabajadores. Con relación a lo mencionado anteriormente encontramos un autor que crítica el hecho de introducir en los conflictos colectivos de trabajo a los conflictos de derechos y establece que deberían ser únicamente relacionados con los intereses. El famoso jurista Manuel Ossorio se refiere a los conflictos colectivos como verdaderos antagonismos y luchas laborales que existen entre los patronos que representan el capital, y los trabajadores organizados en grupo que representan la mano de obra necesaria para realizar la actividad económica propuesta por los empleadores. Por un lado Ossorio plantea que los conflictos laborales jamás podrán versar sobre derechos debido a que éstos están otorgados por la ley y que normalmente se violan dentro de conflictos individuales. La línea que él mantiene, es que los conflictos laborales colectivos siempre versarán sobre intereses y generalmente intereses económicos comunes que los trabajadores quieren mejorar en pos de un desarrollo personal mayor. Es

¹¹ G. CABANELLAS, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Talleres Gráficos de la Industria Gráfica del Libro, Buenos Aires-Argentina. 1973. pp. 468

importante mencionar una aseveración muy poderosa que hace el jurista español, al asegurar que la mayoría de conflictos de intereses, ósea conflictos colectivos para él, derivan en la acción directa de la huelga y que se resuelven por vía administrativa y no judicial como los conflictos individuales. Sin lugar a dudas, es una idea que traería mucha discusión dentro de nuestro país, ya que se ha determinado que las resoluciones logradas por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje son de naturaleza judicial. Como podemos observar, se plantean ideas muy interesantes y que nutren nuestra visión de los conflictos colectivos del trabajo, dándonos la oportunidad de no cerrarnos a ciertas líneas de pensamiento y de esa manera poder expandir la creación de una definición más completa.¹²

Una vez revisado el pensamiento de la doctrina frente a lo que son los conflictos colectivos, es importante aportar con ideas personales en torno a la definición de los conflictos colectivos. Considero que los conflictos colectivos de trabajo históricamente se suscitaron por el sentimiento de necesidad que tenían los trabajadores para tener una relación más balanceada con sus empleadores o jefes. Los conflictos colectivos laborales nacen principalmente por aspiraciones que tienen los trabajadores frente a su situación actual y que evidentemente no son aceptadas por los empleadores, vale decir que no necesariamente los empleadores tienen que negar completamente esas aspiraciones, basta con que las aspiraciones sean aceptadas parcialmente para que los trabajadores consideren necesario actuar y de esa forma obtener lo que quieren. Fielmente creo que los conflictos colectivos de trabajo no versan sobre derechos consagrados en la legislación, dado que dichos derechos forman parte inherente de la naturaleza del trabajador una vez que éste inicia una relación laboral, de la misma manera al ver que varias legislaciones en torno a este tipo de conflictos laborales introducen a la mediación como método de solución de los conflictos, están de manera expresa aceptando que los derechos a tratar dentro de los conflictos colectivos de trabajo son aquellos de naturaleza transigible. Los conflictos colectivos desde mi punto de vista han sido utilizados como una herramienta viable para un acercamiento con el empleador. Los trabajadores han considerado a los conflictos colectivos como una verdadera forma

¹² M. OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 2006, Buenos Aires-Argentina, pp. 206-207

de llegar a los empleadores y poder ser escuchados. Asimismo considero que los conflictos colectivos por naturaleza representan un cambio trascendental en la realidad laboral que en un determinado momento los trabajadores asociados viven. Los derechos del trabajador operan bajo el principio de irrenunciabilidad de los mismos, por lo tanto al ser derechos que sobrepasan la norma y van más allá, y se convierten en logros del trabajador, tranquilamente se los podrán negociar e inclusive renunciar en caso de que sea necesario. No podemos olvidarnos de un componente esencial de los conflictos colectivos de trabajo, y es la necesidad de que exista una asociación de trabajadores que se rija por un contrato colectivo para de esa forma ver la razón de ser del conflicto. En la mayoría de los casos se dará cuando los trabajadores aspiren a nuevos intereses para que sean incluidos en el contrato y el empleador se oponga, dando el inicio a conflicto colectivo de trabajo.

2.2. Tipos y clasificación de los conflictos colectivos de trabajo

Una vez analizadas y observados distintas definiciones, ópticas y contextos históricos de lo que verdaderamente son los conflictos colectivos laborales y las razones de su existencia, es pertinente ir más allá y entender ciertas clasificaciones y tipos de estos conflictos que la misma doctrina nos trae a colación. Aquí profundizaremos las ideas en torno a los conflictos de derechos y de intereses. Sin embargo, Mario de la Cueva ha sido uno de los máximos exponentes del derecho laboral en general, y por supuesto domina los conflictos laborales colectivos. En su clasificación de los conflictos de trabajo, el nos presenta cuatro categorizaciones, la primera dirigida a los conflictos obrero-patronales, la segunda a los conflictos interobreros, la tercera los conflictos intergremiales y finalmente los conflictos interpatronales.

Para el tema que se está tratando, únicamente vale utilizar, analizar y mencionar los conflictos obrero-patronales. Es importante hacer la distinción dentro de esta categoría, debido a que se pueden analizar los conflictos individuales y también colectivos. En lo que nos respecta, los colectivos apuntan a intereses que sobrepasan lo individual y se enfocan en intereses de un grupo o asociación. Dentro

de éstos hay los que tienen intereses económicos y los intereses jurídicos como ya hemos mencionado. De la Cueva plantea que normalmente los conflictos que tienen intereses jurídicos son aquellos que buscan una interpretación de la legislación vigente, y que se aplican más a la realidad de los conflictos individuales del trabajo.¹³ Carlos Alberto Etala propone una clasificación muy interesante entorno a los conflictos colectivos laborales, su clasificación recoge ideas y parámetros ya tomados en cuenta en obras diferentes e inclusive en tiempos diferentes, pero vale nombrarla debido a que es acertada y aparte también por que sigue vigente hoy en día. Etala nos dice que los conflictos colectivos laborales no deben ser medidos de forma cuantitativa con relación a los trabajadores, sino que el análisis debe ser dirigido de forma cuantitativa a los intereses de los trabajadores siempre y cuando dichos intereses sean comunes a todos. Aquí el autor argentino robustece la idea que se ha planteado por mucho tiempo que los conflictos colectivos no se da por que se afectan la pluralidad de intereses de los trabajadores, sino al contrario, se afectan intereses comunes de los trabajadores que en ciertos casos pueden ser varios, o en muchos otros simplemente es un interés común. Es importante hacer hincapié en esta idea para que se entienda de manera integral que los conflictos al ser colectivos no tienen que ser vistos como una afectación a una colectividad de trabajadores en intereses individuales sino al contrario, es la afectación de intereses colectivos.¹⁴

A continuación presentaré dos visiones exclusivamente de autores nacionales para demostrar la óptica que representa la realidad que se vive en nuestro Ecuador en torno a los conflictos colectivos laborales. Es muy interesante conocer lo que han planteado nuestros doctrinarios con relación a los temas tratados en esta tesina, por lo tanto he recurrido al Doctor Hugo Valencia Haro, un reconocido jurisconsulto de este país que trata a los conflictos colectivos y los desarrolla. La óptica planteada por el autor es muy interesante y distinta de las presentadas anteriormente, ya que el se refiere a los conflictos colectivos laborales por sus efectos producidos y nos dice que hay un desequilibrio en los dos factores de producción, obviamente con estos se refiere a los trabajadores que son la mano de obra, organizados normalmente en un

¹³ M. DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa Hermanos, 1963 México D.F, pp. 733-734.

¹⁴ C. A. ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2007, Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 374-390.

sindicato, y a los empleadores que son los que aportan con el capital para la realización de la actividad. Existe un conflicto entre ambos que inclusive pueden lesionar a terceros y de forma general a la sociedad, en caso de una grande huelga por ejemplo. Una vez planteado varias acepciones y definiciones sobre que son los conflictos colectivos y cuales son sus elementos básicos, es imperante la realización de una división de los tipos de conflictos colectivos que existen.¹⁵ Por otro lado El Dr. Julio Cesar Trujillo un famoso catedrático conocedor del derecho laboral, nos plantea una clasificación de los conflictos colectivos laborales de manera muy didáctica. Los divide en las siguientes cinco categorías;

1. Conflictos individuales y colectivos.
2. Conflictos de derechos y los que responden a factores y realidades económicas.
3. Conflictos obrero-patronales y los conflictos intersindicales.
4. Conflictos entre obreros y entre patronos.
5. Finalmente la última forma de clasificación de los conflictos es muy particular y nueva para la doctrina que hemos venido analizando y se trata de los conflictos especiales que incluyen al contrato colectivo, al desahucio, el visto bueno, el fondo de reserva y los riesgos de trabajo. Esta última clasificación que nos presenta el autor se debe a que en las situaciones mencionadas se pueden dar ocasiones en donde alguna afectación atañe directamente al derecho laboral colectivo. Sin lugar a dudas es una clasificación especial y poco común pero que vale la pena nombrar por sus efectos.

Asimismo dentro de esta categorización nos interesan únicamente los conflictos colectivos que tienen un efecto en lo obrero-patronal. Es evidente la importancia que en nuestro País se le da a los efectos que producen las distintas situaciones jurídicas.

2.3. El Pliego de Peticiones

¹⁵ H. VALENCIA HARO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.434.

Finalizado el análisis de la naturaleza de los conflictos colectivos laborales, sus tipos y sus efectos, es importante ir acercándose al ámbito nacional y las figuras importantes de nuestro sistema. Cuando revisamos y analizamos nuestra base legal en torno a los conflictos colectivos en el mundo laboral, no podemos dejar de lado ciertas instituciones que son de vital importancia para un entendimiento integral del objeto de nuestra investigación. Dicho esto, nos referimos a una institución muy importante dentro de los conflictos colectivos del trabajo llamada pliego de peticiones que de cierta manera es un trascendental paso a seguir antes de que se desarrolle una huelga. Podríamos inclusive decir que es una figura muy importante dentro de los conflictos colectivos aquí en el Ecuador. El Dr. Hugo Valencia reflexiona acerca de la naturaleza del pliego de peticiones y afirma realidades que son características de nuestro País. Una de ellas por ejemplo, va dirigida a la falta de técnica que tienen y han tenido nuestros legisladores al momento de crear leyes y de desarrollar Códigos, ya que por esa razón muchas veces, figuras jurídicas importantes no son claramente definidas y dan lugar a confusión y aprovechamiento. Un claro ejemplo de esto es el pliego de peticiones debido a que la Ley jamás lo define o lo explica, simplemente lo incluye y esto ha dado lugar que tanto los trabajadores como la autoridad, en ciertos casos se aprovechen o inclusive se lleguen a confundir. A continuación el artículo que nos presenta el Código de Trabajo;

Artículo 468, Suscitado un conflicto entre el empleador y sus trabajadores, éstos presentarán ante el inspector del trabajo, su pliego de peticiones concretas. La autoridad que reciba el pliego de peticiones notificará dentro de veinticuatro horas al empleador o a su representante, concediéndole tres días para contestar. Todo incidente que se suscitare en el conflicto, sea de la naturaleza que fuere, deberá ser resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje al tiempo de dictar el fallo.

El autor al darse cuenta de dicha deficiencia en nuestra Ley, establece recogiendo principios doctrinarios la naturaleza del pliego de peticiones y nos dice que es el ultimátum presentado por el trabajador antes de la huelga y que esencialmente contiene peticiones y reclamaciones que buscan equiparar la desigualdad que se está viviendo en ese momento entre la mano de obra y el capital.

Como ya hemos mencionado anteriormente, los trabajadores se encuentran en desigualdad frente a los patronos, y justamente el pliego de peticiones es una de esas herramientas que permite y ha permitido que el trabajador luche por mejores condiciones dentro de su actividad laboral. La figura del pliego de peticiones lleva consigo un proceso a seguir una vez presentada y es ahí en donde entra la norma a establecer plazos y términos para la contestación por parte del empleador. Es importante aclarar que el pliego de peticiones se presenta una vez suscitado el conflicto, pero que es visto y es utilizado como una herramienta de presión que tienen los trabajadores por la posible huelga que pueden levantar en contra de su patrono o sus patronos.¹⁶ El Dr. Carlos Astudillo Espinoza nos presenta otro problema que existe alrededor del pliego de peticiones aparte de aquel en donde la Ley no explica ni define en que consiste, y aquí el problema va dirigido más a la práctica del pliego de peticiones y es que éste no tiene ningún tipo de límite, la Ley no se encarga de enmarcar ni de delimitar que es lo que se puede pedir al momento de presentar un pliego de peticiones. Esto nos dice que el pliego de peticiones queda al libre albedrío de los solicitantes, dándose la posibilidad que las peticiones rayen en lo absurdo y por lo tanto que el pliego de peticiones no cumpla ni se utilice para lo que verdaderamente fue creado. Es claro también que en caso de ser mal utilizado el pliego de peticiones, los empleadores no podrán ni querrán responder de forma afirmativa a los pedidos de los trabajadores, y por lo tanto el conflicto colectivo no podrá llegar a su fin. Lo recomendable en torno al pliego de peticiones es que los trabajadores del sindicato o los que formen parte del comité de empresa, se aseguren y se asesoren con un abogado para que les pueda ayudar en la realización del pliego de peticiones y de esa forma no incurran en los mencionados errores que les pueden costar caro.¹⁷

¹⁶ H. VALENCIA HARO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.434.

¹⁷ C. ASTUDILLO ESPINOZA, *Derecho Laboral en la Integración Andina*, Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1974, Quito-Ecuador.

2.4. Marco Constitucional y Legal; Mediación y Conflictos Colectivos Laborales

Los principales orígenes alrededor de la figura de la mediación son la Constitución, que se encargará de establecer los principios generales y su marco de aplicación, y en segundo lugar se encuentra La Ley de Arbitraje y Mediación. Dentro de la Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo IV acerca de la Función Judicial y la Justicia Indígena, se encuentra recogida la mediación en su artículo 190 en donde se reconoce a los distintos medios de solución alternativos de solución de conflictos. En el articulado se establece que la mediación y el arbitraje se aplicarán únicamente en las ramas que la ley lo permita y siempre que las situaciones jurídicas sean sobre materias transigibles. Volveremos más adelante frente al tema de la transigibilidad en los derechos laborales ya que es una materia de vital importancia. Como podemos observar ésta disposición Constitucional simplemente menciona la posibilidad de la mediación como un método alternativo de solución de conflictos pero no especifica ni hace un análisis extensivo con relación a las materias en las que se debe aplicar ni la forma en la que dicha institución debe ser llevada a cabo. Para referirnos a la mediación dentro de materia laboral, la Constitución nos lleva al capítulo VI acerca del Trabajo y la Producción en donde desarrolla el tema de manera más extensiva. La base principal en torno al trabajo se encuentra en el artículo 326 en donde se establecen varios principios laborales que van a regir en todo tipo de relación laboral que se de en el país. Para ser exactos existen dieciséis principios base, pero tan solo nos enfocaremos en algunos que verdaderamente son los que atañen al tema al que nos referiremos a lo largo de ésta tesina.

El primer principio puede pecar por ser muy general pero no existe duda alguna que es uno de los principios vectores que existen detrás de la responsabilidad que tiene el Estado en no permitir que se siga generando desempleo, erradicar el subempleo, y sobre todas las cosas lo importante que es para el Estado la generación verdadera de empleos que cumplan con los requerimientos suficientes para el trabajo decente. Como vemos es un principio bastante general y que inclusive podríamos plantear que dentro de éste se desarrollan y se gestan el resto de principios, pero creemos que existe esa necesidad de darle profundidad al resto de

principios para tener un mejor entendimiento de la realidad que vive nuestro país. Otro principio relevante se refiere a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos que tienen los trabajadores, y como todo tipo de estipulación contraria a esto será nula. Suena muy interesante pero así mismo es importante que conozcamos los límites de la referida norma ya que existen excepciones a la regla. Las excepciones a la regla se refieren básicamente a lo analizado anteriormente acerca de la diferencia que existe en torno a los derechos de los trabajadores consagrados en la legislación, y los derechos o aspiraciones que los trabajadores tienen dentro del mundo laboral colectivo. Sin lugar a dudas existen tratados y convenios de la OIT en donde se desarrolla el concepto de la irrenunciabilidad de los derechos, y de hecho son tratados y convenios que tienen mucho peso al momento de concretarse una relación laboral, pero es importante conocer las diferencias que existen entre los derechos laborales individuales y los derechos laborales colectivos.

A continuación se expondrá uno de los principios más trascendentales con relación a los conflictos colectivos de trabajo, éste está referido a la libertad sindical y a la libertad de unión que debe ser garantizada por el Estado como uno de los principios cumbres que tienen todos los seres humanos. Es un deber primordial del Estado contribuir a la organización de trabajadores y crear leyes en donde se proteja a dicha libertad. No olvidemos que la libertad sindical no existe únicamente para los trabajadores sino que también los empleadores pueden hacer uso de dicho recurso para hacer frente a ciertas realidades que pueden afectarlos. Es interesante analizar el hecho de que el Estado no simplemente será un agente garantizador de la libertad sindical sino que también obrará por el apoyo y la directa estimulación para la creación de dichas organizaciones de trabajadores o de empleadores. La actitud y el espíritu que plasma la norma son reconfortantes verdaderamente, ya que vemos que el Estado está completamente consciente acerca de la desigualdad que existe entre trabajadores y empleadores y sabe que al momento de unirse se obtiene más fuerza y más poder de decisión. Conforme avanzamos en el análisis de los principios reguladores del derecho laboral, poco a poco nos vamos acercando a dos principios que serán los protagonistas al momento de continuar con el razonamiento detrás de ésta tesina. El numeral once del artículo 326 es claro y conciso acerca de la validez

que tiene la figura de la transacción en materia laboral siempre que sea referida a ciertos derechos y no implique de ninguna manera renuncia de otros. Así mismo establece una formalidad frente al acto de transacción y es que debe ser celebrado ante un juez competente o alguna de las autoridades administrativas. De igual manera, con esta idea nos vamos aproximando al tema de la transigibilidad de los derechos laborales colectivos y en que caso cabe dicha transacción. El segundo principio al que nos referíamos anteriormente, tiene que ver de forma específica a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y como éstos sin importar en la instancia en que se encuentren deben estar sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje. Desde mi punto de vista creo que existe un error por parte del legislador al momento que no incluye la figura de la mediación, figura que en el Código de Trabajo aparece como paso importante al momento de dirimir un conflicto colectivo de trabajo. De todas maneras no podemos olvidarnos que desde el año 2008 vivimos en un sistema Neo-Constitucional, por lo tanto cabe hacer un análisis extensivo con relación a las normas de la Carta Magna, y por lo tanto me tomaré la libertad de pensar que en aquél principio la mediación si se encuentra reconocida y vigente como institución alternativa para resolver conflictos. La base constitucional acerca de la mediación en materia laboral ha podido ser ubicada e identificada, creo que ese proceso es muy importante para entender el origen del mencionado método alternativo de solución de controversias. Ximena Bustamante es una joven abogada de nacionalidad ecuatoriana dedicada a los métodos alternativos de solución de conflictos y en su obra analiza a la mediación de manera profunda y a la luz de la reciente Constitución lograda en Montecristi y de la Ley de Arbitraje y Mediación. Bustamante inicia presentando el artículo 43 de la Ley mencionada anteriormente que dice “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra – judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.” Dicho esto, Ximena Bustamante hace referencia también al artículo 190 de la actual Constitución que dice “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se puedan transigir“. Es muy interesante el acercamiento que hace

la autora con el fin de que se sepan las reglas del juego en torno a la mediación tanto desde su punto de vista constitucional, como también desde el punto de vista legal. Ximena plantea que la Ley de Arbitraje y Mediación será la encargada de regular la realización de dichos procedimientos tal y como lo manda la Constitución. No olvidemos que esta mención es importante para entender la figura de la mediación y como ésta se encuentra reconocida en la ley y en la Constitución, dando paso evidentemente a que dicho proceso pueda ser plasmado en otras leyes, justamente es por eso que el Código del Trabajo la recoge en sus artículos, pero la plasma con naturaleza de obligatoria y no de voluntaria para las partes.

No podemos olvidarnos que existen dos bases legales muy importantes que desarrollan el tema de la mediación y su fusión con los conflictos colectivos laborales. Una de esas bases legales y por jerarquía normativa la más importante entre las dos es el Código del Trabajo en donde se desarrollan los principios de los conflictos colectivos y sus procesos en torno a la solución. Por otro lado, la Ley de Arbitraje y Mediación es la segunda base legal. En la Ley de Arbitraje y Mediación no se encuentran las materias específicas en donde serían aplicables dichas instituciones, simplemente se plantean los principios, las formas y los procesos en torno a éstos métodos alternativos de solución de controversias, pero de igual manera es una Ley que nos permite observar si cabría la mediación en materia laboral. La mediación se encuentra desde el artículo 43 hasta el artículo 57. Más adelante se realizará un análisis de algunas de las formas que atañen a la mediación en general. El Código de Trabajo se enfoca de manera más específica en la mediación como una institución obligatoria al momento de resolver los conflictos colectivos de trabajo. En el Código de Trabajo dentro del capítulo II de Los Conflictos Colectivos, se nos presenta la figura de la mediación obligatoria, dicha mediación es el resultado de dos pasos anteriores muy importantes. El primer paso es la creación del pliego de peticiones, institución que fue analizada en párrafos anteriores. No olvidemos que el pliego de peticiones contiene mejorías que los trabajadores quieren que se les otorgue o también distintos tipos de aspiraciones que tienen con relación a su realidad laboral actual. En un segundo momento aparece la aceptación por parte de los empleadores, este paso es vital para la existencia de la mediación obligatoria ya que si los empleadores o empleador, responden

favorablemente a las peticiones o aspiraciones entonces el conflicto pierde su causa, deja de tener sentido y se termina de manera instantánea. Normalmente en nuestro país encontramos dos realidades muy comunes. Por un lado tenemos trabajadores que intentan en ciertos casos aprovecharse de su situación sindical, quieren tomar ventaja de la realidad actual o cualquier herramienta que les funcione con el fin de obtener todo lo que piden, y por otro lado tenemos empleadores que no son siempre conscientes de lo vital que es mantener a sus empleados a gusto dentro de sus cargos con el fin de que realicen mejor su trabajo. En ese momento es en donde ambas fuerzas divergen y aparecen los conflictos colectivos, ya que basta con que el empleador no acepte absolutamente todas las peticiones para que se genere el conflicto y se tenga que continuar en la línea en la que la ley manda con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes. El artículo 470 del Código de Trabajo nos plantea la idea de la mediación obligatoria al momento en que se dé el conflicto colectivo con el fin de que éste no empeore y se puedan solucionar las diferencias de una forma más eficaz y que tome menos tiempo realizarla. Este artículo es uno de los que nos proporcionará la mayor cantidad de discusión y de análisis en torno a la mediación y los conflictos colectivos laborales. De la misma manera, con este artículo podremos observar cual es la verdadera aplicación que se le da en la práctica y ver si se cumplen todos los requisitos mandados por la ley.

Sin lugar a dudas, uno de los temas más importantes y de mayor relevancia para esta tesina es acerca de la mediación obligatoria que nos manda el Código de Trabajo en el capítulo II de los conflictos colectivos, y de forma más específica en su artículo 470. Como nos dice el catedrático Dr. Jorge Vásquez, los conflictos colectivos si bien pueden nacer como cualquier otro tipo de conflicto dentro del mundo jurídico, tiene ciertas particularidades que lo hacen único y es por ésta razón que los distintos grupos sociales, y los diferentes sindicatos y comités de empresa no han querido que éste tipo de conflictos se los lleve directamente como los litigios comunes. Un principio rector del derecho siempre nos dice que éste evolucionará conforme las necesidades de la sociedad se vayan mutando, en este caso se aplica lo mismo, y es por eso que en el año 1991, en el mes de noviembre, los legisladores introdujeron reformas en torno al tema de la mediación en los conflictos colectivos. El funcionamiento era muy simple, en caso de que no se conteste o si se contestaba

parcialmente favorable el pliego de peticiones, obviamente también en caso de que se contestare negativamente a todo el pliego, el Inspector del Trabajo que en ese momento estuviere conociendo del conflicto, estaba completamente obligado a remitir todo lo actuado a la Dirección de Mediación Laboral con el fin de que sus funcionarios, erróneamente vistos como “mediadores“ convoquen a las partes inmersas en el conflicto, con el fin de que ellos intenten solucionar el conflicto de la manera más conciliatoria posible. Existen pocos requisitos procesales debido a que las mediaciones tienen como característica esencial ser lugares de encuentro en donde la comunicación es un puente de mejoras y en donde se buscará la mejor solución que satisfaga los intereses de las dos partes. Podría decirse que el único requisito que no se puede dejar de un lado, es que todas las convocatorias a las audiencias tienen que ser con un mínimo de 24 horas de anticipación.

Es grato reconocer que la idea de la mediación en los conflictos laborales fue recomendada por la OIT en el año 1974 ya que existían otros ejemplos de países en donde los conflictos laborales colectivos redujeron de forma considerable y por lo tanto el Ecuador era de aquellos países que no había implementado dicho método alternativo de solución de conflictos. Inclusive al comienzo cuando se logro implementar en el Ecuador, disminuyeron los conflictos colectivos, y la oficina de mediación dio un gran salto y pasó a formar la Dirección Nacional de Mediación Laboral. En ese momento se dictaron reglamentos y leyes para su buen funcionamiento y pasó a ser parte importante del Código de Trabajo en temas de conflictos laborales.

Los conflictos colectivos en muchos casos pueden ocasionar situaciones innecesarias de estrés, tanto a los trabajadores sindicalizados como también a los empleadores o empleador, y es por eso que la mediación en su momento fue vista como una solución ágil, que no tome tiempo en exceso, y más que nada que permita a la gente poder resolver sus diferencias con la adecuada comunicación y sin dejar que las relaciones laborales se desgasten. La idea no fue errónea, la mediación era una excelente idea con visión a futuro de mejorar los conflictos colectivos de forma oportuna. La mediación no permite maniobras dilatorias ya que de esa forma los periodos serían muy largos, inclusive la medición tiene un plazo de 15 días, pero obviamente al ser un método flexible, en caso de que la situación no se esté

solucionando por un buen camino podrá excederse este plazo de 15 días siempre y cuando las partes estén de acuerdo. No podemos olvidarnos que dentro del proceso de mediación, las partes toman un rol importantísimo ya de que ellas dependerán muchos temas y sobre todo la resolución del conflicto. Como ya se ha mencionado anteriormente, los conflictos colectivos crean momentos y ambientes de hostilidad entre las partes, en ese momento es donde entra la mediación y crea una zona de paz, tranquilidad, y sobretodo dialogo que normalmente es lo primero que se pierde cuando explota un conflicto colectivo laboral. La mediación al mejorar la comunicación y el dialogo, logra que las partes se sienten e intercambien ideas para de esa manera poder llegar a soluciones consensuadas y que los intereses de ambos se vean factibles de lograr.

Un límite importante que vale mencionar en torno a la mediación obligatoria y es acerca de la predisposición que tienen los empleadores, con esto nos referimos a que si los empleadores no toman a esta etapa de mediación con la seriedad que merece y no concurren a las audiencias, pues en ese caso los trabajadores sindicalizados podrán declararle la huelga. Es clara la idea que hay detrás de esto debido a que lo que se quiere verdaderamente es que los empleadores y los trabajadores pongan empeño en la etapa de mediación y de esa forma concluya el conflicto colectivo y el ambiente laboral vuelva a la normalidad. Siempre los empleadores tendrán que presentar una justificación de la inasistencia ya que a la segunda inasistencia injustificada podrá ser argumento suficiente para que concluya la etapa de mediación. Otra formalidad que se tiene que tomar en cuenta es la legitimidad de los concurrentes a las audiencias de mediación, ya que el Código de Trabajo manda a que todos tengan sus credenciales y de esa forma sean acreditados y así en caso de que el conflicto llegue a su fin, se podrá suscribir el acta respectiva en donde se establecerá la conclusión del conflicto colectivo.

Una característica trascendental que nos trae la mediación es que no se configura como una institución tajante ni en donde predomina el blanco o el negro, con esto me refiero a que puede darse la situación en donde dicho método alternativo de solución de conflictos puede servir únicamente para ciertos puntos de discusión o donde no hay aceptación mutua, y no necesariamente sobre todos los puntos que conforman el pliego de peticiones. Esta flexibilidad permite que no

exista presión alguna sobre todos los puntos que han generado el conflicto colectivo, lo que permite que las partes se enfoquen verdaderamente en los puntos que son viables de solucionar, dando lugar a que las otras peticiones en cuestión puedan ser resueltas en el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Para que se de esta situación, el Inspector del Trabajo conocedor de dicho conflicto colectivo, remitirá los puntos que no han llegado a acordarse al mencionado Tribunal.

Vale la pena mencionar ciertas limitaciones que dicho proceso presenta para los trabajadores, y la más significativa de ellas va dirigida a que los trabajadores se vean imposibilitados de declarar la huelga en esta etapa que busca construir puentes y no muros. Claramente esta limitación no es absoluta y por lo tanto goza de dos excepciones tendientes a proteger al trabajador. La primera excepción es en caso de que el empleador o los empleadores despidan a uno o más de los trabajadores que formen parte del conflicto, en ese momento el Código les da la protección y la vía libre de poder declarar la huelga. La segunda excepción se refiere a cuando el empleador realiza actos de desmantelamiento de la fábrica o cualquier acto en donde se vea truncada la realización de la actividad laboral. Como podemos observar, se quiere proteger de forma directa a la estabilidad laboral y también a la realización del trabajo por parte de los empleados.

Para concluir, hay dos ideas que salen a la luz y no se las puede dejar de un lado, la primera es la de reconocer este proceso de mediación y la utilidad que ha brindado al mundo laboral y de forma específica a los conflictos colectivo de trabajo. Sus pocas limitaciones, la libertad que brinda para las partes al momento de comunicarse y de llegar a acuerdos, sus plazos cortos para convertir al sistema en aquellos en donde la celeridad es primordial, ha logrado que se convierta en un método en donde sus objetivos han sido factibles de completar. La segunda idea que cabe mencionar y que sin lugar a dudas es una de las razones de ser de esta tesina, es el hecho de que las empresas privadas han recurrido de forma más constante a centros de mediación privados, logrando que los servicios requeridos para la Dirección Nacional de Mediación disminuyan. Esta realidad ha empujado a que la Dirección Nacional de Mediación se fusione a la Dirección Regional del Trabajo, creando y generando un problema terrible configurado en el hecho de que los mismos Inspectores del Trabajo se encargan de la complicada y especializada tarea

de mediar los conflictos colectivos laborales. No podemos olvidarnos que los inspectores de trabajo tienen varias tareas dentro de sus obligaciones por lo tanto su labor en el campo de la mediación no será ni la mitad de provechoso que en el caso de que lo haga una persona o un centro especializado solo en esa área. Por nombrar un país, la Argentina es un claro ejemplo de que la mediación y todo lo relacionado con ella requiere de vasta especialización y preparación para lograr los objetivos de ésta. En el Ecuador en los últimos años no se está cumpliendo con lo que este método alternativo de solución de conflictos ofrece, ni tampoco se está cumpliendo con el importante rol que manda la Constitución al Estado para que vele por los diferentes ámbitos del derecho laboral.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DOCTRINARIOS DEL DERECHO LABORAL: SU IMPORTANCIA PARA LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Una vez que hemos analizado a fondo todos los conceptos pertinentes en torno a la mediación y a los conflictos colectivos laborales, es importante recordar la hipótesis que existe detrás de la presente tesina. En un inicio nos hicimos la siguiente pregunta, ¿se deberían crear centros especializados de mediación fuera del aparato estatal para de esa forma resolver y contrarrestar los conflictos colectivos laborales? Justamente en este capítulo se desarrollará parte de esa respuesta con el fin de exponer los puntos más relevantes que sostienen ésta tesina.

Dicho esto es importante adelantar que en este capítulo se trataran acerca de los principios constitucionales a los que el Estado está obligado a preservar y salvaguardar con el fin de proteger al trabajo y a los derechos que en éste se gestan.

Haremos un análisis de diferentes puntos de vista de varios autores para de esa forma demostrar la importancia de los principios constitucionales del trabajo en apoyo de la idea referente a que el Estado es el principal encargado de hacer que se cumplan los derechos laborales. Como es de común conocimiento, el aparato estatal es el encargado de llevar a cabo los diferentes procesos en donde el trabajo se ve involucrado, ya sea en problemas entre trabajadores y patronos, o en simples procesos de creación de comités de empresa o alguna organización sindical. Son deberes primordiales del Estado estar al tanto de lo que ocurre con el trabajo y todo su entorno. Sobre todo en momentos de la actualidad, en donde el Estado y el Gobierno profesan ideas de desarrollo, de protección a los trabajadores y sus derechos, es cuando más confianza se le deberían dar a los procesos ya existentes del aparato estatal, pero que desafortunadamente y por razones que se irán desarrollando observaremos que no se cumple. Así se evita establecer y crear centros especializados de mediación de tinte privado que para una sociedad en vías de desarrollo como la nuestra no sería la mejor opción. No podemos olvidarnos que al momento en que trasladamos este tipo de procesos al ámbito privado no solo se necesitará una gran cantidad de dinero sino que también se mantendrán los problemas e inclusive podrían empeorar por no tener desarrollada una idea de mediación de manera completa.

Así mismo se realizará un análisis de los principios laborales que la doctrina nos presenta y que de una u otra manera se encuentran ya sean en nuestra Constitución, o a lo largo de nuestra normativa pero que sin lugar a dudas son muy importantes para la existencia del derecho laboral.

3.1. Responsabilidad del Estado

Revisemos un artículo muy importante de nuestra Carta Magna lograda en Montecristi en el 2008. El artículo al que nos referimos es el 33 y es muy claro al establecer la importancia que radica en la figura del trabajo y sobre todo apoya a lo que hemos venido sosteniendo en cuanto a la responsabilidad del Estado en torno al trabajo. Así mismo el artículo expresa que el Estado es el encargado de garantizar no solo el trabajo para las personas, sino un sinnúmero de dignidades que esto puede

representar. Habla sobre la libertad de elección de los distintos tipos de trabajo y las remuneraciones justas que éstos deben tener. El artículo en una parte de su contenido sostiene algo que no podemos dejar pasar, y es que se refiere a que el Estado garantizará el desempeño de un trabajo saludable. Como podemos observar, lo mencionado puede significar una extensa gama de posibilidades, pero con respecto a la tesina que estamos defendiendo, podemos verlo desde la óptica de la resolución de los conflictos colectivos de trabajo. No nos olvidemos que los conflictos de trabajo, ya sean individuales o colectivos, son procesos sanos en donde el trabajador o los trabajadores y el empleador pueden encontrar zonas en donde su relación mejore y por lo tanto el trabajo se convierta en una mejorada fuente de ingresos y posibilidades. Al ser procesos conflictivos, no necesariamente los tenemos que ver con ojos de negatividad, al contrario, si gozamos de procesos como la mediación y el arbitraje, deberíamos aprovechar dichos espacio conflictivos para mejorar las relaciones e inclusive mejorar el ambiente de trabajo que puede existir en diferentes situaciones laborales. Dicho esto, podemos claramente encontrar la afinidad y conexión que existe entre el desempeño saludable del trabajo con todas sus aristas y sus procesos, y la acción garantista del Estado en verificar que se cumplan. Al ser los conflictos colectivos laborales nuestro tema de estudio, podemos ver que al momento en que se suscita un conflicto colectivo y se presenta un pliego de peticiones, los trabajadores están desempeñando de manera saludable su trabajo ya que tienen reclamos o peticiones que hacer en contra del patrono. Es en ese momento en donde el Estado, según éste artículo, tiene que garantizar que una vez presentado el pliego de peticiones y configurado el conflicto colectivo, lograr que dicho conflicto llegue a su fin por medio de las normas y leyes que regulen las distintas formas de resolución del conflicto. A continuación revisaremos la conexión que existe entre lo mencionado y los propios principios constitucionales del trabajo y los métodos alternativos de solución de conflictos.

El artículo 326 de la Constitución en su numeral 11 y 12 nos plantea las conexiones más evidentes en torno a la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar principios y derechos esenciales del trabajo. El numeral 11 se refiere a la validez que existe en cuanto a la transacción en materia laboral siempre que no se renuncien derechos, este tema es altamente resuelto en cuanto conflictos colectivos

de trabajo por su naturaleza de que siempre versan sobre intereses y no sobre derechos otorgados por la ley. En materia laboral no se puede renunciar a derechos que forman parte integral de la naturaleza del trabajador como tal. En los conflictos colectivos la pugna se genera por derechos adicionales que los trabajadores aspiran y claramente su naturaleza permite que la transacción sea viable. Por otro lado, el numeral 12 del artículo 326 nos expresa que en los conflictos colectivos de trabajo, en cualquiera de sus instancias, valdrá el sometimiento a tribunales de conciliación y arbitraje. Como ya se mencionó anteriormente, el Neo-constitucionalismo nos permite interpretar la norma y entender que la mediación es un método completamente válido ya que el mismo Código de Trabajo lo establece y la Ley de Arbitraje y Mediación también. Ahora podemos entender la clara conexión que existe entre las garantías constitucionales que el Estado sostiene con relación al trabajo, los conflictos colectivos de trabajo y su eficaz resolución. Al entender la conexión es evidente que el Estado es el responsable de garantizar que se lleve el proceso de la mediación tal y como la ley lo establece para que de esa forma los conflictos colectivos laborales lleguen a su fin antes de que escalen y tengan que ser llevados a un tribunal de arbitraje.

3.2. Principio de Protección

Consideramos que es muy importante mencionar al trabajo como un derecho fundamental que tiene que ser garantizado, protegido e impulsado por el Estado, de manera que sea una verdadera vía hacia el desarrollo. Por esta simple pero importante razón analizaremos algunos derechos y principios laborales que son garantizados por el Estado y que han llegado a ser tan importantes que se les incluye dentro de nuestras Constituciones desde hace muchos años atrás. El doctrinario HUGO VALENCIA HARO recoge uno de los principios más relevantes de la legislación ecuatoriana y dicho sea de paso, es esencial para el entendimiento de lo que se sostiene en esta tesina. El principio al que nos referimos es el de protección y que su importancia lo ha llevado al rango constitucional. El autor pone énfasis en la idea de que dicho principio es la base de toda la legislación laboral ecuatoriana dado

que nuestras normas tienen como objetivo principal el de tutelar y proteger los derechos de los trabajadores y su entorno. Nos explica también que al proteger los derechos de los trabajadores se logra ese concepto de justicia social que permite el desarrollo del país. Siguiendo esta línea de pensamiento llegamos a un momento crucial en la historia de todos los sistemas laborales del mundo, y como no podíamos ser una excepción, en nuestro país ocurrió lo mismo. Con esto nos estamos refiriendo a la triste pero acertada realidad en donde se descubrió la desigualdad entre los dos factores de producción, el capital que viene representado por el empleador o empleadores, y la mano de obra o capital humano personificado en los trabajadores. Existieron varios intentos para intentar equilibrar esa balanza, pero nada daba un resultado satisfactorio. Es en ese preciso momento en donde el Estado se ve obligado a intervenir con el fin de que las desigualdades se disminuyan en un mayor grado. Obviamente la mejor forma de hacerlo fue creando legislación protectora del trabajador y su actividad.¹⁸ Es importante mencionar que las ideas y el principio de protección del Estado data desde hace varias décadas atrás, y es por que si revisamos las constituciones desde los años 1920 encontraremos este principio de protección que ha sido tan importante no solo para los trabajadores sino también para el Estado ya que le ha permitido tener un nivel de control en el ámbito laboral y de esa forma guiar su desarrollo. Este principio de protección es una de las varias ideas que apoyan al argumento que el Estado tiene que ser el encargado de llevar a cabo la mediación en temas de conflictos colectivos laborales y hacerlo de manera eficiente tal y como las normas lo mandan. SANTIAGO GUERRÓN AYALA es otro autor que nos plantea la importancia de este principio constitucional de protección relacionado con el trabajo. Así mismo basa su pensamiento en la terrible desigualdad que siempre han experimentado los trabajadores a lo largo de la historia y que tiene como principal objetivo el de compensar la desigualdad entre trabajadores y empleador, y no únicamente en el ámbito económico sino también en un sentido del medio ambiente laboral.¹⁹

¹⁸ H. VALENCIA HARO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.94-95.

¹⁹ S. GUERRON AYALA. *Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Editorial Abya Yala. Corporación Editora Nacional. Quito. 2003. pp. 21.

3.2.1 Figuras del Principio de Protección Laboral

Siguiendo la misma línea, el autor ALFREDO RUPRECHT nos presenta conceptos y figuras que se han ido creando y desarrollando a raíz del principio protector tales como, la regla del *in dubio pro operario*, la norma más favorable y finalmente, la situación más beneficiosa para el trabajador. El *in dubio pro operario* encontraremos que va de la mano de las dos figuras mencionadas anteriormente y que a continuación serán analizadas, y significa sencillamente la interpretación más favorable para el trabajador cuando existen normas que colisionan entre ellas. El trasfondo de ésta figura es la débil posición en la que se encuentra el trabajador frente al empleador y es por eso que en caso de dudas sobre una norma se interpretará la más favorable para el trabajador. Con esto podemos observar la clarísima influencia del principio de protección en el mundo laboral. La norma más favorable se refiere al momento de analizar el alcance de cierta norma o de ciertas normas en donde bajo este principio se debe aplicar la normas que más convenga al trabajador. Un ejemplo muy claro en torno a esto se da al momento de analizar el Código de Trabajo y los contratos individuales o colectivos, en donde el Código siempre establecerá parámetros mínimos que los empleadores deben cumplir, mientras que normalmente en los contratos se mejoran dichas situaciones. Dicho esto, en caso de que haya un choque entre una norma legal y una norma contractual, imperará la que otorgue mayores beneficios al trabajador sin lugar a ninguna otra interpretación. Importará poco la jerarquía de las leyes en estos temas laborales ya que la norma más favorable al trabajador será la aplicada. Esta figura nos demuestra una vez más su importancia para la complementación del principio de protección. Finalmente, el mismo autor nos presenta una visión interesante acerca de la tercera figura sobre la situación más beneficiosa para el trabajador y nos dice que es muy parecida a la de la norma más beneficiosa. La diferencia radica en que aquí se tomará en cuenta normas que ya han sido aplicadas anteriormente y que por alguna razón se las quiere dejar de aplicar pero bajo este principio se mantienen el en tiempo. El ejemplo clásico en torno a esta situación en particularidad se nos presenta en los

contratos colectivos en donde se han mermado ciertos derechos anteriormente otorgados, y es justamente en ese momento en donde este principio entra y protege al trabajador para que se le aplique la situación anterior en donde los beneficios eran más favorables y lo protegían en su situación laboral.²⁰ Sin lugar a dudas son figuras necesarias e importantes que refuerzan y complementan al principio de protección que el mismo Estado garantiza a los trabajadores, tanto individuales como colectivos.

3.3. Principio de la Libertad Sindical

La libertad sindical es un principio base en torno al planteamiento de ésta tesis. Es un principio consagrado no únicamente en nuestra Constitución sino que ha sido extendidamente desarrollado por la OIT por la importancia que representa en el mundo laboral colectivo. Lo que busca este principio es que los sindicatos o la agrupación de trabajadores sea libre en todo el sentido extenso de la palabra, sin que ninguna autoridad ni brazo gubernamental sea el ente decisorio de la creación de dicha agrupaciones. No olvidemos que los sindicatos fueron una verdadera herramienta que contribuyó al sistema de contrapesos en la relación obrero-patronal ya que a lo largo de la historia siempre el trabajador ha vivido en desventaja. Los sindicatos fueron apareciendo como verdaderas formas de balanceo en las relaciones laborales y que fueron tomando fuerza debido a que los trabajadores se dieron cuenta que se podían obtener más beneficios al momento de juntarse. Este principio legitima a los trabajadores no únicamente al Estado al cual no tienen que pedir ningún tipo de permiso, sino que también los legitima frente a los empleadores. Esto quiere decir que los empleadores tienen que respetar la decisión de los trabajadores en caso de que quieran organizar un sindicato, y en ningún caso tomar medidas negativas en contra de los trabajadores sindicalizados. No podemos olvidarnos que dentro de este principio se protege también a los trabajadores que no quieren formar parte del sindicato, justamente es un derecho del principio de la libertad sindical en donde los trabajadores no están obligados a la sindicalización si

²⁰ A. RUPERT. *Derecho Colectivo de Trabajo*. Editorial Ceca. 1977. Buenos Aires-Argentina. pp. 105.

es que ellos no consideran que los será beneficioso.²¹ Como podemos observar es necesaria la inclusión de este principio para demostrar una vez más como la mediación dentro de los conflictos colectivos debe ser mejorada y cumplida, mejorada dentro de nuestra legislación y cumplida en la realidad que día a día viven los trabajadores. La pregunta en torno a este principio que aparece a simple vista es la siguiente; ¿Querrán los trabajadores formar sindicatos y aplicar el principio de libertad sindical si uno de los procesos principales de solución de sus conflictos no funciona o no se aplica correctamente? La respuesta sin lugar a dudas plantea una cuestión compleja y digna de análisis. ¿Qué propósito tiene la libertad sindical si al momento en que surja un conflicto, éste va a ser muy complicado de resolver? El planteamiento de esta tesina justamente ataca a todas esas dudas y divergencias para de esa manera demostrar como el actual sistema de mediación en los conflictos colectivos no es aplicado tal y como la norma lo manda.

3.4. Principio de Irrenunciabilidad

SANTIAGO GUERRÓN AYALA nos presenta otro principio constitucional laboral muy importante que se refiere a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Podemos encontrar este principio en el artículo 326, numeral 2 de nuestra Constitución. Este principio radica en un mandato público en donde el Estado quiere proteger a los trabajadores de que éstos se vean desfavorecidos al momento de reiniciar o limitar algún tipo de derecho esencial para ellos. ALFREDO RUPRECHT nos plantea una óptica muy interesante que envuelve a este principio, y ella radica en la protección que brinda el Estado al trabajador, no solamente su empleador que podría convencerle de renunciar algún derecho, sino que inclusive va más allá y lo quiere proteger al trabajador de él mismo, para que en casos en donde se encuentre mal orientado, no tome decisiones que pueden ser perjudiciales para él mismo. Es una visión extremadamente apegada a la realidad debido que se enfoca en la situación complicada que algún individuo dentro del mundo laboral se puede

²¹ Cfr. H. PODETTI, Los Principios del Derecho del Trabajo, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/11.pdf>, Visitado el 30 de octubre del 2010.

encontrar y que muchas veces no sabe como reaccionar a momentos complicados.²² Se preguntarán ¿en que se relaciona esto con los argumentos de la presente tesina? La relación que existe radica en que el Estado se ha venido preocupando en todos los ámbitos posibles por la realidad que viven los trabajadores y su evidente posición de inferioridad con relación a su patrono. Dicho esto vemos que el Estado limita las propias potestades del trabajador y no le permite renunciar a ciertos derechos que son considerados esenciales. Si el Estado se ha tomado semejante responsabilidad es evidente que dentro de los procesos tales como la mediación en materia laboral colectiva, también toma un papel protagonista y debe ser el primero en precautelar ese derecho. Justamente los conflictos colectivos se podrían decir que tienen una especial relevancia ya que versa sobre intereses y derechos colectivos que a fin de cuentas afectaran a más personas. Bajo este principio de la irrenunciabilidad de derechos, el Estado está protegiendo aún más al trabajador, pero no puede hacerlo únicamente creando leyes y reglamentos sino que también tiene que estar al tanto de los procesos y métodos que resolverán esos tipos de controversias. El Estado no puede plantear que su protección y garantía de los derechos de los trabajadores se están cumpliendo por el simple hecho de formar parte de una ley o la misma Constitución. El Estado es absolutamente responsable de hacer cumplir dichos procedimientos sino simplemente las leyes pasan a ser letra muerta y justamente ese no es su propósito. A continuación seguiremos analizando otros principios constitucionales que demuestran la responsabilidad y el sentido garantista del Estado en torno a los conflictos colectivos laborales y sus procesos que permiten una resolución viable para los trabajadores y el patrono.

3.5. Principio de la Estabilidad Laboral

La estabilidad en la relación laboral es un tema que siempre genera la mayor cantidad de preocupación por las repercusiones que puede significar. Un trabajador siempre tiene la esperanza de durar en un trabajo con el fin de satisfacer las necesidades de él y de su familia. Ha generado tanta importancia el tema de la

²² *ibídem*

estabilidad laboral que inclusive la Declaración Universal de los Derechos Humanos la recoge en sus artículos 23 y 28 como pieza fundamental para el debido funcionamiento del derecho del trabajo.²³ Un personaje de nuestro medio jurídico muy importante es el Dr. Julio César Trujillo y nos trae a colación una definición del principio de continuidad en la relación laboral que reza lo siguiente:

El derecho que tiene el trabajador para conservar su puesto hasta cuando adquiera el derecho a la jubilación o a la pensión de invalidez, sin que antes sea lícito declararle cesante, a menos que concurran la causas taxativamente determinadas por la ley. La legislación positiva de los pueblos ha optado por dos caminos para garantizar a los trabajadores la estabilidad: en el uno se prohíbe simple y llanamente el despido del trabajador sin causa, y en el otro se trata de evitarlo mediante la condena al pago de indemnizaciones de parte del empleador que despide ilegalmente a sus trabajadores.²⁴

La definición es muy clara y expresa la importancia que radica debajo de este principio. Los trabajadores una vez contratados deben permanecer en su puesto de trabajo hasta el momento en que su capacidad física y mental los permita, o obviamente sin excluir las posibles razones por las que un empleador podría despedirlos siempre y cuando las razones se ajusten a la ley y sea por los medios establecidos anteriormente en las normas. Una vez entendido este principio podemos darnos cuenta el por que de su importancia y entender su rango constitucional. La Constitución en su artículo 326, numeral 1 establece que el Estado garantizará e impulsará el pleno empleo y combatirá en contra del subempleo y del desempleo. Es evidente como en este artículo se recoge el principio de estabilidad laboral, ya que si el Estado busca combatir el desempleo y el subempleo es por que lo hará mediante protección no solo a los habitantes que no gozan de oportunidades laborales, sino que también se enfoca en aquellas personas que si tienen actividad laboral y que la deben mantener siempre y cuando lo hagan de manera correcta y sin contravenir el orden público. Para relacionarlo directamente con el argumento de esta tesina vale la pena recordar que al momento en que se gesta un conflicto colectivo laboral, la estabilidad laboral ha perdido piso de cierta forma, la estabilidad laboral se encuentra en una situación especial con relación al trabajo y necesita garantizar su permanencia. La mediación a la que el

²³ R. CAPON FILAS, *Derecho del Trabajo*. Librería Editora Platense. La Plata 1998. pp. 777-778.

²⁴ J. C. TRUJILLO, *Derecho del Trabajo*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito 1986. pp. 207.

Estado está obligado a brindar para la resolución de los conflictos es vital ya que dentro de ella se enmarca el principio de estabilidad laboral. Así mismo, no olvidemos el status de la situación laboral de los trabajadores en conflicto colectivo y es que éstos han suspendido sus actividades sin todavía dar por finalizada la relación laboral, es por eso que con un reforzamiento en el aparato estatal para que la mediación mejore y verdaderamente se aplique, se logrará que los trabajadores reanuden sus actividades y el principio de estabilidad laboral sea real y aplicado. Es un principio verdaderamente importante en la realidad de nuestro País en donde muchas personas consideran que los trabajadores no tienen derechos y que se les puede tratar como a ellos les parezca sin tomar en cuenta los derechos y los procesos que deben ser respetados a favor de los trabajadores.

Si nos adentramos al tema que nos compete y analizamos este principio en los conflictos colectivos de trabajo y la mediación, encontramos una estrecha relación. Esta relación se enfoca en que al momento que se dan los conflictos colectivos hay una irrupción de la armonía laboral dentro de una determinada empresa o inclusive en la sociedad, es por eso que hay procesos y métodos por los cuales se tienen que ir resolviendo éstos conflictos para de esa manera reestablecer el orden laboral. El Estado está obligado a garantizar y proteger el principio de estabilidad laboral, es por eso que la mediación mandada por la ley debe funcionar tal y como se lo ha escrito sin ningún tipo de excepciones. Este principio nos sigue demostrando como el Estado tiene que preocuparse no solo de la generación de empleo, sino también de los procesos eficaces que protegen a la estabilidad laboral cuando ciertos conflictos pueden surgir, más aún si estamos tratando de conflictos colectivos en donde intereses y derechos colectivos se pueden ver afectados de manera irreversible. Una vez que hemos mencionado esto vale la pena remitirnos al artículo 555 del Código de Trabajo en donde se hablan acerca de las funciones que tiene La Dirección y Subdirección de Mediación Laboral. El desarrollo de este y de algunos artículos, lo encontramos en el Título IV sobre la organización, competencia y procedimiento, en el capítulo referido a los Organismos y Autoridades. Son seis las funciones que tanto la Dirección como la Subdirección tienen que cumplir en pos de la mediación laboral. La primera función es vital para un cumplimiento integral de las cinco funciones restantes, esto se debe

a que va enfocada a la elaboración, creación y ejecución de planes de contacto y comunicación entre trabajadores y empleadores para que de esa manera se vaya logrando un mejor entendimiento conforme pasan los meses y años de trabajo. La segunda función atañe directamente a nuestro tema ya que se refiere a la realización efectiva de la mediación obligatoria que en el Código de Trabajo se manda. La tercera función es muy importante, se refiere como la Dirección y Subdirección que hemos venido mencionando tiene que realizar la mediación previa en todos los conflictos colectivos de trabajo. Esta función nos demuestra claramente todo lo que hemos venido diciendo acerca de la responsabilidad que tiene el Estado de llevar a cabo este método alternativo de solución de controversias y que es una obligación a cumplir. La cuarta función introduce un nuevo concepto que es la negociación y como ésta debe ser utilizada para mejorar las condiciones de trabajo y las relaciones entre trabajadores y patronos. La penúltima función, al igual que las anteriores, busca el impulso de la mediación para resolver los conflictos y de esa manera evitar los procesos judiciales. Esta función busca una solución extrajudicial para que de esa forma las relaciones entre trabajadores y patronos no se vea afectada y en el futuro puedan seguir formando parte de una relación laboral estable. Finalmente, la última función enmarca una característica propia del Estado en donde se busca la cooperación y coordinación con las Direcciones Regionales del Trabajo.

3.6. Principio de la Justicia Social

El siguiente principio es sin lugar a dudas uno de los principios más importantes e interesantes que la doctrina nos puede presentar. Vale nombrar que dicho principio recoge a la mayoría de principios de manera general. Podríamos decir que en nuestra realidad de Neo-Constitucionalismo que vivimos hoy por hoy, es de aquellos principios que se encuentra regado a lo largo de nuestra Constitución en muchísimos temas y no únicamente en el ámbito laboral. El principio al que nos referimos es el de la justicia social como concepto. No podemos dejar de nombrar que es un concepto antiguo y que ha existido desde hace cientos de años, lo interesante del principio es que está en constante desarrollo. Trueba Urbina nos dice

que “la idea de justicia social no sólo tiene por finalidad nivelar a los factores en las relaciones de producción o laborales, protegiendo y tutelando a los trabajadores, sino que persigue la reivindicación de los derechos del proletariado”²⁵ Como podemos observar es un principio que se apega mucho a la realidad laboral que existe en todo el mundo, siempre los trabajadores se encontrarán en una posición de desventaja y es por eso que bajo este principio que busquen e implementarán procesos que ayuden a una realidad más justa. Es evidente como este principio apoya a nuestra idea planteada en la tesina en donde la mediación tiene que ser mejorada y aplicada de tal manera que contribuya a la mencionada justicia social. Tenemos que entender a esta justicia social como una realidad menos desfavorecida y con una mayor cantidad de derechos para los trabajadores. No olvidemos que los conflictos colectivos son formas de manifestación de los derechos de los trabajadores ya que conforme avanza la vida laboral, los trabajadores adquieren aspiraciones laborales y el medio para hacerlo son con los pliegos de peticiones. Si dichos pliegos no son respondidos afirmativamente pues entonces lo mínimo que debe existir es un método de solucionar dicho conflicto en donde ambas partes se vean beneficiadas. Justamente un método que plantea esa realidad es la mediación, y dicha mediación tiene que ser aplicada adecuadamente como se ha venido expresando. Al momento en que un Estado es responsable y garantista, plantea procesos de solución de conflictos en el sector laboral que protejan a los trabajadores y de esa forma aplica el mencionado principio de justicia social en el mundo del trabajo. Así mismo, no podemos dejarnos cegar por la idea de la justicia social perfecta, es importante atenernos a la realidad y lo que ella nos plantea, pero dentro de las imperfecciones se debe intentar con todos los esfuerzos, que dichos procesos de resolución de los conflictos se apliquen en su mayoría y no simplemente sean procesos en donde los trabajadores ni los empleadores confían. Existe una crítica importante al principio que en esta ocasión hemos desarrollado y se refiere a que debe ser un principio que necesariamente debe ser aplicado por el legislador y jamás por el juez. Esto es completamente entendible debido a que el juez tiene que ser imparcial, mientras que el legislador tiene que establecer normas que resuelvan

²⁵ A. TRUEBA URBINA, *Nuevo Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa. México 1977. pp. 258.

conflictos que se presentan en la realidad. Es por eso que actualmente en la norma del Código de Trabajo de nuestro país, no se está respetando este principio de justicia social ya que si bien existe la mediación y su forma de aplicación, en la realidad vemos una abismal diferencia ya que no se da o no se la aplica correctamente.

3.7. Principio de Colaboración

El principio de colaboración podría decirse que es uno de los principios más importantes y que apoya directamente a lo sostenido en esta tesina. El famoso doctrinario HERNÁNDEZ RUEDA nos plantea una definición muy completa y concisa que reza de la siguiente manera;

Este principio se basa en que siendo el trabajo humano el fundamento de la vida social, el trabajador y el empleador aunque con intereses y derechos opuestos en la relación del trabajo, concurren en la unidad de producción que es la empresa, debiéndose consideraciones y asistencia recíprocas a nivel de dirección, prevención y solución de conflictos y prestación de servicios.

La definición nos expone una visión altamente práctica y que desarrolla la importancia que radica en la buena relación entre trabajadores y empleadores. El principio de colaboración confía en la prevención y resolución de los conflictos de la mejor manera con el único propósito de que la empresa o la actividad comercial vayan por el camino más positivo y beneficioso para todos. Este principio demuestra lo valioso que va a ser tener un sistema de solución de controversias que no va a permitir que las actividades laborales se vean afectadas por largos períodos de tiempo. Al momento de implementar el sistema de mediación que tenemos en el País, y al momento de aplicar las normas referentes a la mediación en los conflictos colectivos laborales, estaremos cumpliendo con este simple pero básico principio que no busca nada más que el beneficio general de los factores de producción. Igualmente es un principio que se refleja claramente en la realidad agrícola-productora de nuestra país, que finalmente termina siendo una de las mayores fuentes de ingreso de la nación.

3.3.1. Conclusiones en torno a los Principios Laborales

A lo largo del análisis realizado acerca de los principios constitucionales y doctrinarios del derecho laboral podemos encontrar su relevancia en torno al tema de los conflictos colectivos laborales y como la mediación mandada por la norma no funciona. Así mismo, los principios nos demuestran la importancia que descansa sobre el Estado y su responsabilidad en torno a la protección y apoyo a los sistemas de solución de conflictos que tan comunes son dentro del mundo laboral colectivo. Estos principios son la base del derecho laboral no solo en nuestro País sino también a lo largo del planeta y no podemos dejarlos a un lado al momento en que una realidad como la actual se nos presenta. No es posible que los métodos de solución de los conflictos colectivos, en este caso la mediación, no funcione tal y como se lo planteó desde un comienzo. La norma existe para cumplirse y no para tenerla sin uso. Sinceramente consideramos que las normas de nuestra Constitución y de nuestro Código de Trabajo si responden y están en la misma línea que los principios anteriormente mencionados, el problema radica en que al momento de plasmar la norma en la realidad hay otros factores que importan más o simplemente existen pasos que las propias instituciones del Estado y los agente gubernamentales no respetan. Es en ese momento en donde encontramos el grito de auxilio de este sistema tan venido a menos en los últimos años. Todos los principios analizados tienen una directa y estrecha relación con el mundo del derecho laboral. Otros principios están directamente relacionados con los conflictos colectivos de trabajo y la mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo y es ahí en donde se explica la razón de ser de nuestro análisis. Si bien hay otros principios que simplemente engloban el mundo del derecho laboral, todos forman parte de un mismo espectro y es por eso que vale la pena analizarlos y de esa forma tener un entendimiento integral de la problemática planteada. Se necesitan reforzamientos y soluciones que no necesariamente se encuentran en nuestra vasta legislación, es justamente en ese momento en donde el siguiente capítulo toma vida y nos demostrará como el derecho comparado y las legislaciones extranjeras nos plantean

opciones interesantes, y nos guían por el camino en donde el Estado tiene que responsabilizarse del proceso de mediación en los conflictos colectivos laborales.

CAPÍTULO IV

¿POR QUÉ FUNCIONA DE MANERA DEFICIENTE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO?

4.1. Antecedentes de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo en la Legislación Ecuatoriana

Antes de iniciar el análisis correspondiente a la deficiencia de nuestro sistema de mediación obligatoria en el ámbito laboral, considero que es de vital importancia observar hacia atrás y analizar los antecedentes de la mediación laboral dentro de la legislación ecuatoriana. Es importante anotar que el tema de la mediación laboral no

ha sido desarrollado de manera extensa, y es por eso que el catedrático Dr. Jorge Vásquez ha sido el que mayor análisis e investigación ha realizado en torno al tema.

En los países industrializados de América y Europa empieza a tomar fuerza la idea de que personas preparadas y estudiadas sean las encargadas de mediar dentro de los conflictos que se generaban entre los trabajadores y el empleador. No era un sistema en donde regía una organización y estructura delimitada pero sin embargo lograba los frutos requeridos; los conflictos colectivos de trabajo llegaban a su fin mediante soluciones que satisfacían a ambas partes, tanto a los trabajadores como al empleador o empleadores. Conforme pasaban los años, la OIT recomendó a todos los países miembros que tomen en cuenta medios efectivos para la solución de los conflictos colectivos de trabajo sin que la justicia ordinaria esté de por medio. Sin lugar a dudas era un paso importante dado que los métodos alternativos de solución de controversias no eran ni medianamente tan avanzados como los son hoy en día.²⁶

En el ámbito nacional, en el año 1973 se da un giro importantísimo en la mediación laboral. Se expide el Decreto Supremo No. 1334 mediante el cual el Ministerio de Previsión Social y Trabajo cambia de nombre a Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, y realiza cambios integrales en la estructura del Ministerio. Una de sus más importantes aportaciones es la creación de la Oficina de Mediación Laboral que brindaba servicios de mediación, conciliación y prevención en conflictos colectivos de trabajo. Sin lugar a dudas era un excelente comienzo para que los conflictos colectivos de trabajo se vean protegidos por un sistema estructurado para su efectiva solución. En el año 1975, la mediación en conflictos colectivos de trabajo había obtenido excelentes resultados y es por eso que los obreros y el sector empresarial depositaban enorme confianza en dicho proceso. En agosto de ese año, mediante la Resolución No. 428, la Oficina de Mediación Laboral pasa a un mayor grado de importancia y se la denomina Dirección Nacional de Mediación.²⁷ Vale decir que recién en la Codificación del año 1997, se institucionaliza la mediación en conflictos colectivos de trabajo, como un procedimiento obligatorio que ambas

²⁶ J. VASQUÉZ LÓPEZ., *Derecho Laboral Colectivo*. Editora Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador. 2010. pp. 186-187.

²⁷ *Ibidem*

partes deben cumplir con el fin de encontrar soluciones ágiles a los diferentes conflictos que podían generarse en la relación laboral.

4.2. Procedimiento de la mediación obligatoria en conflictos colectivos laborales

Si bien la hipótesis de la presente tesina busca encontrar el trasfondo del mal funcionamiento de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo, el acápite anterior y este se dedican a exponer los antecedentes y analizar el procedimiento llevado en nuestra legislación. Posterior a este análisis observaremos la realidad que se vive en nuestro Ministerio de Relaciones Laborales en torno a este tema de enorme importancia.

El catedrático Jorge Vásquez expone la importancia que existe en el trato directo de las partes frente al mediador encargado, y establece que dicho trato directo será uno de los ingredientes principales para obtener resultados favorables en dentro del conflicto colectivo laboral. El proceso inicia con la intervención de las partes, cada uno tendrá el espacio de exponer sus ideas y argumentos en torno a sus intereses. No olvidemos que se trata de un procedimiento abierto y sin formalidades establecidas anteriormente. Conforme avanzan las exposiciones de las partes, el mediador toma la palabra en los momentos claves con el fin de proponer una solución o de establecer bases en los temas donde más conflicto se genere. De esa forma las partes pueden adoptar ciertas medidas e ir encontrando una solución viable al conflicto que actualmente les aqueja.²⁸ Sin lugar a dudas este método aplicado de la manera que manda la ley y con el personal capacitado para llevarlo a cabo, siempre tendrá resultados positivos, el problema es que eso no sucede y lo establecido en la ley no es respetado. A continuación entraremos en el análisis profundo de la problemática expuesta en esta tesina.

²⁸ *Ibidem* pp. 190-191

4.3. Análisis jurídico

Se expuso la hipótesis acerca de que la mediación laboral obligatoria en conflictos colectivos de trabajo no funciona tal y como manda la ley y el resultado de eso es evidente al momento de verificar las cifras en torno a cuantos conflictos colectivos laborales llegaron a una solución en la etapa de mediación. La problemática engloba problemas de orden legal en el sentido de que el artículo 470 del Código de Trabajo no es cumplido de la manera en la que debería ser dada su correcta aplicación. El artículo 470 reza lo siguiente,

Art. 470.- Mediación obligatoria.- Si no hubiere contestación o si ésta no fuere enteramente favorable a las peticiones de los trabajadores, el inspector del trabajo remitirá todo lo actuado a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral respectiva, para que a través de sus funcionarios convoque a las partes cuantas veces considere necesarias, con veinte y cuatro horas de anticipación por lo menos, a fin de que procuren superar las diferencias existentes, dentro del término de quince días contados desde la fecha de inicio de su intervención. Este término podrá ampliarse a petición conjunta de las partes.

Si los empleadores no concurrieren en forma injustificada a dos reuniones consecutivas, terminará la etapa de mediación obligatoria y se remitirá lo actuado al inspector del trabajo, para que integre el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. En caso de que sean los trabajadores quienes no asistan injustificadamente a dos reuniones consecutivas, forzosamente se cumplirá el término de quince días señalado en este artículo, transcurrido el cual igualmente se remitirá el expediente al inspector del trabajo.

Las partes deberán concurrir a estas reuniones conforme a lo dispuesto en el artículo 476 de este Código. Quienes hubieren intervenido como representantes de las partes no podrán posteriormente ser elegidos como vocales ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje respectivo.

Si se logra un acuerdo entre las partes, éstas suscribirán un acta y terminará el conflicto.

Si el acuerdo fuere parcial se celebrará el acta correspondiente en la que constarán los acuerdos logrados y aquellos puntos que no han sido convenidos. Estos últimos serán sometidos a resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

Si no hubiere ningún acuerdo, el expediente con todo lo actuado y el respectivo informe se remitirán al inspector del trabajo que conoció el pliego de peticiones.

Si analizamos el artículo iniciamos observando que en caso de que el pliego de peticiones realizado por los trabajadores no sea aceptado enteramente por el empleador, el inspector del trabajo que conoció acerca del mismo tendrá que repetir todo lo actuado hasta ese momento a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral. Esta parte del inciso tiene mucho sentido y responde a las facultades que tienen los inspectores del trabajo dentro del Ministerio de Relaciones Laborales para cumplir con su labor, el problema inicia en la segunda parte del primer inciso cuando la ley hace alusión a que dicha Dirección o Subdirección de Mediación Laboral a través de sus funcionarios hará que las partes intervinientes del conflicto se reúnan cuantas veces considere necesario con el fin de darle una conclusión favorable al conflicto colectivo. La problemática aquí es que en la realidad la mediación no es llevada a cabo por el ente encargado de dicho proceso de solución de conflictos, sino que los mismos inspectores del trabajo realizan las mediaciones. El artículo 545 que trata acerca de las atribuciones de los inspectores del trabajo no incluye nada referido a las mediaciones obligatorias en caso de la existencia de un conflicto colectivo. El artículo del Código de Trabajo es el siguiente;

Art. 545.- Atribuciones de los inspectores del trabajo.- Son atribuciones de los inspectores del trabajo:

1. Cuidar de que en todos los centros de trabajo se observen las disposiciones que, sobre seguridad e higiene de los talleres y más locales de trabajo, establecen el Capítulo "De la Prevención de los Riesgos" y los reglamentos respectivos;
2. Cuidar de que en las relaciones provenientes del trabajo se respeten los derechos y se cumplan las obligaciones que la ley impone a empleadores y trabajadores;
3. Efectuar las visitas a las que se refiere el numeral 5 del artículo 542 de este Código;
4. Cerciorarse, por los medios conducentes, tales como la revisión de documentos y registro de las empresas, la interrogación al personal de los establecimientos sin presencia de testigos, etc., del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias referentes al trabajo, y hacer constar sus observaciones en los informes que eleven a sus respectivos superiores jerárquicos;
5. Conceder o negar el visto bueno en las solicitudes de despido de los trabajadores o de separación de éstos, y notificar los desahucios, de acuerdo con las prescripciones pertinentes de este Código;
6. Intervenir en las comisiones de control;

7. Imponer multas de acuerdo con las normas de este Código; y,
8. Las demás conferidas por la ley y los convenios internacionales ratificados por el Estado.

Como podemos observar las atribuciones y potestades que tienen los inspectores del Trabajo nada tienen que ver con la figura de la mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo. Es evidente que esta situación representa un problema ya que si observamos y analizamos el artículo 555 del Código de Trabajo referido a la funciones que corresponden a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral, vemos que existe una interferencia de funciones entre dicho ente y lo que realizan los distintos inspectores del trabajo con relación al método alternativo de solución de conflictos que en este caso es la mediación. Al momento en que evidenciamos este problema de que los inspectores de trabajo lleven a cabo las mediaciones, entendemos la falta de organización estructural que tiene el Ministerio y el incumplimiento que se la da a la norma ya que realizan actividades que no son de su competencia. A continuación observamos el artículo referido a las funciones que tiene que cumplir la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral;

Art. 555.- De sus funciones.- Corresponde a la Dirección y Subdirecciones de Mediación Laboral:

- a) Elaborar y ejecutar programas de contacto entre empleadores y trabajadores, a través de sus respectivos organismos, encaminados a lograr un mejor entendimiento entre ellos;
- b) Realizar la mediación obligatoria conforme a lo previsto en este Código;
- c) Realizar la mediación previa a cualquier conflicto colectivo de trabajo;
- d) Impulsar la negociación colectiva y convertirla en medio eficaz para el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y empleo;
- e) Impulsar y propender al trato extrajudicial de los conflictos colectivos de trabajo, que tienda a aproximar las posiciones de las partes; y,
- f) Coordinar sus funciones y colaborar estrechamente con las Direcciones Regionales del Trabajo.

El artículo es claro frente a las funciones que dicha Dirección o Subdirección de Mediación Laboral tiene que cumplir y en ningún momento se menciona a los inspectores del trabajo como parte de su organización. Vale la pena hacer mención al literal a) y al literal e) ya que proponen situaciones verdaderamente interesantes y que sin lugar a dudas apuntan a la resolución de conflictos colectivos de trabajo de una manera más ordenada y eficaz. Inclusive el artículo demuestra el importante acercamiento a la mediación y a los principios de dicho método alternativo de solución de conflictos que ayudarán a las partes, en este caso trabajadores y empleador, a que puedan acercarse y mantener una relación laboral saludable. El problema de esos literales y del artículo en conjunto es que en la realidad no se cumplen ni se aplican a los conflictos colectivos de trabajo y menos aún logran que las relaciones laborales sean gestadas en mejores condiciones de trabajo. La elaboración de programas de contacto entre empleador y trabajadores no se cumplen dentro de nuestro Ministerio de Relaciones Laborales y esta realidad se evidencia en que la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral ni siquiera está operando desde hace cinco años atrás. Fue verdaderamente interesante analizar las respuestas del personal del Ministerio de Relaciones Laborales dado que nadie podía ser concreto al momento de presentarme cuales eran los programas de contacto entre trabajadores y empleadores. Tuve la suerte de que un día logré encontrar a la Directora encargada de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral y pudo finalmente confirmarme el hecho que desde hace cinco años dicho ente del Ministerio no estaba funcionando y que la razón se debía a que estaba atravesando un proceso de reestructuración que nos les permitía trabajar. Finalmente me dijo que desde hace un mes atrás las actividades van tomando fuerza. Vale recalcar que mi conversación sucedió el día miércoles 23 de febrero del 2011. Una vez que fui proporcionado con esta información, podía ya tener un entendimiento integral de por qué los inspectores del trabajo eran los encargados de llevar a cabo los procesos de mediación obligatoria mandada por el Código de Trabajo. El ente encargado de realizar las mediaciones en los últimos cinco años no había estado operando por lo tanto el Ministerio de Relaciones Laborales tuvo que acudir a medidas emergentes, dando paso a la intervención directa de los inspectores del trabajo en las mediaciones en conflictos colectivos laborales.

Sin lugar a dudas esta deficiencia estatal tiene consecuencias importantes en el medio laboral de nuestro país. Por un lado, las fuerzas que componen la relación laboral, es decir los trabajadores unidos en un sindicato o en un comité de empresa y los empleadores, se sentirán desprotegidos dado que el método obligatorio que propone el Código del Trabajo para la solución de las controversias, no tiene la capacidad para llevarlo a cabo de manera organizada y apegada a la ley. En el caso de los trabajadores sindicalizados o unidos en un comité de empresa, dicha desprotección les hará dudar en el valor que tiene el derecho sindical, lo que dicha deficiencia estaría atentando al derecho constitucional que tienen los trabajadores de unirse para un mayor equilibrio frente a su empleador. Frente al empleador, sin este método en pleno funcionamiento por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, no tendría forma de llegar a acuerdos razonables cuando se le presente un pliego de peticiones que podría afectarle gravemente a la rentabilidad del negocio en caso de que contenga peticiones exageradas.

Sin lugar a dudas, esta deficiencia estatal estaría violentando principios constitucionales del trabajo dado que es responsabilidad del Ministerio de Relaciones Laborales que la Dirección de Mediación Laboral funcione y ayude a los usuarios, es inadmisibles que se haya mantenido inactiva por tanto tiempo. Esta deficiencia genera que el mencionado Ministerio tenga una imagen completamente negativa y no inspira confianza en los usuarios del Ministerio. No podemos olvidarnos que la mediación también es una figura reconocida constitucionalmente y que no se la puede desconocer de la forma en la que el Ministerio de Relaciones Laborales lo ha hecho.

4.4. Las Cifras

Sin lugar a dudas las cifras obtenidas en el Ministerio referido anteriormente son alarmantes al momento de analizar la mediación como método de solución de conflictos colectivos de trabajo. Inicialmente es importante decir que no fue fácil obtener los resultados de las mediaciones dado que como vimos anteriormente, la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral no se encontraba en funcionamiento, por lo tanto las cifras y en general la documentación de archivo se

encontraban en completa desorganización. Tras semanas de investigación y pedidos puntuales de reuniones con agentes del Ministerio, tuve la oportunidad de conseguir una cita con el señor José Ignacio Carrasco que ocupa como cargo el de Inspector General y está a cargo de todo el departamento de Inspecciones laborales. Los resultados fueron sorprendentes debido a que en el año 2010 se realizaron 24 mediaciones laborales obligatorias por cuestión de conflictos colectivos de trabajo, y solamente una de aquellas mediaciones tuvo los resultados esperados. Cuando digo resultados esperados me refiero a que el conflicto colectivo de trabajo llegó a una solución si necesidad de acudir al Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Si estamos hablando de que solo una de las mediaciones realizadas concluyó con el conflicto colectivo de trabajo, de 24 mediaciones realizadas, vemos que el método de mediación satisfizo únicamente el 4.16% de los conflictos. La cifra es verdaderamente baja, al punto de que inclusive podríamos sostener que no sirve ni cumple con el objeto deseado.

Es evidente que el Código de Trabajo al implementar una institución, en este caso la mediación obligatoria como método de solución de conflictos colectivos laborales, espera o pretende que funcione como una herramienta eficaz y útil para que los conflictos antes mencionados no escalen y puedan resolverse en la instancia de la mediación. Sin lugar a dudas es una excelente iniciativa ya que los métodos alternativos de solución de conflictos han demostrado ser caminos viables para reducir el tiempo que se invierte en otro tipo de métodos más convencionales, el problema medular que hemos encontrado con el análisis de las cifras es que dicho método no ha sido aplicado de la manera correcta. Eso principalmente evidenciamos en la forma en la que se ha realizado la mediación dado que los inspectores del trabajo han sido los encargados de llevar a cabo este proceso, y no mediadores especializados en el tema. La especialización en materias profundas y que requieren de un grado alto de conocimiento, como es el caso de la mediación, es fundamental para que al momento de su aplicación haya la menor cantidad de errores posibles, y obviamente también que se logren los resultados deseados. Al momento de analizar las distintas situaciones que nos presenta el derecho comparado con relación a la mediación y su especialización, veremos a fondo la importancia que radica en esta última característica de la especialización. No se

puede pretender que los inspectores del trabajo logren realizar mediaciones satisfactorias si la realización de dicha actividad va más allá de sus facultades. Las cifras demuestran de manera contundente lo que hemos venido presentando como la problemática del asunto. Incluso un factor que va más allá de la teoría de cómo deben llevarse a cabo las mediaciones, y es el espacio físico para la realización de dicho método ya que es muy importante para que de esa manera las partes del conflicto se sientan cómodas y seguras al momento de encontrar soluciones a la controversia. Las mediaciones llevadas por los inspectores del trabajo se dan dentro de la oficina del Inspector General y evidentemente esa realidad conspira en contra de la verdadera realización del proceso de mediación obligatoria. No es necesario que se construyan verdaderas edificaciones destinadas únicamente a la mediación, pero por lo menos destinar oficinas medianamente grandes que sean utilizadas única y exclusivamente para las mediaciones obligatorias en los conflictos colectivos de trabajo, y evidentemente las partes del conflicto inclusive observarán de manera más seria al proceso de la mediación y se darán cuenta que es posible solucionar el conflicto en dicha etapa.

Para poder entender las cifras analizadas anteriormente, y una vez observado el trato que ha tenido la mediación dentro del mundo laboral colectivo sobretodo en cuanto a sus conflictos, es necesario irnos más allá de lo estrictamente jurídico y exponer las razones de índole humano que específicamente se refiere a las partes mismas del conflicto colectivo de trabajo. No podemos centrarnos únicamente en las dificultades que sufre el proceso en sí de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo, sino que también es importante observar el asunto social que engloba al tema.

Encontramos que las partes en el proceso de mediación en conflictos colectivos de trabajo, con esto nos referimos a los trabajadores y al empleador, no tienen esa habitualidad de creer que los mecanismos innovadores y eficientes pueden servir en pos de una solución para las controversias. Desafortunadamente en el Ecuador no se ha impulsado el conocimiento masivo de lo que son ni para qué sirven los métodos alternativos de solución de conflictos y evidentemente esta realidad se ve reflejada en la falta de confianza por parte de la gente en dichos procesos. La mediación obligatoria dispuesta por el Código de Trabajo en el ámbito

de conflictos colectivos no ha sido la excepción y es por eso que la gente se ve escéptica al momento de tener que cumplir con la etapa de la mediación. Es importante relacionar lo mencionado en líneas anteriores con la realidad observada en párrafos al inicio del trato de la problemática en donde se exponía el tema de que la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral no ha estado operando los últimos cinco años, por lo tanto los planes y proyectos que deben impulsar con el fin de que tanto trabajadores como empleadores, conozcan acerca de la mediación y los frutos que ésta puede brindar, se ven truncados y por lo tanto el conocimiento sobre dicho proceso de mediación es mínimo. Al momento en que la ley no se observa y las potestades, funciones y atribuciones de ciertos entes no se cumplen, el desenlace generalmente es negativo y tendrá repercusiones no solo a corto plazo sino que a largo plazo los contingentes serán aún peores. Si el ente encargado de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo no viene funcionando desde hace cinco años, no podemos pretender que los trabajadores y empleadores conozcan a fondo sobre el tema, y peor aún que confíen en sus resultados. Como hemos podido observar, el escepticismo de la gente va directamente relacionado con el incumplimiento de las funciones de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral por la falta de difusión que ha existido en torno al mencionado método de solución de conflictos. Veremos en los siguientes párrafos como ésta desafortunada realidad sigue impactando en otras razones por las que las cifras de solución de conflictos colectivos laborales a base de mediación, son tan poco convincentes y negativas para el sistema impuesto por el Código de Trabajo. De la misma manera, si se logra que funcione el proceso de mediación, las partes eliminarán un peso de encima e inclusive podrán mejorar en su relación laboral. No olvidemos que uno de los objetivos principales de la mediación es acercar a las partes y lograr que su comunicación e interacción sea lo más saludable posible.

Centrándonos en el empleador, encontramos razones de fondo que pueden ir más allá del incumplimiento generado por la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral y que son atribuibles completamente a la actitud y forma de manejar las relaciones con sus trabajadores por parte del empleador. En la gran mayoría de países, sin ser el nuestro la excepción, la figura del empleador es muy fuerte y dominante dentro de las relaciones de trabajo. No nos olvidemos que el origen

principal de los conflictos colectivos de trabajo y por ende el ante sala a la mediación obligatoria, es el pliego de peticiones presentado por los trabajadores asociados con el fin de obtener mayores beneficios de los que ya gozan dentro de su ámbito laboral. Ya hemos analizado que los conflictos colectivos de trabajo se caracterizan por nacer de aspiraciones que tienen los trabajadores frente a sus patronos, y evidentemente esta realidad no siempre interesa a los empleadores, e inclusive en otros casos va más allá del interés del empleador y radica en la imposibilidad por parte de éste debido a razones económicas o financieras de la empresa. El problema que enfrentamos es claro, los empleadores pondrán trabas al momento de otorgar nuevas aspiraciones que tienen los trabajadores y se suscitará el conflicto. Es importante entender la posición de los empleadores dado que no siempre se podrá aceptar las aspiraciones de sus trabajadores ya que perdería el sentido de su relación laboral. Es imposible obviar el hecho de que el patrono se encuentra en una posición de decisión más determinante frente a sus trabajadores y es por eso que en muchos casos no le conviene ceder si ya ha venido cediendo en ciertas ocasiones. Por otro lado, no es recomendable que un empleador mantenga un actitud cerrada y sin ceder, y por ende nunca satisfaga las aspiraciones de sus trabajadores ya que inclusive el nivel y el ambiente de trabajo no van a ser los mejores. Creo sinceramente que dentro de lo posible se tiene que mantener un sistema balanceado al momento de tratar estos temas siendo uno el empleador debido a que la relación laboral al igual que las relaciones humanas, no pueden basarse únicamente en lo que una de las partes quiere, siempre tiene que existir un equilibrio, en este caso el equilibrio se encuentra entre el capital y el recurso humano. Dicho esto, podemos una vez más mencionar el peso que recae en la falta de actividades por parte de la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral en el sentido de que no importa si existen razones de índole económica o razones un poco más prácticas dentro de la relación patrono y trabajadores, pero si los empleadores conocieran todo acerca de la mediación obligatoria, y estarían al tanto de los beneficios que esta puede ofrecer, la realidad sin lugar a dudas sería diferente. Inclusive estratégicamente sería importante que los empleadores se empapen del tema ya que sabrán en que ocasiones sentarse a mediar y en que otras simplemente no valdrá la pena. Sin ninguna duda un empleador que tiene una gran relación con

sus trabajadores y considera que las aspiraciones son un poco extralimitadas, al conocer acerca de los beneficios de la mediación obligatoria, confiará en dicho método y se sentará a mediar con el fin de seguir manteniendo esa buena relación y teniendo la oportunidad de mediar en torno a ciertas aspiraciones que considere que se encuentran fuera de sus límites. No olvidemos que una de las características principales de la mediación es su naturaleza de autocomposición, esto quiere decir que las propias partes inmersas en el conflicto serán las que encuentran una solución que satisfaga los intereses de ambos, sin olvidarnos que existe un tercero imparcial que puede ayudar a encontrar soluciones e inclusive proponerlas, pero nunca con el imperio de poder obligar a una solución. Para finalizar, puedo asegurar que los empleadores que conozcan a fondo acerca de este proceso de mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo mandada por el Código, aprovecharían sus beneficios con el fin de ahorrar tiempo en sus conflictos con los trabajadores e inclusive seguir manteniendo una buena relación con ellos y mejorar en su comunicación.

Una vez analizada la realidad de los empleadores dentro de la problemática de la mediación y los conflictos colectivos de trabajo, es muy importante observar la posición de la fuerza del trabajo que en este caso son los trabajadores. La posición de los trabajadores a lo largo de la historia ha sido básicamente la misma; una lucha constante por el respeto a sus derechos y una lucha a favor de mejorar sus distintas situaciones de trabajo. Claramente son dos visiones y aspiraciones muy válidas ya que forman parte inherente del ser humano buscar sobresalir y superarse dentro de cualquier ámbito en donde se desenvuelva. Dicho esto, podemos entender las explicaciones de orden social que nos fueron facilitadas por el Ministerio de Relaciones Laborales referidas a los trabajadores y su rol dentro de las mediaciones.

La experiencia de las mediaciones obligatorias en conflictos colectivos, nos dice que en repetidas ocasiones uno de los problemas más graves que enfrentan los trabajadores son sus exageradas aspiraciones y expectativas dentro del pliego de peticiones. Los inspectores del trabajo coincidían en que una de las razones principales de por qué la etapa de mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo no funciona es por el hecho de que los trabajadores no toman en consideración el contexto de su trabajo ni tampoco las posibilidades de su empresa.

Más de uno de los inspectores tuvo como experiencia que los empleadores estaban completamente prestos a sentarse y escuchar las aspiraciones de sus trabajadores y sobretodo entender los argumentos válidos detrás de dichos pedidos, y en la mayoría de las ocasiones los trabajadores simplemente solicitaban nuevos beneficios sin tener pruebas o razones sólidas que hubieran logrado que los empleadores los escuchen y los tomen en cuenta. Una vez que sucedía esto en la primera reunión, los inspectores notaban que dicha actitud exagerada y desmedida por parte de los trabajadores iba a ser la razón por la cual los empleadores no se presentaran para la siguiente convocatoria. No olvidemos que el propio artículo 470 del Código del Trabajo posibilita a ambas partes, tanto trabajadores como empleadores, a no concurrir a las reuniones convocadas para la mediación y de esa manera pasar a la etapa en donde se conforme el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Si bien existe esa posibilidad, no es un camino recomendable a tomar por parte del empleador dado que podría ser causal de huelga y otros problemas graves. Al tener la posibilidad de esto, los empleadores al notar que sus trabajadores no quieren sentarse y discutir acerca de sus aspiraciones de manera medida y entendiendo la relación laboral que los engloba, simplemente hacen uso de sus dos ausencias para de esa manera pasar al siguiente paso y casi no tomar en cuenta al proceso de mediación. Asimismo, existieron otros testimonios por parte de los inspectores del trabajo que presentaban una realidad diferente. Se dieron algunos casos en donde los trabajadores habían realizado un pliego de peticiones que respondía a las realidades del trabajo y que estaba dentro de las posibilidades de la empresa. El problema aquí presente fue que el empleador no quería escuchar de razones válidas y simplemente asistía a la primera convocatoria con el fin de informarles tanto a los trabajadores como al inspector del trabajo, que él no iba a sentarse a mediar absolutamente nada con los trabajadores y que la etapa de mediación básicamente no será tomada en cuenta. Los inspectores aseguran que el problema no solo se refería a que el empleador no consideraba adecuado ceder y otorgar todas las aspiraciones, ellos creen sinceramente que la falta de difusión acerca de la mediación y sus beneficios, y sobretodo la falta de especialización de las personas en la materia, son razones principales para la posición negativa de los empleadores. Los inspectores del trabajo sostienen que el hecho de informar adecuadamente a los

empleadores acerca del proceso de mediación obligatoria lograría enormes beneficios dentro de los conflictos colectivos de trabajo, así como también la designación a personas especializadas en la materia para que la lleven a cabo.

4.5. Conclusiones al funcionamiento deficiente de la Mediación Obligatoria en Conflictos Colectivos de Trabajo

Como hemos podido observar, las cifras en torno a los resultados que ha tenido la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo no son ni siquiera medianamente suficientes para sostener que el mencionado método tiene resultados positivos. Al contrario, considero que si de 24 mediaciones realizadas en todo el año del 2010, solo una de ellas logró que el conflicto colectivo llegue a su fin, es decir solamente el 4%, estamos frente a una propuesta presentada por el Código y el Ministerio de Relaciones Laborales que simplemente no funciona y que necesita cambios urgentes. Inclusive me atrevería a decir que muchas veces las cifras no siempre representan una realidad tan negativa, pero en este caso la realidad va más allá de eso y vemos que dicho proceso de mediación ni siquiera es llevado a cabo por el ente que debería realizarlo, sino por los inspectores del trabajo a quienes les ha tocado asumir atribuciones con el fin de suplir la falta de actividades de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral que suspendió sus actividades hace tanto tiempo. Independientemente de cuáles son las razones por las que dicho ente suspendió sus actividades, creo que la forma en la que se buscó una solución no fue la adecuada. Los inspectores del trabajo tienen sus días completamente llenos de labores y al hacerles responsables de un proceso más y de tal complejidad, creo que era evidente que no iba a funcionar de una manera comprometida. Es importante observar la importancia que radica en la falta de activación de las labores por parte de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral, ya que como observamos en el análisis, de ellos depende mucho que tanto los trabajadores como los empleadores conozcan acerca del proceso de mediación y sus beneficios, tanto con lo referido al conflicto colectivo, como también los beneficios de orden laboral al mejorar sus relaciones de trabajo. No podemos dejar de un lado que siempre existirán impedimentos que atañen directamente a la figura del empleador y a la figura del

trabajador, como vimos hay ocasiones que sus distintas naturalezas se convierten en los obstáculos para que funcione la mediación. Pero no por esta realidad el Ministerio de Relaciones Laborales se puede dar el lujo de mantener un método de solución de conflictos extremadamente deficiente y que no cumple con el objetivo por el cual fue creado. Fue verdaderamente interesante escuchar de cada uno de los inspectores con los que tuve la oportunidad de conversar, incluyendo al Inspector General, que la mediación debería ser re potenciada en el ámbito laboral con el fin de que los conflictos colectivos lleguen a acuerdos en esa etapa y no se tenga que formar un Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Ellos coincidían con la premisa que yo sostengo y que se las presenté en torno a que la mediación obligatoria en conflictos colectivos debe ser llevada a cabo por especialistas en el tema y que el ente encargado debe cumplir con las atribuciones previstas en la Ley cuando se refiere a la creación, implementación y difusión de proyectos que acerquen a los empleadores más a sus trabajadores y estén al tanto de procesos alternativos de solución de conflictos. De la misma manera, los inspectores tuvieron quejas en torno al espacio físico que tienen para la realización de las mediaciones, ellos consideran completamente viable el hecho de tener oficinas destinadas únicamente para eso, y que inclusive empezando por ahí, la mediación se tornará en un proceso más serio y será tomado en cuenta de la forma que debe ser.

CAPÍTULO V

LA MEDIACIÓN Y SU TRATO EN EL DERECHO COMPARADO: SISTEMAS Y VISIÓN DENTRO DEL ÁMBITO LABORAL

Una vez que hemos analizado el trato de la mediación dentro de la legislación Ecuatoriana al igual que los conflictos colectivos laborales, pasamos a un análisis de los principios más importantes del derecho laboral, tanto en el ámbito constitucional como en la doctrina mundial. No olvidemos que el análisis de los principios del derecho laboral tenían como fin el de apoyar a la argumentación que sostiene esta tesina relacionada con la implementación y cumplimiento del proceso de mediación dentro de los conflictos laborales y como el Estado es el encargado de esta tarea. Asimismo fuimos exhaustivos al momento de demostrar y analizar como el sistema de mediación obligatoria en conflictos colectivos laborales no ha venido funcionando en los últimos años exponiendo la cifras de resultados en torno al dicho método de solución de controversias Hemos hecho hincapié en la importancia de la especialización de las personas que lleven a cabo el proceso

mediador, inclusive expusimos la necesidad que el propio Ministerio de Relaciones Laborales a base de sus inspectores, demostró en torno al tema de especialización en el tema. Una vez presentado ese análisis, pasamos a este capítulo en donde su finalidad es la de exponer los diferentes sistemas de mediación que se utiliza en distintos países para reforzar nuestro actual sistema y de esa forma contar con un sistema de medición obligatoria que realmente funcione.

Este cuarto capítulo tiene como principal propósito el de presentar los sistemas de mediación que existen y funcionan en varios países del mundo, para de esa forma entender y canalizar esos ejemplos para que puedan ser implementados o tomados en cuenta no solamente en nuestra normativa, sino que también es muy importante que en la práctica diaria de nuestro sistema se los aplique. No nos olvidemos que el Derecho como ciencia social es de aquellas que está en constante desarrollo y que por ésta razón es imposible imaginarla estancada y con una visión unidireccional. Dicho esto vale mencionar la importancia que existe en el análisis y la posible adopción que nos puede presentar el derecho comparado. Así mismo no podemos creer en la autosuficiencia jurídica y normativa, y es por eso que la investigación y estudio de otras legislaciones no hace nada más que enriquecernos y permitirnos desarrollar nuestro conocimiento jurídico a niveles que sean adecuados y que permitan una mejoría en nuestra situación nacional. Se analizarán los sistemas y procesos logrados en la Argentina, Chile, Colombia, España para de esa forma poder analizar varias opciones y distintos puntos de vista de la mediación y obviamente su enfoque en los conflictos colectivos laborales.

5.1. Argentina

Iniciaremos el análisis con la Argentina debido a su vasta experiencia y desarrollo en el tema de la mediación como método alternativo de solución de conflictos. Los muy reconocidos y famosos autores Elena Highton, Gladys Álvarez y Elías Jassan nos explican la historia y el presente de lo que es el sistema de mediación en la Argentina. Desde el año 1992 la Argentina ha venido institucionalizando a la figura de la mediación debido a que encontraron en ella una

forma más eficaz, más eficiente y menos costosa de solucionar los distintos tipos de conflictos que pueden aparecer en una sociedad tan diversa. Es muy interesante ver la reseña que nos plantean los autores Caivano, Gobbi y Padilla con relación al desarrollo que tuvo y ha tenido la Argentina en la mediación. En los años 1992 y 1993, Argentina enfrentó la necesidad y observó la importancia de tomar como decisión oficial que institucionalice la figura de la mediación. El Ministerio de Justicia estableció que era un interés nacional el que se estaba protegiendo y que por lo tanto ellos se harían cargo. El Decreto 1480/92 otorgaba las potestades al mencionado Ministerio de Justicia para que ellos formen proyectos legislativos y dicten normas reglamentarias con el fin de que la mediación se desarrolle de manera especializada. La importancia de este Decreto dio paso a la creación de un Cuerpo de Mediadores y a la implementación de un Plan Nacional de Mediación, con el fin de que la sociedad se de cuenta y conceptualice que existen otras maneras de solucionar conflictos que son más eficaces y más preocupadas de su economía. Una de las características más importantes en torno a la institucionalización de ésta forma alternativa de solución de conflictos, fue el hecho de conformar al Centro de Medición con abogados especializados y entrenados en mediación.²⁹ Lo rescatable e interesante de este gran desarrollo de la mediación es que provino de ideas conjuntas entre el Poder Judicial y el propio Poder Ejecutivo ya que se dieron cuenta de la importancia que radica en dicho proceso, es en ese preciso momento en donde se implementa el Programa Nacional de Mediación. Iniciaron con un programa piloto en el año 1993 en donde se creó un Centro de Mediación del Ministerio de Justicia ligado con los juzgados de primera instancia en temas civiles. Como podemos observar utilizaron el método más práctico ya que preferirían probar los resultados antes que simplemente iniciar un proceso formal en donde cualquier tipo de revés podía haber sido determinante. Al cabo de dos años se dieron cuenta que la mediación había servido para su propósito y que era momento de formalizarla y ponerla en práctica de manera general. El Poder Ejecutivo aprueba la ley llamada de “Mediación y conciliación” el 10 de Abril del año 1995. Es de vital importancia mencionar que uno de los principales antecedentes por los cuales la

²⁹ R. CAIVANO, M. GOBBI, R. PADILLA, *Negociación y Mediación, Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, AD-HOC, Buenos Aires, 1997, pp. 57-63.

República de la Argentina decide investigar y después implementar la mediación es por el sistema judicial caótico que se vivía en esos momentos. El sistema judicial se encontraba colapsado y se requería de una solución inmediata. Era evidente que la mediación no iba a ser la panacea para las soluciones al colapso judicial, pero sin lugar a dudas iba a representar una solución válida y sobretodo viable. En el proceso de investigación que realizó la Argentina, descubrieron que en otros países los sistemas alternativos de solución de controversias habían tenido gran acogida y habían representado una interesante solución a corto plazo, con vista a que la mentalidad de la sociedad se desarrolle para que a un largo plazo la mediación y otros métodos sigan funcionando en pos de ayudar al sistema judicial. La tarea no fue fácil, al contrario, el gobierno argentino tuvo muchas dificultades al momento de plantear y desarrollar esta idea debido a que no podían empezar desde cero sino que necesitaban alguna experiencia que les sirva para aprender. El Ministerio de Justicia manejado por el Dr. Carlos León, creó una Comisión de Mediación con el fin de que se realicen viajes a los Estados Unidos y de esa forma se adopten procesos y experiencias que el país del norte podía aportar. La Comisión fue conformada por jueces de primera y segunda instancia y también por abogados que creían en la mediación como una solución viable no solamente a los conflictos, sino que también como una solución al colapso judicial que se vivía. Una vez que, el proyecto piloto mencionado anteriormente, y la aprobación de la ley se dio, se pasó a la implementación de programas de mediación en distintos sectores de la sociedad. Sin lugar a dudas esto fue muy positivo ya que se empezaba a evidenciar la jerarquía que tenía la mediación y como ésta no podía simplemente ser conocida por el mundo de las leyes sino que toda la sociedad tenía que involucrarse de manera activa. El Poder Judicial de forma directa ordenó que los programas de mediación pasen a formar parte integral de las carreras universitarias ligadas a las leyes y la comunicación. Se formó un Cuerpo de Mediadores, y al cabo de poco tiempo ya estaba lista también la Escuela de Mediadores dirigida única y exclusivamente a la preparación y formación de las personas en el mundo de la mediación y sus procesos. El siguiente paso fue decisivo para la mediación en la Argentina y tiene que ver con el acercamiento que sucedió entre la embajada estadounidense y el gobierno debido a que pidieron apoyo ya que sabían que en la Florida había gente verdaderamente

especializada en el tema. El problema del colapso de los tribunales era de tal magnitud que cuando la Doctora Sharon Press visitó el país, delegados del Ministerio de Justicia, Colegio de Abogados, profesores de diversas facultades de Derecho y finalmente psicólogos, asistieron a semejantes conferencias con el fin de entender a fondo que era la mediación y cuales eran sus alcances. La Dra. Press era la directora del Centro de Mediación de la Florida. La Corte Suprema de la Argentina vio la necesidad de instruir a su gente con conocimientos de mediación y los enviaron con el fin de que se empapen del tema y puedan contribuir.³⁰

Uno de los momentos decisivos en torno a la mediación que se vivió en Argentina fue al momento en que el Poder Judicial envió el Poder Ejecutivo un proyecto de norma acerca de la mediación conformado por ocho puntos en donde se establecía la importancia de dicha norma y lo que debe existir en su contenido. Los ocho puntos eran los siguientes:

- a. La mediación pasó a un nivel de interés nacional.
- b. En segundo lugar se delimitó el ámbito de la mediación y se planteó que es un proceso confidencial, informal y voluntario en donde el mediador especializado no decide sobre el asunto sino simplemente ayuda y guía a las partes para que encuentren una solución. Así mismo se mencionó que la mediación será aplicable en conflictos judiciales y extrajudiciales y que el ámbito penal jamás podrá ser discutido en mediación.
- c. Se creaba el Cuerpo de Mediadores.
- d. Se solicitaba la creación de una nueva Comisión de Mediación con el fin de formalizar los centros.
- e. Existía una disposición en torno al proyecto piloto en el ámbito civil.
- f. Se le delegaba al Ministerio de Justicia para que ellos implementen el Programa Nacional de Mediación.
- g. Así mismo, ese mismo ministerio tenía que formular la normativa pertinente.

³⁰ G. ALVAREZ, E. HIGHTON, E. JASSAN, *Mediación y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 157-164.

- h. Finalmente se recomendaba a todas las municipalidades a que acojan este proceso por su enorme practicidad.

El profesor Bianchi nos comenta acerca de la ley 24.573, acerca de cómo los tres poderes del Estado tienen que encargarse de la mediación y su desarrollo. Establece que los tres poderes del Estado en división de sus funciones, tendrán que reglamentar, administrar y controlar todo lo relacionado con el sistema de mediación. Bianchi habla acerca de la responsabilidad que tiene el Estado argentino en llevar a cabo de manera eficaz el sistema de mediación. La reglamentación será encargada al Poder Ejecutivo y al Ministerio de Justicia de la Nación. La administración ha sido designada únicamente al Ministerio de Justicia. Dentro de la administración se encuentran funciones relacionadas con la estadística en torno a la mediación, también crear y percibir las multas cuando se infrinjan principios de la mediación, una función muy importante es aquella que se dirige a constituir y organizar el Registro de Mediadores y las facultades de los mismos. Finalmente, para realizar un control adecuado, se ha creado una Comisión de Selección y Contralor que tiene una composición participativa de los tres poderes del Estado, debido a que habrá dos representantes del Poder Legislativo, dos representantes del Poder Judicial, y finalmente dos representantes del Poder Ejecutivo Nacional. Toda la Comisión de Selección y Contralor, estará encargada de controlar el funcionamiento del sistema de mediación argentino y de esa forma obtener los resultados esperados en torno a la resolución alternativa de los conflictos.³¹ Como podemos observar, cada autor y analista de la medición en la Argentina tiene su óptica y desarrolla e investiga las partes más importantes y pertinentes. Bianchi es claro al momento de establecer la obligación gubernamental al momento de plasmar la mediación en la realidad como un método eficaz para la solución de controversias. Lo sostenido en esta tesina apunta directamente a lo que los anteriores autores mencionan en torno a la responsabilidad del Estado cuando se trata de la mediación, no únicamente en los conflictos colectivos laborales sino en general en la figura extensa de la mediación.

³¹ R. BIANCHI, *Mediación prejudicial y conciliación*, Zavalía S.A. 1996, Buenos Aires-Argentina, pp. 205-220.

Mencionamos anteriormente el Decreto 1480/92 y ahora expondremos una pequeña reseña de lo que dicho Decreto establece en torno al proceso de mediación en la Argentina. El Decreto 1480/92 dictado en la hermana República de la Argentina establece que el informalismo es una característica reinante dentro del proceso de mediación ya que de esa manera las partes se enfocan al ciento por ciento en el proceso y dejan de un lado cualquier procedimiento que pueda traer trabas al asunto. Así mismo, el Decreto reza que son necesarios límites mínimos de administración y organización para que el procedimiento cumpla con sus fines en torno a los conflictos. Lo importante del procedimiento en la Argentina es que las partes de forma voluntaria acudirán a donde un mediador por que confían en que el podrá ayudarle en la búsqueda de una solución que seguramente no tomará demasiado tiempo y que logrará satisfacer sus intereses. Es importante analizar como en el mencionado Decreto claramente se establece que el mediador no existe ni tiene como objetivo solucionar el conflicto, el simplemente es una herramienta que ayuda a encontrar soluciones que nacen de las partes, de esa manera la responsabilidad recae sobre ellos y nadie más.³²

Todo lo anteriormente expuesto demuestra como se logró implementar la mediación en la Argentina, es evidente que con el paso de los años el Cuerpo de Mediadores y la Escuela de mediadores, así como la mediación en general fueron tomando mayor fuerza y se han desarrollado de manera muy positiva. Fue y ha sido un proceso largo pero que finalmente contribuyó de manera importante al problema del colapso judicial.

En la actualidad, Argentina ha promulgado la Ley N° 26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010 a través del Decreto Nacional N° 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial. Sin lugar a dudas esta Ley es el resultado de decretos y leyes anteriormente analizados y mencionados y demuestra la importancia que dicho método alternativo de solución de controversias ha llegado a tener. Para sustentar una vez más la importancia que radica en la especialización de los mediadores para llevar a cabo dicho proceso,

³² DECRETO 1480/92

observamos una parte de la Ley que se refiere al tema. La ³³Comisión Nacional de Acceso a la Justicia Argentina establece lo siguiente con referencia al articulado de la mencionada Ley;

Quienes sean mediadores debe cumplir con los siguientes requisitos: ser abogado, con tres años de experiencia; acreditar la capacitación que exija la reglamentación, haber aprobado un examen de idoneidad; estar inscripto en el Registro Nacional de Mediación y cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente. La norma establece la posibilidad de elegir mediador sin recurrir al sorteo.

Como podemos observar, la especialización es vital para llevar a cabo la mediación en todo tipo de conflicto que se suscite. De la misma forma, la Ley No. 26.589 excluye a pocas ramas en donde la mediación no será aplicable y nombra especialmente a los conflictos familiares y a los conflictos colectivos dado su enorme generación a lo largo de todo el país. Dentro de los conflictos de trabajo hace referencia a los conflictos colectivos laborales, y como éstos deben siempre deben agotar esta importante etapa.

La mediación en la Argentina inició con casos familiares y casos patrimoniales pequeños. Se inició de esa manera debido a que no se confiaba ciegamente en el sistema y todavía existían procesos y pautas por mejorar, pero al cabo de ver los resultados favorables y al ver que el nivel de trabajo de los juzgados disminuía, el ámbito de la mediación fue creciendo para solucionar otros temas jurídicos. Justamente en ese momento empieza la mediación a adentrarse en los temas laborales y de forma específica en los conflictos colectivos laborales. Sin lugar a dudas fue una respuesta a varios problemas que surgían de dichos conflictos.

5.2. Chile

En el hermano país de Chile el arbitraje y la mediación toma fuerza en el año 1968 y se dedica principalmente a asuntos comerciales. Conforme pasan los años, la mediación y el arbitraje se dedican a temas como el Servicio Social de la Mujer y del

³³ Ley N° 26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010 a través del Decreto Nacional N° 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010

Menor. Como se mencionó anteriormente en la Argentina, vemos que en Sur América los temas familiares inician siendo los primeros asuntos en donde se aplica y ejecuta la mediación. Este es un rasgo altamente entendible debido a que nuestras sociedades se caracterizan por ser caóticas en muchos sentidos y justamente el tema familiar y el asunto de los menores son y han sido espacios con muchos problemas y complicaciones.³⁴

Para efectos de esta tesina analizaremos la situación de Chile en torno a la mediación y su aplicación en el ámbito laboral. Lo que expondremos a continuación nos demuestra el positivo avance y desarrollo que tiene el modelo de mediación laboral en Chile y nos da las pautas de lo que se debería hacer en nuestro País apoyando lo que se sostiene en esta tesina referido a que la mediación no ha venido funcionando por el actual sistema tan venido a menos en su practicidad y también como es responsabilidad estatal su buen funcionamiento dentro del ámbito laboral. La información proviene de datos recogidos por el Gobierno y la Dirección de Trabajo de Chile.

Se inicia por establecer que la mediación laboral es un modelo para solucionar los conflictos que se generen ya sea entre trabajadores y patronos o también en los posibles casos de conflictos entre trabajadores o entre empleadores. Lo que se busca es que un tercero imparcial ayude a que las partes dentro del conflicto laboral se acerquen y mejoren su comunicación para que de esa forma las mismas partes dentro del conflicto puedan encontrar una solución viable y que satisfaga ambas pretensiones. La Dirección del Trabajo, un brazo gubernamental encargado de todos los temas laborales cuenta con equipos de funcionarios que están especialmente capacitados en mediación para que a lo largo de todo el país se encarguen de resolver los conflictos colectivos laborales de la mejor manera para que así el ambiente laboral se reincorpore y hayan beneficios para los trabajadores y los empleadores. Como podemos observar, en Chile se hace hincapié en la especialización de las personas para que éstos puedan ser los verdaderos encargados de llevar un proceso de mediación. En el Ecuador vivimos la complicada realidad en donde los mediadores son los propios inspectores del trabajo sin ningún tipo de

³⁴ E. HIGHTON, G. ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos* AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1998, pp. 155-156

especialización ni capacitación en mediación. Una vez más se evidencia como la preparación es el verdadero camino para obtener resultados de calidad en temas jurídicos y de solución de conflictos. La Dirección de Trabajo de Chile ha establecido que uno de los principales objetivos de la mediación en conflictos colectivos de trabajo es que se genere una cultura de diálogo y acercamiento entre los trabajadores y patronos. Así mismo se pretende que se encuentren soluciones amistosas y razonables a los posibles conflictos colectivos que puedan surgir en una relación laboral colectiva.

Por otro lado, la misma Dirección de Trabajo nos expone siete ventajas que trae y ha traído la mediación laboral en los conflictos colectivos. Las ventajas son las siguientes;

- Es un proceso completa y enteramente voluntario en donde las partes deciden si se mantiene dentro del proceso o si simplemente lo dejan. Así mismo esta ventaja se refiere a que dependerá de las partes y su ambición por mejorar la relación laboral y por ende terminar el conflicto sin que ningún ente externo presione durante el proceso.
- La segunda ventaja tiene que ver con la gratuidad del proceso. Inclusive esta ventaja suena irreal debido que estamos tratando en un país Sudamericano, pero es cierto y esto se debe a la increíble organización gubernamental que tiene el estado de Chile. Se evidencia la buena dirección que se le da a los impuestos y sobretodo las ganas de que Chile se convierta en un país que confía más en procesos razonables que solucionan conflictos en el menor tiempo posible y de la manera más eficaz.
- La tercera ventaja se refiere a uno de los principales problemas que atacan a nuestra sociedad y es acerca del costo social que otorgan las relaciones laborales desmejoradas por la cantidad de conflictos existentes. La mediación laboral se ha demostrado ser un método efectivo para contrarrestar el costo social que los conflictos colectivos laborales generan.
- El respeto mutuo entre trabajadores sindicalizados y su patrono o patronos es importantísimo para el desarrollo laboral y justamente esta es una

ventaja que trae la mediación laboral por su importante enfoque en el mejoramiento de la comunicación en los conflictos colectivos laborales.

- Por otro lado, la mediación laboral ha traído un notable mejoramiento en las relaciones laborales debido a que los conflictos colectivos, aparte de aportar con piezas negativas, también han servido para que las relaciones laborales colectivas encuentren una oportunidad de mejorar y mantener una relación más sana.
- La sexta ventaja se relaciona y va de la mano con la primera ventaja que mencionamos anteriormente y se refiere a la actuación activa de las partes dentro de la mediación al momento de encontrar soluciones para su conflicto colectivo.
- Finalmente, la séptima ventaja que la Dirección del Trabajo nos expone tiene que ver con la existencia de transparencia en la comunicación entre trabajadores y empleadores. Sin lugar a dudas esto es muy positivo ya que servirá para evitar conflictos colectivos en el futuro.

Es importante hacer la acotación de que en Chile la obligación en conflictos colectivos de trabajo es completamente voluntaria, independientemente de que en nuestra legislación dicha etapa mediadora sea obligatoria, vemos que allá sin ser obligatoria muchos acuden a ella ya que ha tenido la difusión suficiente y ha cumplido con los objetivos por los cuales fue creada.

Una vez expuestas las ventajas es muy importante mencionar las materias laborales en las cuales la mediación puede ser parte de. La Dirección del Trabajo chileno nos dice que;

Pueden tratarse en mediación laboral, conflictos relativos a jornadas de trabajo, cambios de turno, reglamentos internos, prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva, climas laborales e interpretación de cláusulas de contratos, siempre que afecten a un colectivo de trabajadores(as).³⁵

³⁵ http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles89181_recurso_1.doc. Octubre 13 del 2010.

Como podemos observar la mediación se dedicará a los puntos más relevantes en torno a los conflictos colectivos y de esa manera ayudará de forma integral para que dichos conflictos sean resueltos en tiempos razonables.

El acceso en Chile a este importante servicio es muy fácil y conveniente. Cualquiera de las dos partes dentro del conflicto, ya sean los trabajadores organizados o el propio empleador, podrán acceder a la mediación laboral acudiendo a la Dirección Regional del trabajo que contiene centro a lo largo de todo el territorio nacional, con mediadores especializados para que les guíen en su proceso y puedan solucionar los conflictos.

Como hemos podido observar el sistema de mediación en Chile data desde hace mucho tiempo atrás lo que significa que son un país experimentado en el tema y que por lo tanto ha sabido confiar en dicho proceso. Así mismo, observamos que la mediación en el ámbito laboral está altamente desarrollada y avanzada por que saben que es un deber y una garantía que el Estado debe ofrecer a todos los trabajadores y empleadores. En la Constitución chilena se recogen varios principios del derecho laboral y que en temas de conflictos la mediación es de una las salidas que más ventajas ofrece. La sociedad y mentalidad chilena ha encontrado en la mediación una herramienta de alta utilidad para la resolución de los conflictos colectivos y también han sabido darse cuenta que es un deber estatal el hecho de brindar centros especializados de mediación gratuitos sin que exista intervención directa del ámbito privado. No olvidemos que el trabajo dentro de nuestro continente ha sido siempre un tema de conflicto y un tema importante para los gobiernos, es por eso que el propio Estado tiene que encargarse de brindar procesos eficaces y ventajosos para que el trabajo sea una realidad sin tantos inconvenientes. No podemos dejar de mencionar que el capital necesario para crear una red de centros de mediación privada sería muy alto y por lo tanto no respondería a la realidad Latinoamericana.

5.3. Colombia

En la hermana República de Colombia encontramos un sistema de mediación muy marcado y desarrollado desde hace varios años. Es preciso expresar que en la nación colombiana, al igual que en la nuestra, el sistema judicial ha experimentado grandes problemas debido a la enorme cantidad de trabajo que nuestros juzgados tienen. Debido a este problema y debido al estudio de las personas involucradas, en temas sobre como mejorar la eficacia de los procesos es que aparece la mediación como un medio importante al momento de dirimir conflictos de toda clase. El año 1991 fue un año de enorme importancia para la vida futura de Colombia, especialmente relacionado con el tema de los métodos alternativos de solución de conflictos. El Congreso Nacional promulgó la famosa Ley 23 en donde se creaban y desarrollaban varios métodos y mecanismos alternativos para lograr una verdadera justicia. En esos momentos la justicia en Colombia se encontraba altamente congestionada y el proceso judicial común no estaba cumpliendo a cabalidad con su objetivo.

Enfocándonos en la mencionada Ley, es importante mencionar que los Centros de Mediación creados estaban bajo la constante tutela del Ministerio de Justicia. El Ministerio se encargaría del funcionamiento de dichos centros así como también de su composición. Inclusive en caso de que los mediadores designados estén obrando de manera fraudulenta, el Ministerio sería el encargado de proponer los castigos y penas correspondientes. La Ley 23 era sin lugar a dudas una normativa completa con vista a mejorar el futuro judicial de Colombia, es por esto que la mencionada ley mandaba a que todas las Universidades que tuvieran una facultad de Derecho, organicen su propio Centro de Mediación para que de esa forma todos los estudiantes estén al tanto del tan reconocido mecanismo de solución de controversias. Debido a que estos centros formaban parte integral de la facultad, el servicio prestado de la mediación en sí, tenía que ser gratuito en todos los casos. Dentro de la Ley se especificaba que todos los estudiantes que estén encargados del Centro de Mediación necesitaban ser especialmente capacitados como mediadores para desenvolver dicha actividad. El Estado se encargó de crear cursos y charlas especializadas para la asistencia de los mencionados estudiantes, así como también para cualquiera de los miembros activos del resto de Centros de Mediación de

Colombia.³⁶ Es importante apuntar que de los dos anteriores países que hemos analizado su sistema de mediación, vemos como en cada uno de ellos se establece el requisito esencial de la preparación especializada para las personas que estarán a cargo de la mediación en cualquiera de sus ámbitos. El Ecuador sufre terriblemente la realidad de tener un sistema de mediación defectuoso, y al mismo tiempo sufre el hecho de que la especialización en el tema no es una prioridad y debido a eso es que el mencionado mecanismo ha ido perdiendo fuerza en todos los temas que abarca.

Por otro lado, la Ley 23 establece las materias que podrían ser sometidas al proceso de mediación, y es en esta precisa sección en donde encontramos un campo común con lo establecido en la legislación ecuatoriana ya que se refiere a todas las materias que sean susceptibles de conciliación, desistimiento o transacción. Esto es entendible dada la naturaleza de la figura de la mediación.³⁷

El trámite de la mediación en Colombia no difiere de manera singular al ya mencionado por la doctrina y básicamente dispone que será un trámite confidencial. Así mismo se establece que será necesario que las partes completen un formulario en el Centro de Mediación con sus datos para que de esa forma al cabo de dos días hábiles, éstos sean otorgados un árbitro y llamados para su presentación en la primera audiencia. En la primera audiencia iniciará el proceso mismo de la mediación en donde el mediador intentará hacer que las partes se acerquen y ellos mismos encuentren una solución a su problema.

Frente a tema que analizamos en esta tesina, es necesario mencionar el trato de la mediación dentro de los conflictos colectivos de trabajo. Dicho esto tenemos que remitirnos a la Ley 712 del 2001. En la mencionada normativa se reconoce a la conciliación y a la mediación como medios eficaces para la resolución de los conflictos colectivos de trabajo. Ambos métodos pueden ser utilizados de manera voluntaria, o en ciertos casos la ley manda debido a que otros tipos de acercamientos han fallado y por lo tanto se confía en el sistema de mediación. Así como en anteriores ejemplos, la mediación la realiza mediadores especializados en

³⁶ G. S. ALVAREZ, *La Mediación y el Acceso a la Justicia*. Editorial Rubinzal. Buenos Aires 2003. pp. 120-126.

³⁷ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, ACALDIA MAYOR DE BOGOTÁ. *Módulo 6. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y el Mediador Comunitario*. Bogotá. Noviembre 2001. pp. 23-27.

temas laborales y mediación y son terceros que coadyuvan en la búsqueda de una solución en donde los trabajadores y empleadores se vean satisfechos. En torno a este tema se ve como en Colombia la mediación es altamente recomendada en conflictos colectivos laborales por su naturaleza en donde sus componentes son materia de transacción o desistimiento, y aparte en donde las partes logran verdaderamente acercarse y discutir sus diferencias a base de diálogo constructivo.³⁸ Como mencionamos en líneas anteriores, en Colombia la mediación en conflictos colectivos de trabajo es voluntaria en ciertas instancias y obligatoria en otras, la etapa obligatoria es cuando el conflicto colectivo ha escalado entre trabajadores y empleador y por lo tanto confían en que al sentarse a mediar la comunicación mejorará, dando paso a una verdadera solución del conflicto. Es parecido a lo que ocurre en nuestro País dado que aquí la mediación será tomada en cuenta si después del pliego de peticiones, el empleador ha decidido responder negativamente a alguna de las pretensiones, y podríamos considerar que al responder negativamente, el conflicto pasará necesariamente a nuevo nivel generalmente que complica más al conflicto.

Para concluir con el análisis del proceso de mediación en Colombia, es de vital importancia tomar en cuenta la figura de la mediación comunitaria que en la Ley 23 se plantea. La mediación comunitaria es un proceso informal y una herramienta social que permite a las personas de la comunidad a resolver sus conflictos de mediana relevancia, con la ayuda de un mediador designado por los jueces. Dichos mediadores actuarán conforme a equidad dado que los conflictos que se someten a este tipo de mediación no son de alta gravedad. Este servicio será gratuito en todos los casos, y el mediador encargado para realizar dicho proceso será preparado con anticipación de manera especial. Es evidente que la justicia ordinaria no tendrá absolutamente nada que ver con este método de mediación. El mediador comunitario lo hará de manera voluntaria, gratuita y generalmente será aquella persona que es reconocida por su comunidad debido a que tiene características únicas y también por sus calidades personales. De la misma manera, independientemente de que en la mediación comunitaria se traten temas de

³⁸ LEY 712, 2001.

relevancia menor y que atañen más a comunidades específicas, solo podrá operar en temas en donde la transacción, el desistimiento y la conciliación tengan cabida.³⁹

5.4. Venezuela

En Venezuela desde hace aproximadamente unos 15 años, se viven momentos importantes de transición y cambios en un sinnúmero de ámbitos. Así mismo es vital referirnos a que muchos de éstos cambios se deben a la transformación política que viene viviendo desde la aparición del actual presidente Hugo Chávez Frías. Dicho esto, y frente al tema que nos compete, no podemos dejar de mencionar que la mediación ha sido un tema tomado en cuenta y en el cual se han dado varios avances. Desde hace 3 años aproximadamente, en Venezuela se ha venido discutiendo la posibilidad de crear y tener una Ley de Mediación, debido a que actualmente y desde hace varios años atrás, la mediación ha sido una figura existente y vigente, pero únicamente desarrollada en cuerpos normativos de índole comercial, laboral y familiar. Hoy por hoy, Venezuela no cuenta con una Ley de Mediación a diferencia que la mayoría de los países de Latinoamérica, pero su discusión y necesidad ha venido creciendo en los últimos meses debido a su utilidad al momento de resolver conflictos. En Venezuela se tienen varios proyectos sobre la ley de mediación, y la importancia ha radicado en que la mediación ha demostrado ser un método útil para que las personas encuentren espacios de dialogo, se acerquen y de esa forma puedan solucionar sus controversias de la manera más constructiva posible. Por otro lado, en temas familiares y laborales la mediación ha sido utilizada de manera eficaz y el porcentaje de soluciones de conflictos a raíz de la mediación ha sido muy alto. Por todas estas razones y por otras que a continuación nombraremos es que la sociedad venezolana se ha visto frente a la necesidad de promulgar una Ley de Mediación con el fin de normar y regular a fondo una institución tan importante dentro del mundo del conflicto. Una importante opinión que defiende y apoya la Ley de Mediación proviene de la Dra. Diana Droulers,

³⁹ UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ. *Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador*. Santafé de Bogotá. Abril 2002. pp. 6-8.

Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Caracas que manifiesta lo siguiente; “La tendencia en Latinoamérica es “todo necesita Ley” y el principio general es “desconfiamos de todos”, por lo cual la mayoría ha adoptado leyes de mediación cuyo propósito fundamental es otorgar a los acuerdos de mediación (actas suscritas al termino de la mediación) los efectos de una sentencia”⁴⁰ Es evidente que dicha opinión es muy apegada a la realidad latinoamericana en el sentido de que si las normas no existen, las personas tienden a actuar de cualquier forma y no tomar en cuenta ciertas prácticas que pueden ser positivas debido a que no se encuentran escritas en una ley. La segunda parte de la opinión recoge una situación muy importante referente al resultado en sí de la mediación y tiene mucho sentido ya que las actas de mediación si deben tener un carácter de sentencia o laudo para que de esa forma verdaderamente se obtenga el fin de un conflicto y la realidad de una solución. Sin lugar a dudas al hacer positiva la figura de la mediación, se le está otorgando una importancia particular y los resultados tomarán más fuerza en la práctica. Uno de los temas más importante que debemos mencionar, es la importancia que la misma Dra. anteriormente mencionada, se refiere a la especialización de los centros y las personas que llevarán acabo la mediación en cualquiera de los ámbitos. Una vez más podemos evidenciar como se le toma a la especialización de la mediación como una parte medular al momento de aplicar dicho método alternativo de solución de controversias, contrario a lo que sucede en nuestro País en donde existe una norma, se la regula, pero en temas laborales la mediación no cuenta con gente especializada ni peor centros especializados para llevar acabo dicho proceso, no olvidemos que en los últimos cinco años, el Ministerio de Relaciones Laborales mantuvo su Dirección y Subdirección de Mediación laboral en stand-by y ningún conflicto colectivo pudo resolverse debido a esto. No se le da la importancia que merece ni se lo norma de tal manera que su aplicación sea seria.

Para enfocarnos en el tema principal de ésta tesina, abordaremos el análisis realizado por Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia acerca de la mediación y su papel dentro del mundo laboral. El Magistrado Juan Rafael Perdomo, de manera

⁴⁰ <http://www.adrr.com/camara/venezuela.htm>. Noviembre 9 del 2010.

general se refirió a que le mediación ayudó a que se cumplan ciertos principios constitucionales tales como, la celeridad procesal y la oralidad en los procesos. De manera más específica, el Dr. Perdomo se refirió que en lo laboral el empleador y los trabajadores se han visto beneficiados por el hecho de que el conflicto toma mucho menos tiempo en resolverse de lo que anteriormente sucedía. Dijo que todos los conflictos colectivos que radican en intereses económicos pueden llegar a acuerdos de manera más eficaz y manteniendo a ambas partes satisfechas, y sobretodo aportando a la economía empresarial. Un momento cumbre en su opinión fue al referirse a como en años anteriores los conflictos tomaban más tiempo debido a los procesos antiguos, llenos de formalidades que no permitían una solución ágil. Frente a este tema, acreditó de manera particular a la especialización de los centros y de las personas que llevan a cabo la mediación en los conflictos colectivos de trabajo. Existe una cifra impactante que nos presenta el Magistrado Alfonso Valbuena con referencia a la mediación y su efectividad en torno a los conflictos colectivos laborales. Antes de que se expida la Ley Orgánica Procesal de Trabajo los conflictos llegaban a escalar de tal manera que se requería de juicios que tardaban de 4 a 7 años en resolverse, pero desde que entró en vigencia dicha norma, la mediación ha logrado que el 87% de los conflictos se resuelvan en menos de 4 meses y con desenlaces mucho más favorables para el trabajo y su importancia dentro de la sociedad. Como podemos observar, la mediación no solo aportó para la celeridad en conseguir soluciones a los conflictos de trabajo, sino que también logra soluciones amistosas y permite relaciones de trabajo más sanas y fructíferas para el futuro. Finalmente el mismo Magistrado mencionó la importancia que radica en el resultado de la mediación en el sentido de que las partes son las que encuentran la solución y ningún tercero es el que decide, el mediador únicamente logra que las partes se acerquen y propone distintas posibles soluciones para de esa forma exponer un punto de vista desde afuera del problema. Al momento en que el empleador y los trabajadores llegan a un acuerdo por medios propios, su comunicación va a haber mejorado notablemente y sin lugar a dudas eso apoya a la productividad de la empresa.⁴¹ Con esta conclusión del mencionado Magistrado,

⁴¹<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=3159>. Publicada el 12 de Mayo del 2006. Noviembre 2 del 2010.

evidenciamos una vez más la naturaleza de autocomposición que envuelve a la mediación.

5.5. Estados Unidos

Iniciaremos con la historia detrás del sistema de mediación que apareció en el país del norte hace muchos años atrás. Las famosas autoras HIGHTON y ÁLVAREZ se enfocan en los comienzos de la mediación en los Estados Unidos, de esa forma podemos analizar los orígenes de la materia en dicho país. Los colonizadores, puritanos y cuáqueros holandeses cuando arribaron a lo que conocemos hoy como Estados Unidos, fueron pioneros en la utilización de la mediación para resolver sus distintas formas de conflictos. Ellos veían al sistema judicial como su último recurso ya que sabían que tomaría más tiempo resolver sus conflictos. En 1636, al sudeste de Boston se crea un sistema informal de mediación con el fin de resolver los conflictos.⁴² Conforme fueron pasando los años, la mediación va tomando fuerza en temas comerciales debido que en dicha rama es en donde más conflictos surgen. En el año de 1768 la Cámara de Comercio de Nueva York es la encargada de iniciar los procesos de arbitraje y poco a poco la mediación empieza a tomar fuerza y se la toma en cuenta de forma integral. Para el año 1913 la mediación ya pasa a formar parte de los conflictos colectivos de trabajo debido a que durante la Revolución Industrial la violencia y las huelgas laborales eran situaciones diarias. La gente empezó a darse cuenta lo costoso que podía llegar a ser el paro de las actividades y veían la necesidad de contar con sistemas de solución de conflictos que verdaderamente pongan de manera eficaz una conclusión al asunto. El año determinante en donde la mediación es tomada en cuenta de manera oficial por parte del Gobierno ocurre en 1947. El Congreso estadounidense decide crear una agencia gubernamental independiente encargada de resolver los conflictos laborales llamada, El Servicio Federal de Mediación y Conciliación. Al mismo tiempo se le otorga jurisdicción al Director Nacional de Mediación en los conflictos laborales en

⁴² E. HIGHTON, G. ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos* AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1998, pp. 167-169.

la industria de ferrocarriles y la industria de aviación comercial. Podemos afirmar que esos fueron los comienzos y los momentos importantes del desarrollo de la figura de la mediación dentro de los Estados Unidos. Ya adentrándonos en la década de los sesenta, aparecen alrededor de todo el país los centros comunitarios de mediación que van a servir exclusivamente para conflictos menores. A partir de los años setenta, y hasta los noventa, la mediación toma un rol fundamental al punto de que se la trató dentro de la Corte Suprema de Florida y se decide desarrollarla por todos los beneficios que ella ofrece en el momento de solucionar conflictos de toda índole. En el año de 1988 Florida se va a convertir en un estado vanguardia al momento de referirse a la mediación. En el mismo año, se inicia un plan completo para desarrollar a la mediación dentro de la legislación para que se la incorpore de manera definitiva. Uno de los momentos más importantes en torno a la mediación dentro de los Estados Unidos, es cuando notan la necesidad de crear centros especializados que manejen la mediación, y por supuesto, que dichos centros los manejen mediadores capacitados con vasta experiencia. Como podemos observar, en todos los países en donde la mediación forma parte de la legislación, uno de los presupuestos esenciales es la especialización tanto de los centros, como también de las personas que dirijan las mediaciones. Se ordenó la implementación de programas de medición en todas las facultades de Derecho de las distintas universidades con el fin de continuar desarrollando una herramienta útil para solucionar conflictos. Con el transcurso de los años, los métodos alternativos de solución de controversias han cobrado mayor fuerza. BÁRBARA HULBURT nos presenta un criterio útil que han tenido los Tribunales en los Estados Unidos con el fin de limitar los casos en donde la mediación es viable. Plantean que en los casos en donde se requiera una solución creativa, fuera de los sistemas convencionales judiciales, es recomendable acudir a la mediación. En lo que nos respecta frente a los conflictos laborales colectivos, plantean que la medición tendrá excelentes resultados en casos en donde las partes tengan relaciones continuadas. Otro parámetro presentado es dirigido a los casos en donde no sería enteramente apropiado que el juez se involucre demasiado ya que no existiría verdadera imparcialidad. Los Tribunales Americanos han propuesto que en conflictos ambientales y de políticas públicas la mediación se haga presente, no solo por las soluciones fructíferas que pueden nacer sino por el relativamente corto

tiempo que toma llegar a una verdadera solución. Finalmente, otro criterio que nos presenta HULBURT es el de los casos en donde reina la mala comunicación de las partes, la mediación es altamente recomendada ya que en casos así se obtendrán soluciones en menos tiempo del esperado.⁴³

Al referirnos a la mediación laboral encontramos una característica muy particular ya que las agencias estatales y federales son competentes de conocer casos de mediación laboral. Al formar parte de las agencias federales y estatales vemos la importancia que ha llegado a tener la mediación, y sobretodo dirigida a los conflictos colectivos de trabajo. Existen más de setenta oficinas alrededor del país que se encargan de la mediación, y es muy interesante observar como desde el año 2002, han creado programas web en donde se presentan documentos para la mediación, e inclusive hay la posibilidad de mediar online. Es importante mencionar que son centros federales proporcionados por el Gobierno central, y cada uno de los centros será sometido al Senado para discutir su presupuesto anual. Los trabajadores apoyan a que la mediación siga su desarrollo debido a que sus derechos se ven protegidos, e inclusive afirman los beneficios que los propios empleadores han obtenido a base de la resolución eficaz de los conflictos ya que no se paralizan las actividades laborales. Como podemos observar, la mediación laboral es un método importantísimo al momento de salvaguardar los derechos colectivos laborales, y aparte funciona como una forma rápida para obtener soluciones a conflictos que podrían ser complicados.⁴⁴

5.6. Canadá

Cuando hablamos de mediación en Canadá es importante mencionar su amplio desarrollo en temas familiares y laborales ya que en otras áreas la mediación no ha sido tomada en cuenta de manera profunda. Al igual que en los Estados Unidos, en Canadá existen autoridades estatales y federales y en los temas

⁴³ B. HALBURT, *Presentación al II Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas*, Bolivia, 1995, pp. 142-150

⁴⁴ LAS RELACIONES LABORALES EN ESTADOS UNIDOS.

<http://www.mtin.es/es/mundo/Revista/Revista129/150.pdf>. Septiembre 15 del 2010.

anteriormente mencionados, las autoridades federales son las encargadas de promover y llevar a cabo los procesos de mediación.

Dentro del ámbito laboral es muy interesante observar como la mediación marcó una etapa decisoria en los conflictos colectivos de trabajo. Con esto nos referimos a que las leyes federales establecen como requisito esencial el agotamiento de la mediación y la conciliación cuando surge un conflicto. En caso de que ambas instancias no se agoten, los trabajadores sindicalizados no podrán iniciar el proceso de huelga, y tampoco los empleadores podrán realizar un cierre patronal. Claramente observamos la similitud que se tiene con nuestro sistema de mediación obligatoria dentro de conflictos colectivos de trabajo dado que ellos tienen que agotarlo antes de continuar con el siguiente paso. Acá hay la diferencia de que si bien es obligatoria, las partes podrían simplemente no asistir o no tomarlo con seriedad y pasar a la siguiente etapa del Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Es importante entender la razón de ser de dicho requisito, y es que la sociedad canadiense desde hace muchos años atrás ha confiado en los resultados de los métodos alternativos de solución de controversias ya que siempre han sido figuras desarrolladas de manera analítica y por lo tanto intentan utilizarlos en todos los ámbitos posibles en donde puedan ser aplicados. Las autoridades federales se han asegurado que todos los conflictos atraviesen dicha etapa de mediación y más del 75% de los conflictos se han solucionado en dicho proceso. No olvidemos que la mediación es un proceso que permite relaciones laborales amistosas y que perduran en el tiempo. Así mismo, en el sistema canadiense todos los conflictos laborales colectivos que se someten a mediación son llevados a cabo por mediadores especializados en el tema y en centros creados exclusivamente para la realización de dicho método. El gran problema del Ecuador es la falta de organización y de seriedad con la que toman a la mediación, es justamente por eso que tanto los empleadores como los trabajadores toman el tiempo de mediación obligatoria como un momento de prórroga y no le dan ni la más mínima importancia.

La mediación en asuntos familiares podríamos decir que es el tema de preferencia de la mediación debido a que se lo ha desarrollado desde los años 60 y los resultados han sido verdaderamente positivos, tanto para las partes inmersas en el conflicto, como también para la sociedad en general que puede evidenciar la

funcionalidad de la mediación. Québec es la ciudad que desde los finales de los sesenta ha tomado a la mediación familiar como una herramienta básica para la solución de los conflictos. La legislación canadiense recoge a la mediación de manera formal en el año 1985 y el principal tema que se trata dentro de la mediación familiar es el divorcio.⁴⁵

5.7. España

Históricamente España empieza el proceso de mediación en el año 1239 con el Tribunal de Aguas de Valencia encargado de dirimir los conflictos relacionados con el uso del agua en el mencionado lugar. Era una forma de mediación comunitaria para que los campesinos de la zona puedan resolver sus conflictos dado que el agua era y sigue siendo un elemento vital para la agricultura. La legislación española es un claro ejemplo en donde la conciliación y la mediación son vistas de la misma manera, evidentemente esto es un error común debido a que ambas instituciones son distintas en varios ámbitos. En todo caso, en España desde los años 1800 en adelante, la conciliación toma fuerza en temas comerciales y es llevada a cabo de la misma manera que la mediación. Pasaron los años y la mediación no tuvo la fuerza suficiente para ser tomada en cuenta de manera formal, es por eso que recién en el año 1998 la mediación pasa a formar parte integral de la legislación española. Es importante decir que la mediación fue un método alternativo que tomó importancia en todo Europa y es a raíz de eso que España decide acogerlo. El mayor desarrollo de la mediación en España es muy parecido al de Canadá, inclusive se tomaron varios pilares de la mediación familiar canadiense para la creación de normas y leyes en el país europeo. De igual manera que en los ejemplos anteriores, España vio la necesidad de crear centros de mediación especializados y gente preparada dentro de ese ámbito para que dicho proceso sea llevado a cabo de la mejor manera. Antes de revisar lo concerniente a la mediación dentro de materia laboral, vale mencionar que en el año de 1996 se suscribió un acuerdo de vital

⁴⁵ THE CANADIAN BAR ASSOCIATION. *Family Mediation*. December 1996.
<http://www.acjnet.org/dialalaw/bc/bc400.html>. Octubre 3 del 2010.

importancia y que sería determinante al momento de tratar conflictos de índole laboral y sobretodo cuando se trataban de conflictos colectivos. El acuerdo al que nos referimos es el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC) que tenía como propósito principal la celeridad de los procesos relacionados con conflictos laborales. Dentro de este acuerdo se establecía que si cualquiera de las partes, ya sea el empleador o los trabajadores sindicalizados, proponían mediación, ésta era obligatoria y tenía que cumplirse. La relación que existe con la realidad de nuestra legislación es la obligatoriedad de la mediación pero con la particularidad que dicho método alternativo de solución de conflictos tenía que ser solicitado por una de las partes. Esa es la diferencia con nuestro sistema dado que el Código del Trabajo manda a la mediación obligatoria independientemente del deseo de la partes. Continuando con el análisis en España, durante ese momento no existía la posibilidad de que se declare una huelga y tampoco existía la posibilidad de llevar el conflicto a los tribunales o a cualquier otra instancia.⁴⁶

Al introducirnos en el tema de los conflictos colectivos de trabajo y la mediación, vale la pena analizar la opinión de un famoso profesor de la Universidad de Salamanca que establece la importancia de la mediación en los mencionados conflictos. WILFREDO SANGUINETI es un catedrático español y un especialista en derecho del trabajo en España. Este autor ha logrado un artículo muy interesante y de enorme importancia para el tema que hemos estado abordando. Hace un análisis acertado de lo que son los conflictos colectivos de trabajo y plantea a la mediación como una de sus formas de solucionar dichos conflictos. Una primordial diferencia que el autor hace es en relación a la cantidad de trabajadores que forman parte de un conflicto colectivo, en el sentido que, no importa si son varios los trabajadores que reclaman o que inician un conflicto, lo importante son los intereses detrás, que para que se constituya un conflicto colectivo tiene que buscarse la protección de un mismo interés pero que afecte a toda la organización o grupo sindical. La diferencia es notable mencionarla debido a que pueden haber conflictos individuales o plurales, en el sentido de que varios trabajadores se pueden unir para reclamar pero

⁴⁶ J. GOTTHEIL, *Mediación*. Editorial Paidós. España. 1996 pp. 67.

con el fin de que se satisfagan intereses personales. Los conflictos colectivos apuntan a un mismo interés que a la organización sindical importa. Otro importantísimo detalle es con relación a que una organización o colectividad es la que tiene que representar a ese interés colectivo a que constituya un conflicto de esa clase. El autor acertadamente distingue dos vías por las cuales los conflictos pueden solucionarse, una de ellas es la heterocomposición en donde las partes acuden donde un tercero imparcial para que intervenga y él tome la solución. La segunda vía y la que se apega a nuestro análisis es la denominada autocomposición en donde las partes inmersas en el conflicto son las propias encargadas de encontrar una solución viable en torno a sus intereses. No olvidemos que en los métodos de autocomposición pueden existir terceros, pero dichos terceros no son los que establecen y obligan una solución al conflicto, al contrario, ellos acercan a las partes y promueven la comunicación, está en las partes encontrar una solución que ponga fin al conflicto. Como sabemos, existen varios métodos dentro de la autocomposición, pero nos enfocamos en la mediación. El tratadista antes mencionado, plantea una idea que tiene un valor enorme en torno a la mediación y los conflictos colectivos del trabajo, y es que la mediación para él, constituye básicamente una forma de contratación colectiva asistida ya que habrá un mediador que ayude a ambas partes para llegar a algún tipo de acuerdo en la parte donde existe fricción. El autor plantea que el Estado está encargado de garantizar los derechos colectivos en todas sus formas, y que por lo tanto tiene que estar encargado de la mediación ya que de esa manera impulsará este método de resolución de conflictos en donde las partes voluntariamente llegarán a una solución. En España la mediación obligatoria es un requisito para que se pueda declarar la huelga o para acudir a los Tribunales para la reclamación, y muchas veces resulta favorable para las partes cumplir con este requisito ya que se llegan a verdaderas soluciones y de esa manera se ahorran tiempo, dinero, y las relaciones se logran mantener en el tiempo.⁴⁷

⁴⁷ R. W. SANGUINETI, Artículo: *La mediación en los conflictos colectivos de trabajo*, Profesor Titular y Catedrático Habilitado Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social Universidad de Salamanca, Editorial COLEX, Madrid, 2010, pp. 249-266.

5.2.1. Conclusiones

Siempre es importante hacer un recuento de lo logrado en páginas anteriores y vale mencionar que todos los ejemplos de países que hemos expuesto nos dan la pauta de que en el Ecuador se pueda recoger sus formas y principios, para que en el Ecuador la mediación dentro de los conflictos colectivos de trabajo verdaderamente funcione y se apegue a los mandatos de la ley. No existe diferencia alguna en tener una institución sin que esta funcione a cabalidad y bajo los preceptos legales. Hemos logrado realizar un análisis inclusive con orden geográfico debido a que iniciamos con los países del cono sur de Latinoamérica, hemos ido desplegándonos hacia el norte atravesando por algunos países andinos para finalmente llegar al Canadá. Después de llegar al tope del continente Americano, hemos cruzado el océano Atlántico para poder revisar y observar el planteamiento de la mediación en el continente europeo, y de manera más específica en España y prestar atención dentro de esos sistemas las pautas y principios que recogen para compararla con la nuestra. Cada legislación nos planteó nuevos horizontes y nuevas ideas en torno a la mediación en general y evidentemente acerca del trato que tiene la mediación dentro de los conflictos colectivos de trabajo, en ciertos casos de naturaleza obligatoria, como en nuestra legislación, y en otros casos completamente facultativa de las partes. Como se ha reflexionado anteriormente, el derecho es una ciencia en constante desarrollo y el abrirse a conocer sistemas y legislaciones extranjeras nos permite mejorar y perfeccionar el conocimiento de ciertas instituciones que en otras naciones pueden estar más desarrolladas o simplemente mejor planteadas. El sistema actual ecuatoriano peca de varias imperfecciones, especialmente en la práctica de la mediación laboral en donde la mayor cantidad de problemas surgen. De igual manera, la legislación ecuatoriana en torno a la mediación es incompleta y sufre de varios vacíos que no la permiten tener la funcionalidad que tiene en otros países y justamente en este análisis dichas ventajas han sido presentadas.

CONCLUSIÓN DE LA TESINA

En conclusión, es importante hacer un recuento de los temas que se han venido tratando a lo largo de esta tesina para de esa forma obtener un entendimiento integral del planteamiento específico que se ha dado a la mediación obligatoria y su injerencia dentro de los conflictos colectivos de trabajo.

Iniciamos planteando el contexto doctrinario de la mediación como método alternativo de solución de controversias, contamos con varios análisis de distintos catedráticos en torno a la mediación, estudiamos su naturaleza, sus procesos, el papel de las partes y del mediador, y así comprender a tan importante institución. Una vez analizado cada sub tema de la mediación, pasamos al análisis de lo que son los conflictos colectivos desde un punto de vista histórico, teórico y práctico. De igual forma se utilizaron las ideas de distintos tratadistas para de esa forma obtener un amplio espectro de lo que fueron y son los conflictos colectivos de trabajo. Mencionamos los distintos tipos de conflictos colectivos de trabajo, para dar paso al análisis de los conflictos obrero-patronales que son los principales y los que competen a la mencionada tesina. Fue importante tener una visión internacional

sobre dicha realidad y no únicamente centrarnos en lo que ha sucedido aquí en el País, sino entender de dicho fenómeno en otras realidades laborales. Iniciamos de esta forma con el fin de plantear un campo introductorio y entender el análisis específico de los temas que se iban a tratar dentro de la tesina.

Se analizó de manera exhaustiva la legislación nacional en torno al trato que mantiene la mediación como método alternativo de solución de controversias, dentro del plano legal como también dentro del plano constitucional. Dentro del plano legal mencionamos la Ley de Arbitraje y Mediación, pero de manera profunda revisamos el trato de la mediación en el plano laboral y analizamos su carácter obligatorio dentro de los conflictos colectivos dado que ese es el campo puntual de la tesina. No podíamos realizar un análisis doctrinario de la mediación sin complementarlo con su trato dentro de la legislación, dado que de esa forma hubiera sido imposible de llegar a los puntos frágiles y vitales de la tesina. Asimismo, al adentrarnos en los conflictos colectivos de trabajo y su trato en la ley, analizamos todo lo establecido en el Código del Trabajo y su directa relación con la mediación obligatoria como forma de resolución del conflicto. El pliego de peticiones fue también sujeto de análisis por su importancia dentro del proceso de los conflictos colectivos de trabajo. Precisamente en el análisis de los conflictos colectivos de trabajo y sus formas de solución es que aparece la mediación obligatoria y planteamos el problema que trata la tesina.

Los principios constitucionales detrás de los conflictos colectivos de trabajo, y en general las bases laborales que deben ser garantizadas por el estado, fueron sujetos de análisis para entender que la mediación obligatoria en conflictos colectivos laborales debe ser reforzada y mejorada desde el interior del aparato estatal. Existe una responsabilidad importante del Estado en garantizar los derechos personales y colectivos de los trabajadores.

Dicho todo lo anterior, pasamos al fondo esencial de la tesina acerca de los problemas que existen detrás de la inutilidad de la mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo en lo referente a conflictos colectivos. Precisamente en ese análisis planteamos la realidad que se ha venido viviendo los últimos años en la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral en el Ministerio de Relaciones Laborales. Expusimos su falta de funcionamiento y como dicha carencia les obligó a

tomar medidas sobre la marcha para poder subsanar los distintos problemas. Continuando el análisis, observamos las cifras reales en torno a la mediación y los conflictos colectivos laborales y su efectividad al momento de solucionarlos. Analizamos la complicitad de las cifras y expusimos las diferentes razones que han contribuido negativamente a que la mediación obligatoria en conflictos colectivos no sea una verdadera vía de solución y se convierta en una etapa sin mayor importancia. Claramente dichas razones apuntan a los resultados de eficacia que se ha obtenido en los últimos años, y de manera específica, el ejemplo que ponemos dirigido a los resultados del año 2010. Las razones detrás de dicha falencia, las dividimos en razones de orden práctico llevadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, razones atribuibles a las partes dentro de la mediación obligatoria, y finalmente las razones más importantes en torno a la falta de cumplimiento a bases esenciales de la mediación y como se debería llevar a cabo dicho proceso frente a conflictos colectivos de trabajo y sus partes inmersas. Dejamos en claro la conexión que existe entre los problemas que afectan al Ministerio de Relaciones Laborales y su decisión de tomar a los inspectores del trabajo como verdaderos mediadores capacitados para realizar dicho trabajo. Expusimos el impacto negativo que se ha generado por el incumplimiento de las directrices y atribuciones de la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral y asimismo su conexión con las cifras bajas en conflictos colectivos resueltos. Dicho impacto negativo también hizo referencia a que la Ley no se ha cumplido a cabalidad.

Una vez entendida la problemática de la tesina, dimos paso al análisis del Derecho Comparado y las distintas visiones que este nos entrega en torno a la mediación, tanto en sus orígenes como dentro del mundo de los conflictos colectivos de trabajo.

Revisamos la mediación dentro de los parámetros expuestos en la línea anterior en Argentina, Chile, Colombia, Venezuela, Estados Unidos, Canadá y España. Cada país aporta con varias ideas y planteamientos interesantes, pero asimismo existe ciertas bases y pilares que se repiten, dado la importancia que estos representan en la mediación como método de solución de conflictos colectivos de trabajo. Dichos pilares a los que nos referimos se los ha mencionado a lo largo de la tesina y son; inicialmente, un marco jurídico plasmado que reconozca a la mediación

con la importancia que dicha requiere dentro del espectro de los métodos alternativos de solución de controversias para que se la pueda poner en práctica y así también establecer las diferentes áreas en las que puede ser aplicada. Otra base que se repite es en torno a la especialización de los agentes que llevan a cabo el proceso de mediación y como éstos deben ser reconocidos por un órgano superior que tenga la potestad de hacerlo. Una muy importante apunta a que las direcciones o entes encargados de la mediación en conflictos colectivos laborales, generen y propaguen proyectos y planes demostrando los beneficios de la mediación en conflictos colectivos de trabajo y así sea de conocimiento de todos los trabajadores y empleadores de dichos método. Dicha especialización conlleva varias responsabilidades, dado que no se requiere únicamente en la mediación en general, sino que debe existir una especialización aplicada a cada rama en la que el método alternativo será aplicado. Otra característica importante que se mantiene uniforme en algunas legislaciones es la referida al lugar físico en donde se lleve a cabo la mediación. Esta base puede parecer menos importante que las anteriores, pero atañe directamente a la práctica de la mediación y se ha visto como el lugar puede ser determinante para que las partes dentro de una mediación se sientan cómodas y seguras con dicho proceso, es ahí en donde radica la importancia de esta característica. Todas las bases mencionadas en este párrafo representan los argumentos bajo los cuales sostengo la problemática e hipótesis de la tesina. Son los puntos vitales a resolver para que la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo pase a ser eficiente y eficaz.

Es importante mencionar que las bases y características mencionadas y analizadas a lo largo de esta tesina deben cumplir necesariamente con lo establecido en la Ley de manera estricta. Si el cumplimiento no es estricto y se convierte en un cumplimiento flexible, la mediación obligatoria destinada a resolver conflictos colectivos jamás obtendrá los resultados positivos que se esperan. Si bien la mediación es un sistema flexible al momento de aplicarlo, tal y como lo hemos venido analizando dado que no tiene plazos, es informal etc. Consideramos vital que su entorno legal y administrativo dentro del Ministerio de Relaciones Laborales, y de manera más específica la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral que es el

ente encargado, estén completamente organizados y prestos al debido cumplimiento y desarrollo de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo.

Las bases a las que nos referimos en líneas anteriores son precisamente aquéllas que deben ser implementadas en nuestra legislación y también en el sistema de mediación obligatoria para resolver conflictos colectivos de trabajo. Sin el debido cumplimiento de las bases mencionadas, las resoluciones de conflictos colectivos de trabajo mediante mediación seguirán siendo bajas tal y como son en la actualidad. Entendemos completamente que son cambios importantes y que muy seguramente no se los podrá implementar en un corto lapso de tiempo, pero de la misma manera consideramos que son cambios vitales y que tienen que lograrse de forma urgente. Estamos conscientes que se requerirá de un presupuesto establecido, a fin de cumplir con el personal capacitado y especializado en la materia, también que se necesitará lugares físicos en donde las mediaciones puedan cumplirse de manera correcta, inclusive que las reformas legales que se requieran no serán fáciles de ser aceptadas, y finalmente que la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral cuente con una estructura administrativa adecuada que permita despachar la mayor cantidad de procesos a la brevedad posible para que la mediación mantenga esa naturaleza de método de solución de conflictos eficaz y efectiva.

Como idea final, las recomendaciones hechas en líneas anteriores aparecen como ideas de dos tipos, una de ellas es de creación y la otra es de implementación o estricto cumplimiento. Las de creación hacen referencia a aquéllas bases que en nuestra legislación no existen y que por lo tanto deben ser creadas e incorporadas a la actual normativa, un ejemplo de estas es la especialización de los agentes encargados de llevar a cabo la mediación para solucionar los conflictos colectivos de trabajo, y los lugares destinados a llevarse a cabo dicha mediación. Evidentemente estas bases actualmente no existen en nuestro Código del Trabajo en el capítulo de mediación obligatoria en conflictos colectivos, pero ya una vez creadas e incorporadas, traerían cambios positivos a la mediación y su utilidad dentro de los conflictos colectivos laborales. Por otro lado, las bases de implementación o estricto cumplimiento son aquéllas que ya existen dentro de nuestra normativa y sufren de dos fenómenos, uno de ellos es en donde la ley es clara pero simplemente los agentes del Ministerio de Relaciones Laborales y de forma más específica la

Dirección y Subdirección de Mediación laboral, no los cumplen a cabalidad tal y como manda la ley. Un ejemplo claro de esto es la falta de elaboración y ejecución de programas de contacto y acercamiento entre trabajadores y empleadores para lograr un mejor entendimiento. Otro ejemplo de incumplimiento de la mencionada Dirección y Subdirección actualmente es la de realizar la mediación obligatoria mandada por el Código del Trabajo. El artículo 555 analizado en capítulos anteriores, expone las funciones y obligaciones del ente mencionado y vemos que se incumplen una gran cantidad de ellas.

Confiamos que en algún momento se tomen en cuenta dichas importantes bases, se las apliquen debidamente y también en otros casos que su creación sea con el fin de verdaderamente ayudar al funcionamiento de la mediación obligatoria en conflictos colectivos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ GLADYS, ELENA HIGHTON, ELIAS JASSAN, *Mediación y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 131-134

GOZAINI OSVALDO ALFREDO, *Formas alternativas de Solución de Conflictos*, Ediciones de Palma, 1995, Buenos Aires-Argentina, pp.38-40.

MILIA FERNANDO, *El Conflicto Extrajudicial*, 1997, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, pp. 180-183.

HIGHTON ELENA, GLADYS ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos AD-HOC S.R.L*, Buenos Aires, 1998, pp. 122–148.

MOORE CHRISTOPHER, *El proceso de Mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Editorial Granica, Barcelona-España, 1995, pp. 44.

HIGHTON ELENA, *Carta de ciudadanía para la mediación*, En Revista Libra, No. 1, pp. 19-23.

CAPPELLETTI MAURO, *Acceso a la Justicia*, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1981, Edición no. 41, pp. 165.

OIT, *Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo*, Estudio comparativo, pp. 19.

GUERRERO FIGUEROA GUILLERMO, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Temis S.A, 1986 Bogotá-Colombia pp. 136-139

PEREZ BOTIJA EUGENIO, *Curso de derecho del trabajo, 5ta edición*, Editorial Tecnos, 1957 Madrid-España, pp.296-298.

CABANELLAS GUILLERMO, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Talleres Gráficos de la Industria Gráfica del Libro, Buenos Aires-Argentina. 1973. pp. 468.

OSSORIO MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 2006, Buenos Aires-Argentina, pp. 206-207.

DE LA CUEVA MARIO, *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa Hermanos, 1963 México D.F, pp. 733-734.

ETALA CARLOS ALBERTO, *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2007, Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 374-390.

VALENCIA HARO HUGO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.434.

VALENCIA HARO HUGO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.434.

ASTUDILLO ESPINOZA CARLOS, *Derecho Laboral en la Integración Andina*, Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1974, Quito-Ecuador.

VALENCIA HARO HUGO, *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*, Editorial Universitaria, 1979, Quito – Ecuador, pp.94-95.

VASQUÉZ LÓPEZ, JORGE. *Derecho Laboral Colectivo*. Editora Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador. 2010. pp. 186-187.

GUERRON AYALA, SANTIAGO. *Flexibilidad Laboral en el Ecuador*. Editorial Abya Yala. Corporación Editora Nacional. Quito. 2003. pp. 21.

RUPERCHT, ALFREDO. *Derecho Colectivo de Trabajo*. Editorial Ceca. 1977. Buenos Aires-Argentina. pp. 105.

H. PODETTI, Los Principios del Derecho del Trabajo, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/11.pdf>,

CAPON FILAS, RODOLFO. *Derecho del Trabajo*. Librería Editora Platense. La Plata 1998. pp. 777-778.

TRUJILLO, JULIO CESAR. *Derecho del Trabajo*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito 1986. pp. 207.

PEREZ BOTIJA, EUGENIO. *Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Barcelona, 1957. pp. 312-313.

TRUEBA URBINA, ALBERTO. *Nuevo Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa. México 1977. pp. 258.

CAIVANO ROQUE, MARCELO GOBBI, ROBERTO PADILLA, *Negociación y Mediación, Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, AD-HOC, Buenos Aires, 1997, pp. 57-63.

ALVAREZ GLADYS, ELENA HIGHTON, ELIAS JASSAN, *Mediación y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 157-164.

BIANCHI ROBERTO, *Mediación prejudicial y conciliación*, Zavalía S.Am 1996, Buenos Aires-Argentina, pp. 205-220.

DECRETO 1480/92

HIGHTON ELENA, GLADYS ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos* AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1998, pp. 155-156

http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles89181_recurso_1.doc. Octubre 13 del 2010.

ALVAREZ, GLADYS STELLA. *La Mediación y el Acceso a la Justicia*. Editorial Rubinzal. Buenos Aires 2003. pp. 120-126.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, ACALDIA MAYOR DE BOGOTA. *Módulo 6. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y el Mediador Comunitario*. Bogotá. Noviembre 2001. pp. 23-27.

LEY 712, 2001

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, ACALDIA MAYOR DE BOGOTA. *Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador*. Santafé de Bogotá. Abril 2002. pp. 6-8.

<http://www.adrr.com/camara/venezuela.htm>. Noviembre 9 del 2010.

<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=3159>.

Publicada el 12 de Mayo del 2006. Noviembre 2 del 2010.

HIGHTON ELENA, GLADYS ALVAREZ, *Mediación para resolver conflictos AD-HOC S.R.L*, Buenos Aires, 1998, pp. 167-169.

HALBURT BARBARA, *Presentación al II Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas*, Bolivia, 1995, pp. 142-150

LAS RELACIONES LABORALES EN ESTADOS UNIDOS.
<http://www.mtin.es/es/mundo/Revista/Revista129/150.pdf>. Septiembre 15 del 2010.

THE CANADIAN BAR ASSOCIATION. *Family Mediation*. December 1996.
<http://www.acjnet.org/dialalaw/bc/bc400.html>. Octubre 3 del 2010.

GOTTHEIL, JULIO. *Mediación*. Editorial Paidós. España. 1996 pp. 67

SANGUINETI RAYMOND WILFREDO, Artículo: *La mediación en los conflictos colectivos de trabajo*, Profesor Titular y Catedrático Habilitado Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social Universidad de Salamanca, Editorial COLEX, Madrid, 2010, pp. 249-266.

NORMATIVA CITADA

CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR, Codificación 2005-17, RO Suplemento N° 167, del 16 de diciembre del 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el R.O. 449 de 20 de Octubre de 2009.

DECRETO PRESIDENCIAL 1480/92 Argentina.

LEY N° 26.589 DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN, promulgada el 3 de mayo de 2010 a través del Decreto Nacional N° 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010

LEY 712 DE 2001 promulgada el 5 de Diciembre y publicada en el Diario Oficial No. 44.640 el 8 de diciembre de 2001.