

TERCERA PARTE. LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DESPEDIDO	193
CAPÍTULO I. La defensa del trabajador despedido	195
Sección 1. El derecho de recurso	195
Sección 2. Las reglas del procedimiento	201

TERCERA PARTE

LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DESPEDIDO

CAPÍTULO I

LA DEFENSA DEL TRABAJADOR DESPEDIDO

El trabajador que ha sido despedido se encuentra privado de su único ingreso de subsistencia. El orden jurídico le ofrece la posibilidad de dirigirse a las autoridades competentes con el fin de que éstas se pronuncien sobre la regularidad de su despido.

La defensa del trabajador despedido podrá así iniciarse dentro del marco de la “justicia del trabajo”,¹ a condición de que haga uso de su derecho de recurso (sección 1) y que esté dispuesto a seguir el procedimiento correspondiente (sección 2).

Sección 1. El derecho de recurso

El régimen del despido ofrece al trabajador la posibilidad de hacer uso de su “derecho de recurso” reconocido en todas las legislaciones latinoamericanas, en el caso en que él considere que en su despido no se han respetado las condiciones de ejercicio.

En ese sentido el trabajador se presenta como iniciador de la “acción”² que le permitirá provocar la actividad jurisdiccional.

El trabajador se encuentra así frente a la posibilidad, más bien desalentadora, de iniciar una lucha judicial cuyo resultado no conocerá inmediatamente, ya que la lentitud de los procesos es una característica de la justicia del trabajo en América Latina. Esta lentitud se debe, tal vez, al aumento de los litigios en los últimos años, lo cual

¹ “En América Latina, se llama frecuentemente “justicia del trabajo” al conjunto de cuestiones relacionadas con la organización y el procedimiento de los tribunales del trabajo. En el origen de esta locución se encuentra una propósito bien definido de marcar una especie de fractura de la organización tradicional de la administración de justicia y, además, ella expresa el deseo de llegar a soluciones más equitativas de los conflictos entre empleadores y trabajadores”. Cf. Barbagelata, H., *Introduction aux Institutions du droit du travail en Amérique Latine*, *op. cit.*, p. 186.

² La acción es “el derecho, la facultad o el poder jurídico otorgado a una persona con el fin de provocar la actividad jurisdiccional del Estado”. Cf. Blas Demichelis, H., “La responsabilidad del empleador en el derecho civil, respecto de los accidentes de trabajo”, *Derecho Laboral en Iberoamérica*, México, Trillas, 1984, p. 560.

no se ha traducido en un aumento del número de tribunales competentes.

Hay que señalar que en la búsqueda de una solución al conflicto originado por un despido individual, los países analizados manifiestan una preferencia por la utilización de la “técnica judicial” en oposición a la “técnica profesional”, donde el litigio es tomado en manos por la organización sindical obrera y resuelto a nivel de la empresa o, en caso de fracaso, a un nivel superior por medio de conciliación dentro de un marco puramente profesional.³ Dicho esto, el control del despido sólo puede hacerse sobre la legalidad de un despido que ha sido pronunciado y cuya validez nunca ha sido cuestionada.

Bajo esta perspectiva, se puede constatar que este control es hecho, por regla general, *a posteriori* (§ 1) por ciertas autoridades (§ 2).

§ 1. El control *a posteriori*

El control normal, común por así decirlo, de las condiciones del despido se efectúa cuando el trabajador ha sido separado de su puesto de trabajo. Sin embargo, él podrá solicitar un control llamado aquí *a posteriori*, con el fin de señalar la diferencia con el control que se efectúa cuando el trabajador está aún en la empresa.

Este control *a posteriori* fue adoptado por diversas razones: por un lado, “el empleador conserva un derecho de rescisión del contrato de trabajo de duración indeterminada”,⁴ ya que los límites impuestos a este derecho no han permitido adoptar un sistema de carácter preventivo y obligatorio, lo cual hubiera implicado, por ejemplo, el reconocimiento de un régimen del despido con una acción de rescisión que debería ser iniciada por el empleador. En los casos en que esta acción ha sido reconocida por la ley ella es facultativa, como en el caso de Panamá.⁵ En los casos en que esta acción existía sin ser tratada por la

³ Camerlynck, G. H.; Lyon-Caen, G.; Pellissier, J., *Droit du travail, op. cit.*, pp. 581-582.

⁴ Cf. Savatier, J. y J. Rivera, *Droit du travail, op. cit.*, p. 650.

⁵ El art. 27 de la ley panameña indica (CTP) que el emperador *podrá*, antes de efectuar la notificación del despido, obtener de los tribunales laborales, una autorización previa del mismo, la cual se someterá a las reglas del proceso sumario, cf. Murgas Torraza, R., “La terminación de la relación en el derecho panameño”, *op. cit.*, p. 119.

legislación, su práctica ha sido censurada por la jurisprudencia como en Colombia⁶ y en México.⁷

La adopción de un control *a posteriori* tiene también un significado económico, ya que conservar a un trabajador durante la realización de un control judicial podría presentar inconvenientes económicos para el empleador y comprometer de esta manera “la rentabilidad económica de la empresa”.⁸

Esta situación puede ser interpretada como un reconocimiento legal del respeto que se tiene frente a las decisiones tomadas por el empleador en el ejercicio de su poder de gestión. Cualquier examen previo al despido realizado por una instancia independiente del empleador podría considerarse como un “grave atentado al absolutismo de los poderes del jefe de la empresa”.⁹

La defensa del trabajador despedido sólo podrá ser iniciada, salvo algunas excepciones, dentro del marco de las autoridades estatales. Resulta necesario, entonces, preguntarse cuáles son estas autoridades competentes.

§ 2. Las autoridades competentes

A. La jurisdicción administrativa

En los despidos individuales la participación de la administración es la excepción; es más importante en el caso de los despidos colectivos.

⁶ Los tribunales colombianos reconocieron, en una decisión de 1984 que “la ley no establece ningún procedimiento para romper unilateralmente un contrato, es decir por el despido”. Se trata de una decisión del 7 de diciembre de 1984 de la Sala Plena de Cesación laboral, cit. por Arenas Monsalve. “Causas y efectos de la terminación del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 246.

⁷ En una época los tribunales mexicanos (Suprema Corte de Justicia) en una decisión del 1º de diciembre de 1967 señalaron que hay dos maneras de rescindir el contrato de trabajo:

1. La separación inmediata y

2. Cuando el empleador pide a las autoridades competentes la autorización de dicha ruptura. Posteriormente, el mismo tribunal, en una decisión de 1976, señaló que la única manera para el empleador de ejercer su derecho a romper el contrato de trabajo, era la separación inmediata del trabajador de su puesto. Así, cualquier otra forma sería “legalmente inexistente”. (A.D. 9303/66 Industrias Generales, S.A. 1º de diciembre de 1967, y A.D. 3087/75 Juan Pérez Damián, 30 de agosto de 1976). Decisiones citadas por Ramírez Fonseca, F., *El despido*, *op. cit.*, p. 48.

⁸ Cf. Panayotopoulos, *Le controle judiciaire du licenciement, dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la Grèce*, *op. cit.*, p. 49.

⁹ Audinet, J. “Le licenciement du salarié en droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, París, núm. 2, año XVIII, 1966, p. 371.

Esta situación es la regla salvo en Panamá y en Perú, donde una participación de las autoridades administrativas ha sido considerada.

En ciertos países, como Panamá, la legislación ha reconocido que una de las atribuciones del Ministerio del Trabajo es su “función conciliadora”.¹⁰ Esta posibilidad es una eventualidad solamente, ya que la conciliación administrativa no es una obligación previa al proceso judicial. Sin embargo, un autor panameño ha señalado que la mayoría de las reclamaciones de los trabajadores son presentadas primero en la conciliación administrativa y que una buena parte de ellas culminan con un acuerdo.¹¹ La jurisprudencia panameña ha considerado que este tipo de acuerdo no tiene fuerza de cosa juzgada, ya que ésta sólo se adquiere cuando ha habido un proceso.¹²

Una segunda posibilidad de intervención de las autoridades administrativas (Ministerio del Trabajo y de Bienestar Social) ha sido contemplada: se trata de la aprobación de sistemas y de reglamentos específicos de evaluación, los cuales permitirían reconocer el “rendimiento insuficiente” como causa de despido (artículo 213-A-16 CTP). Más específicamente, puede señalarse el caso de Perú donde la jurisdicción del trabajo ha sido organizada teniendo como base dos organismos: por un lado el administrativo y por otro lado el judicial (“judicial privativo”).

La instancia administrativa (fuero administrativo) está constituida por el Ministerio de Trabajo y sus servicios especializados; contrariamente al resto de los países latinoamericanos, esta instancia ejerce plenamente funciones jurisdiccionales.¹³ El Ministerio de Trabajo es competente en las controversias jurídicas cuando hay un despido y el trabajador solicita su reintegración. En este caso, una estructura de tres niveles ha sido adoptada,¹⁴ y sólo una persona interviene en cada nivel.¹⁵

¹⁰ Se trata del art. 38-d de la ley orgánica del Ministerio del Trabajo y Bienestar Social (Decreto de Gabinete núm. 249 del 16 de julio de 1970). Cf. Murgas Torrazza, “La solución de los conflictos laborales en la legislación panameña”, *La solución de los conflictos laborales, perspectiva iberoamericana*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1985, vol. II, pp. 130-31.

¹¹ *Id.* p. 131.

¹² Este criterio fue sustentado en una decisión de la “Junta de Conciliación y Decisión” del 25 de octubre de 1977 (*Seminarios vs. Proteim*). Además se dijo que el documento firmado por las partes en este caso, tenía el carácter de una transacción.

¹³ Hay que anotar que esta autoridad administrativa es parte integrante del poder ejecutivo.

¹⁴ Primero la “jefatura de división” que se ocupa del proceso en primera instancia, segundo el subdirector y tercero el director regional.

¹⁵ Este tipo de estructura presenta dos características: por un lado, hay una divi-

Por el contrario la instancia judicial (fuero privativo) es competente en los casos de despido en que el trabajador solicita la indemnización. Esta instancia está integrada por dos organismos: los “jueces privativos del trabajo” y el “tribunal del trabajo”.¹⁶

En Perú la jurisdicción administrativa es la más importante ya que las instancias judiciales no tienen una presencia determinante en la solución de los conflictos del trabajo.^{17, 18}

B. La jurisdicción de derecho común

Actualmente las jurisdicciones de derecho común no son competentes en materia de despido individual; esto es resultado de un proceso iniciado a principios de este siglo y tendente a la creación de una jurisdicción especial del trabajo.

Este proceso no se ha presentado de la misma manera en todos los países, y se observa que en algunos de ellos, como Chile, la jurisdicción de derecho común era competente en materia de despidos hasta una fecha relativamente reciente (1986).

C. La jurisdicción del trabajo

La especificidad de los conflictos derivados de las relaciones trabajador-empedor necesitó la creación de una jurisdicción especial.¹⁹ En América Latina la organización de una jurisdicción del trabajo ha

sión de niveles que permiten un eventual control de las decisiones. Pero por otro lado, hay una relación jerárquica entre estos niveles de decisión, lo cual hace que el funcionario que ha tomado una decisión en primera instancia, no es totalmente independiente en su toma de decisión. Cf. Pasco Cosmopolis, M., “Los conflictos laborales en el Perú y su solución”. La solución de los conflictos laborales, perspectiva iberoamericana, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶ Los jueces están repartidos en el territorio peruano en función de la existencia de jurisdicciones que tienen en cuenta la cantidad de litigios y ciertos elementos geográficos. Además, hay un solo Tribunal del Trabajo con sede en Lima, *id.* p. 58.

¹⁷ *Id.* p. 59.

¹⁸ Cabe señalar que una reforma a la Constitución peruana (art. 233), que entró en vigor en 1980, ordenó que no puede existir una jurisdicción independiente del poder judicial (con excepción del arbitraje y la jurisdicción militar).

Esta disposición parece contradictoria con la realidad, ya que las instancias administrativas (Ministerio del Trabajo) y Fuero privativo (autónomo jurisdiccionalmente) están fuera del Poder Judicial. Esta contradicción debió ser eliminada por una ley orgánica del Poder Judicial, cosa que aún no se ha hecho. *Id.* pp. 60 y 61.

¹⁹ Algunos autores latinoamericanos indican entre las razones de una jurisdicción especial del trabajo: a). El carácter autónomo del derecho del trabajo, con relación al derecho común. b). La existencia de un régimen específico del proceso laboral. c). La necesidad de superar los vicios del proceso en derecho común, a saber, la len-

seguido una evolución lenta pero progresiva, que se inició en México²⁰ a principios de este siglo, y que se consolidó alrededor de los años 50.²¹

Actualmente todos los países analizados cuentan con una jurisdicción especializada en materia laboral, a pesar de que su relación con el poder judicial no sea siempre la misma.²² Los litigios relativos al despido individual son confiados entonces a esta jurisdicción especial del trabajo. Su integración puede ser de uno o varios miembros. Por ejemplo, los tribunales de primera instancia están integrados por un juez profesional en Argentina (en Buenos Aires), en Chile, Uruguay y Colombia; pero cuando hay una sola instancia, existen tribunales constituidos por varios miembros para ocuparse de las apelaciones.²³

titud, el formalismo, etcétera. Cf. Murgas Torraza, R., "La jurisdicción del trabajo en América Latina", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. II, 1982, p. 348.

Este tipo de argumentación muestra, más que la razón de ser de esta jurisdicción, los fines perseguidos por la misma. Más bien debe uno preguntarse si, a más de medio siglo de haber creado esta nueva jurisdicción en América Latina, dichos fines han sido alcanzados. Desgraciadamente la respuesta es negativa y quedan por hacer muchos esfuerzos en esta materia.

²⁰ Las actuales autoridades del trabajo en México tienen sus antecedentes, entre otros, en el Consejo de Conciliación y Arbitraje creado por decreto núm. 59 del 14 de mayo de 1915 en la provincia de Yucatán, en las Juntas de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje creados por la ley del trabajo de 11 de diciembre de 1915 en la misma provincia; además en la creación de una jurisdicción del trabajo con el art. 163 de la ley del trabajo de la provincia de Veracruz del 14 de julio de 1918, *Id.*, p. 348.

²¹ En Panamá, una jurisdicción especial del trabajo fue creada por la Constitución de 1946. En Colombia diferentes disposiciones de los años 40 llegaron al mismo resultado (se trata de una reforma constitucional de 1945: del decreto 2350 del 30 de septiembre de 1944 y de la ley 6 de 1945).

En Uruguay, se crea el Consejo Superior del Trabajo el 7 de abril de 1933.

²² Barbagelata ha señalado que pueden distinguirse dos situaciones: a). La formación extrajudicial de órganos encargados de los conflictos laborales. Tal sería el caso de México y de Perú. b). La organización de una jurisdicción especializada al interior del Poder Judicial, por ejemplo en Argentina, en Uruguay y en Venezuela. *cf.* Barbagelata, H., *Introduction aux Institutions de droit du travail en Amérique Latine*, *op. cit.*, pp. 189 y 190.

Cabe destacar dos situaciones específicas: en Brasil, los tribunales del trabajo forman parte del poder judicial, aunque se trata de un sistema autónomo, *cf.* Giglio W., "La solución de los conflictos laborales en el Brasil", *op. cit.*, pp. 68 y s.

En Colombia, la jurisdicción del trabajo ha perdido su autonomía en razón de la adopción de diferentes disposiciones durante los años 50. Así la jurisdicción colombiana es especial en lo relativo a su competencia, sus funcionarios y su régimen procesal, pero está integrada al sistema constitucional que comporta la rama jurisdiccional del poder público, *cf.* González Charry, G., "El derecho del trabajo en Colombia", *op. cit.*, p. 554.

²³ *Cf.* Barbagelata, H., *Introduction aux Institutions du droit du travail en Amérique Latine*, *op. cit.*, p. 191

La composición de los tribunales con varios miembros es la regla en América Latina, el “tripartismo” (trabajadores, empleadores y Estado) en la jurisdicción del trabajo es una de sus características, a pesar de que se adviertan diferencias en cuanto a su denominación: “Juntas de Conciliação e Julgamento” en Brasil, “Juntas de Conciliación y Arbitraje” en México, “Juntas de Conciliación y Decisión” en Panamá, “Juzgados del Trabajo” en Costa Rica, “Comisiones Tripartitas” en Venezuela. Es entonces en este marco que el derecho de recurso de un trabajador despedido podrá ejercerse.

Sección 2. Las reglas del procedimiento

El proceso en los países estudiados ha sido instituido a partir de 4 principios: la brevedad, prontitud, el carácter oral de una buena parte de los actos del proceso, y la gratuidad.²⁴ Con estos principios se ha querido poner en evidencia las diferencias que tiene este proceso respecto de aquel de derecho común.

La búsqueda de una solución del litigio derivado de un despido individual cuenta con varias fases, entre las más importantes se encuentran:

- § 1. La conciliación;
- § 2. Las medidas provisionales;
- § 3. La carga de la prueba;
- § 4. La sentencia;
- § 5. Las vías de recurso.

§ 1. La conciliación

La conciliación es un mecanismo de solución de un conflicto, en el cual las partes tratan de encontrar un acuerdo con la ayuda y participación de un tercero. Con relación a la conciliación judicial, este tercero está representado por las autoridades del trabajo, las cuales, en

²⁴ Con relación a la “brevedad y prontitud”, las legislaciones latinoamericanas han adoptado disposiciones con el fin de obtener una solución rápida del litigio, ya sea por medio de la concentración de las fases del proceso (como en México) o por medio de la exigencia de simplicidad y ausencia de formalismos (como en Panamá y Colombia). El “carácter oral de los actos del proceso” consiste en la posibilidad de efectuar la mayoría de los actos del proceso de manera oral, lo cual haría más fluido el proceso. Finalmente se pretende garantizar el ‘carácter gratuito’ del acceso a la justicia del trabajo para todos; se trata de un principio aceptado en todas las legislaciones estudiadas.

principio, son consideradas como una parte ajena al litigio y con una posición neutral respecto del mismo. Sin embargo, el carácter neutral de las autoridades en la conciliación ha sido cuestionada por algunos autores, ya que la participación del Estado en la vida económica es importante. Esta participación se manifiesta por medio de organismos descentralizados de servicios, ya sea por medio de sociedades con una participación mayoritaria del Estado, lo cual provoca una relación de dependencia con éste; en ese sentido, el conciliador y el empleador tendrían los mismos intereses.²⁶

En el proceso que debe seguirse en los tribunales laborales, la conciliación ha sido reconocida como una fase obligatoria. Las autoridades del trabajo deben, en un primer momento, tratar de encontrar un acuerdo entre las partes por medio de la conciliación. La ausencia de una “incitación” a la conciliación puede provocar la nulidad del proceso, esta situación ha sido reconocida por la jurisprudencia en Colombia y en Perú.²⁶

En ese momento la posibilidad de un acuerdo es grande, si se tiene en cuenta que el proceso puede extenderse varios meses o incluso varios años, lo cual se presenta como un factor que desalienta al trabajador. La posibilidad de un acuerdo posterior queda abierta en cualquier momento del proceso, lo cual ha sido puesto de manifiesto por la legislación panameña artículo (533 CTP), donde el juez está autorizado para convocar a una “audiencia especial” cuando lo estime benéfico para la simplificación del proceso.²⁷

Tanto el acuerdo al principio del proceso como aquel celebrado durante el mismo, deben ser aprobados por el tribunal competente, el cual podrá rechazarlos cuando advierta que se están violando los derechos del trabajador.

El número de conciliaciones obtenidas en materia de despido individual no es fácil de conocer en razón de la dificultad por obtener las informaciones estadísticas en la materia.²⁸ A pesar de ello, la conci-

²⁶ Cf. Buen, N., de, “La solución de los conflictos laborales en México”, *op. cit.* p. 35.

²⁶ Cf. González Charry, G., “El derecho del trabajo en Colombia”, *op. cit.*, p. 559, cf. Pasco Cosmopolis, M., “Los conflictos laborales en el Perú y su solución”, *op. cit.*, p. 68.

²⁷ Hay que señalar que este tipo de audiencia no es muy común en la práctica, cf. Murgas Torraza, R., “La solución de los conflictos laborales en la legislación panameña”, *op. cit.*, p. 128.

²⁸ Algunos autores ponen de manifiesto la importancia de la conciliación en la solución de los conflictos individuales en América Latina: “Según cifras proporcionadas por los Ministerios del Trabajo de la Región, los casos de conciliación de conflictos individuales superan ampliamente aquellos de carácter colectivo”, cf. Cór-

liación puede ser considerada como un medio normal y común de poner fin a un conflicto derivado de un despido individual, la cual no siempre es favorable a los intereses del trabajador.²⁹

La conciliación puede culminar en un acuerdo entre las partes, esta especie de “transacción” es, en principio, diferente de aquella de derecho común, donde la transacción ha sido concebida como una institución en la cual las concesiones recíprocas de las partes pueden poner fin a un litigio. Por el contrario, en derecho del trabajo este tipo de acuerdo no debería implicar que el trabajador renuncie a ciertos derechos; la imposibilidad de renunciar a derechos es un principio que ha sido reconocido por las legislaciones latinoamericanas. ¿Cómo explicar entonces la existencia de un acuerdo derivado de una conciliación donde el trabajador renuncia a una parte de la indemnización del despido? Cabe señalar primeramente que, a partir del momento en que el empleador no ha sido condenado por un tribunal competente con una sentencia “laudo”, las pretensiones del trabajador se fundan en “derechos inciertos” que podrían justificar un acuerdo menos favorable que una posible decisión definitiva del tribunal.

En la práctica, los acuerdos obtenidos por medio de la conciliación judicial, representan comúnmente una renuncia de los trabajadores a buena parte de sus derechos, ello es muestra de la incapacidad de las autoridades laborales para hacer que se respete la legislación del tra-

dova, E., “relaciones colectivas de trabajo en América Latina”, *cit.* por Hernández Álvarez, O., “Notas sobre procedimientos previos de conciliación en materia de conflictos individuales de trabajo”, *Relaciones de Trabajo*, Valencia, núm. 5, febrero, 1985, p. 93. Además algunos datos muestran esta tendencia. Un autor argentino dijo que la experiencia muestra que 30% de los asuntos terminan con una conciliación. A pesar de que esta observación se refiere al caso de provincia argentina (Salta), es de cualquier manera significativa, ya que puede dar una idea de la importancia de la conciliación en la solución de los litigios. *Cf.* Neil Bohler, W., “La conciliación en el procedimiento laboral en la provincia”, *Carpetas de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, núm. 1, 1983, p. 6.

Por otro lado, en Venezuela, la gestión conciliadora del Ministerio del Trabajo fue importante, ya que de 49,178 demandas individuales presentadas, 43,244 de ellas fueron resueltas con un acuerdo conciliatorio. *Cf.* Hernández Álvarez, O., “Notas sobre procedimientos previos de conciliación en materia de conflictos individuales de trabajo”, *op. cit.*, p. 96.

²⁹ “Este estado de hecho, lo obliga (al trabajador) a veces, a concluir transacciones abandonando una parte de sus derechos, en contraparte de una reintegración o de otras soluciones presentando para él algunas ventajas...” *Cf.* Panayotopoulos, “*Le controle judiciaire du licenciement, dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et edui de la Grèce*”, *op. cit.*, p. 48.

Este tipo de comentarios, válidos para ciertos países de Europa, es perfectamente aplicable en América Latina.

bajo.³⁰ Toda esta situación se traduce en una reducción considerable del monto de la indemnización por despido injustificado. Como lo ha señalado un autor para el caso de Costa Rica, “la experiencia muestra que en este caso las indemnizaciones superan raramente el 40 o el 60% de la suma reclamada por el trabajador”.³¹

Este tipo de comentarios podría ser válido para los otros países estudiados, aunque no se disponga de cifras sobre el tema.

§ 2. Las medidas provisionales

El trabajador despedido se encuentra frente a la problemática siguiente: la ausencia de un sistema de indemnizaciones por desempleo o la insuficiencia de las mismas, la privación de su único ingreso personal y familiar, innumerables dificultades para encontrar un nuevo empleo, etcétera. Frente a esta situación, en Perú se han adoptado una serie de medidas provisionales a las cuales el trabajador podrá recurrir al inicio del proceso o en el transcurso del mismo. Existen dos tipos de medidas: la suspensión provisional del despido (A) y la “asignación provisional” (B).

A. La suspensión provisional del despido

El trabajador peruano que ha sido despedido podrá solicitar al juez que se ocupa del proceso, la suspensión provisional del despido; esta solicitud puede ser hecha al principio del procedimiento (en el acto de compareción) o durante el transcurso del mismo sin que ello lo interrumpa. El juez cuenta, entonces, con un poder excepcional para suspender provisionalmente el despido y ordenar la reintegración del trabajador a su puesto.

Esta suspensión es posible cuando “por la conducta del trabajador y las características del hecho imputado, hay una presunción razonable” que la falta grave no ha sido cometida, o bien cuando las moda-

³⁰ Ver en ese sentido Murgas Torraza, “La solución de los conflictos laborales en la legislación panameña”, *op. cit.*, p. 128. El deseo por encontrar un acuerdo por medio de la conciliación tiene también otras razones, como el interés de los tribunales del trabajo para disminuir la carga de trabajo.

Por parte de los abogados de los trabajadores, la firma de un acuerdo conciliatorio les permite el pago de sus honorarios de una manera más inmediata sin correr el riesgo de un proceso tardado, cuyos resultados son inciertos.

³¹ Cf. Van der Laat Echeverría, “Flexibilité des normes, du travail: quelques aspects caractéristiques”, *op. cit.*, p. 256.

lidades previstas por la ley, en caso de despido, no se respetaron (artículo 8 LSE).

Tal disposición, cuya importancia es evidente, es objeto de un amplio debate al interior de la doctrina peruana y constituye una novedad a nivel latinoamericano.

Para ciertos autores, este trámite implica “una apreciación totalmente prematura”, que se basa sobre una presunción, cuya validez es discutible.³² La suspensión del despido podría constituir una “barrera psicológica” que impediría al juez decidir en favor del empleador, ya que esta posible decisión posterior vendría a contradecir su decisión inicial.³³

De cualquier manera, se trata de una disposición, en principio, favorable a los intereses de los trabajadores, pero cuya aplicación es ardua. Además, cabe señalar que esta institución ha quedado incompleta ya que la ley peruana (LSE) no resolvió el problema de saber cuáles medidas sancionatorias procederían en el caso en que el empleador niegue la reintegración provisional del trabajador interesado.

B. La asignación provisional

El artículo 9 de la ley peruana (LSE) prevé: que al inicio de la acción en justicia, o posteriormente, en cualquier momento del proceso, el trabajador podrá solicitar que su empleador le pague una asignación provisional. Se trata de una norma nueva que sólo existe en Perú. El juez competente en la materia será aquel que conoce la acción intentada contra el despido injustificado.

La asignación provisional será pagada mensualmente, y su monto no podrá ser superior a la última remuneración que percibía el trabajador. El empleador tendrá la obligación de pagar la asignación hasta el monto de la “compensación por tiempo de servicios” (prestación a la cual el trabajador tiene derecho y cuyo pago no ha sido anulado o realizado).³⁴ Así, al final del proceso, la asignación será deducida, ya sea de la indemnización especial de despido (en el caso en que el trabajador gane) o de la compensación por tiempo de servicios (en el caso en que el trabajador pierda).³⁵

³² Cf. Pasco Cosmopolis “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 255.

³³ *Ibid.*

³⁴ Esta compensación equivale a un salario por cada año de servicios o por fracción superior a 3 meses. El empleador debe hacer este pago al momento de la ruptura del contrato, independientemente de la causa de ésta.

³⁵ Pasco Cosmopolis, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, *op. cit.*, p. 256.

§ 3. La carga de la prueba

Las disposiciones en materia de carga de la prueba en las legislaciones y jurisprudencias latinoamericanas son similares. Estos criterios han dado lugar a la creación de un sistema en el cual los tribunales competentes deberán forjar su convicción a partir de los elementos proporcionados por las partes; sin embargo, el juez conserva ciertos poderes inquisitorios. En razón de esta distribución de la carga de la prueba, resulta imposible calificar al proceso como totalmente “dispositivo” o totalmente “inquisitorio”,³⁶ se trata más bien de un sistema híbrido; esta situación es más evidente en el caso de un despido desprovisto de causa legal donde cada una de las partes está obligada a probar ciertos hechos.

En lo que respecta al empleador, estará obligado a probar la existencia de la justa causa; en ese sentido deberá aportar la prueba de los elementos constitutivos de la falta imputable al trabajador. Este criterio ha sido adoptado por las legislaciones³⁷ y ha sido confirmado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de estos países.³⁸

Por el contrario, en lo que respecta al trabajador, se ha adoptado un criterio, según el cual deberá demostrar la existencia de la relación laboral y el despido.³⁹ Además, el trabajador deberá aportar la prueba del “abuso de derecho” del empleador o bien, del “daño indirecto” provocado, en el caso en que estas situaciones puedan dar lugar al pago de una indemnización complementaria del despido.⁴⁰

³⁶ Se denomina sistema “dispositivo”, aquel donde las dos partes del litigio deben hacer avanzar el proceso; mientras que se habla de un sistema “inquisitivo” cuando el organismo jurisdiccional puede hacer avanzar el proceso de manera unilateral. Cf. Ramírez Fonseca, F., *La prueba en el procedimiento laboral. Comentarios y jurisprudencia*, México, Publicaciones administrativas y contables, S.A., 1985, p. 106.

³⁷ Por ejemplo: art. 11 (LSE) en Perú, art. 82 (CCR) en Costa Rica, art. 10 (ley 12.597 del 30 de diciembre de 1958) en Uruguay, art. 215 y 216 (CTP) en Panamá, art. 784-IV (LFT) en México.

³⁸ La jurisprudencia mexicana ha indicado que corresponde al empleador probar el abandono del trabajo, o bien, los hechos que él invoque como causa justificada de rescisión del contrato de trabajo. Cf. Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Jurisprudencia laboral, 1917-1981* (tesis núm. 53), *op. cit.*, p. 53, Decisiones similares han sido pronunciadas en Uruguay y en Brasil, cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo, op. cit.*, p. 371; Giglio, W., “La extinción de la relación de trabajo en el Brasil”, *op. cit.*, p. 71.

³⁹ Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados”, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰ Estas situaciones fueron previstas por la jurisprudencia uruguaya y colombiana: en Uruguay se aceptó que la idea de “despido abusivo” da derecho a una indem-

En general, todos los países analizados han reconocido la facultad que tienen los tribunales para ordenar el examen de las pruebas que crean necesarias para el esclarecimiento de los puntos litigiosos y la formación de su convicción.⁴¹

Los medios de prueba son similares a aquellos reconocidos en materia civil. En principio, todos los medios de prueba se aceptan, el único límite (reconocido en México) ha sido expresado de la siguiente manera: “se admitirán en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho...” (artículo 776 LFT). Esta fórmula ha sido retomada en los otros países de la región.

A pesar de que la carga de la prueba de la causa pese sobre el empleador, se ha podido constatar la existencia de prácticas utilizadas por los empleadores durante el proceso con el fin de evitar la aplicación de este criterio. Por ejemplo, en México, el empleador puede, desde el inicio del proceso, negar la existencia del despido y al mismo tiempo ofrecer al trabajador su antiguo puesto; en este caso se operará una inversión de la carga de la prueba y el trabajador deberá demostrar que fue efectivamente despedido. Se trata de una situación reconocida por la jurisprudencia mexicana: se presume, en estas circunstancias, que el empleador no tomó la iniciativa de ruptura.⁴²

Este tipo de prácticas se han podido constatar también en Brasil, donde un trabajador que ha sido despedido, “a puerta cerrada” y sin

nización complementaria diferente de la global. Aquí los tribunales de trabajo serán competentes, a pesar de que se invoquen normas del Código civil. No existe un procedimiento especial y, en este caso, el trabajador deberá demostrar, no sólo “el abuso”, sino también “el daño” causado con el despido. Como puede imaginarse, las dificultades que enfrenta el trabajador para probar estos elementos son grandes, ello impide, a veces, la atribución de una indemnización por falta de pruebas. Cf. Barbagelata, H., *Derecho del trabajo*, op. cit., p. 362.

En Colombia, la jurisprudencia reconoció que la ruptura unilateral del contrato puede también provocar indirectamente, un daño que debe ser reparado, en la medida que haya sido probado por la parte que lo invoca. Cf. González Charry, G., “Colombia”, op. cit., p. 94.

⁴¹ Cf. Pla Rodríguez, “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados”, op. cit., p. 50; Secretaría del Trabajo y Previsión Social. *Jurisprudencia laboral 1917-1981*, op. cit., pp. 159-160; Fabrega, J., “Principios procesales básicos del nuevo código de trabajo en Panamá”, *DLT*, México, UNAM, vol. II, 1974, p. 223; De Moraes Filho, “Direito do trabalho brasileiro”, *DLT*, op. cit., vol. I, p. 369; González Charry G., “El derecho del trabajo en Colombia”, op. cit., p. 561.

⁴² “Cuando el empleador niega haber despedido al trabajador, ofreciéndole la integración a su puesto, corresponde al trabajador demostrar que fue efectivamente despedido. En este caso, existe la presunción de que el empleador no rescindió el contrato de trabajo. Si el trabajador insiste sobre el hecho del despido, le corresponderá hacer la prueba de sus afirmaciones”. *Apéndice 1975*, 5a. parte, 4a. sala, tesis 66, p. 76, citada por Trueba Urbina, *Ley federal del trabajo*, op. cit., p. 773.

testigos, difícilmente podrá más tarde probar estos hechos.⁴³ Estas prácticas son condenables y constituyen un obstáculo a la actividad probatoria del trabajador dificultando su lucha judicial.

§ 4. La sentencia

La sentencia (laudo) que pone fin al proceso debe resolver las acciones intentadas por las partes del litigio. Así, sus pretensiones serán reconocidas o desaprobadas. En el caso de un proceso intentado por el trabajador en caso de despido, la sentencia deberá declararlo “justificado” o “injustificado”.

En el primer caso, los tribunales reconocerán la legalidad del acto de despido. Dicho de otra manera, se reconocerá la existencia de una “causa justa” eliminando cualquier responsabilidad por parte del empleador, sin embargo, ello no libera al empleador de la obligación de pagar el monto de las prestaciones que se debían al trabajador al momento de la ruptura. El pago de estas prestaciones es, en la mayoría de las legislaciones, proporcional a la antigüedad en la empresa. Se trata, entonces, de derechos adquiridos que no son considerados objeto del litigio, entre estas prestaciones se encuentran: las vacaciones, el aguinaldo, etcétera.

Por otra parte, si el despido es declarado “injustificado”, el régimen de las sanciones del despido individual será aplicable. La sentencia debe, antes que nada, estar fundada en las pruebas aportadas por las partes, e igualmente en aquellas que hubieran sido ordenadas por el tribunal, y de una manera general, en todos los actos del proceso. Sin embargo, en algunas legislaciones se puede advertir que las autoridades judiciales están autorizadas a tomar decisiones *extra petita* y *ultra petita*.⁴⁴ Esta posibilidad existe, por ejemplo en Argentina,⁴⁵ en Brasil,⁴⁶ en Colombia⁴⁷ y en Panamá.⁴⁸

⁴³ Cf. Giglio, W., “La extinción de la relación de trabajo en el Brasil”, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁴ Se habla de una decisión *extra petita* cuando el tribunal se pronuncia sobre cuestiones o derechos que no han sido demandados; mientras que la decisión *ultra petita* es aquella en que el tribunal (respetando los límites cualitativos del procedimiento) ha tomado una decisión que lo supera cuantitativamente, cf. González Charry, G., “El derecho del trabajo en Colombia”, *op. cit.*, p. 564.

⁴⁵ Cf. Tissebaum, M., “El derecho del trabajo en la República Argentina”, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁶ A pesar de que la ley brasileña autorice este tipo de decisiones, se les ha considerado como nulas. Cf. Giglio, W., “La solución de los conflictos laborales en el Brasil”, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁷ Cf. González Charry, G., “Colombia”, *op. cit.*, p. 564.

⁴⁸ Cf. Fabrega, J., “Principios procesales básicos del nuevo código de trabajo en Panamá”, *DLT, op. cit.*, vol. II, p. 225.

Esta facultad que tienen los tribunales laborales ha sido reconocida con un interés claro, ya que favorece las demandas de los trabajadores ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la falta de información detallada sobre el contenido de las sentencias, concretamente en materia de despido individual, no permite hacer una evaluación de su práctica.

§ 5. Las vías de recurso

En todos los países latinoamericanos, la decisión de un tribunal que pone fin a un litigio puede ser atacada. Con este fin, diversas vías de recurso son ofrecidas. Las características de los recursos son diferentes en función de la organización jurisdiccional adoptada en cada país, sin embargo, puede advertirse la existencia de tres tendencias en esta materia, cada una representada por el caso de Brasil (A), de México (B) y de Perú (C). El tipo de organización vigente en los otros países se acerca a uno u otro de estos grandes modelos.

A. El caso de Brasil

En Brasil se puede apelar contra una decisión de primera instancia (juntas de conciliação e julgamento) utilizando un “recurso ordinario” (artículo 893-II CLT) ante las autoridades jerárquicamente superiores y dentro de un plazo de ocho días. Este recurso será dirigido al Tribunal Regional del Trabajo correspondiente a la jurisdicción donde se encuentra la autoridad que ha tomado la decisión.

La recepción del recurso en segunda instancia se hace en función del monto de las prestaciones que se deben. Se fija un mínimo para que esta segunda instancia tome conocimiento del asunto.⁴⁹

El recurso ordinario da al tribunal la posibilidad de ejercer un control sobre las cuestiones de hecho, pero también sobre las cuestiones de derecho, que son objeto del litigio. Contra una decisión del Tribunal Regional, puede haber un “recurso de revisión” ante los grupos del Tribunal Superior del Trabajo y no ante la asamblea plenaria del mismo tribunal,⁵⁰ a pesar de que será el presidente del Tribunal Regional del Trabajo quien decidirá sobre la recepción del recurso.

⁴⁹ Este mínimo equivale, más o menos, al valor de un salario mínimo. Si la cantidad es inferior (situación excepcional) no hay recurso alguno, salvo si la discusión tiene por objeto algún aspecto constitucional, en ese caso todos los recursos pueden ejercitarse.

⁵⁰ Este recurso es posible si la decisión del Tribunal Regional contradice alguna disposición de la ley o la jurisprudencia de los mismos tribunales regionales o de la Asamblea Plenaria del Tribunal Superior del Trabajo (art. 896 CLT).

La decisión del Tribunal Superior del Trabajo podrá ser atacada ante el mismo tribunal (el cual funcionará en sesión plenaria) dentro de los ocho días que sigan a la publicación de la conclusión del acuerdo (artículo 894 CLT).⁵¹ Así, en un recurso en casación, sólo es posible un control sobre las cuestiones de derecho.

Cabe agregar que, de manera excepcional, podrá haber un “recurso extraordinario” (artículo 893-III-CLT) en caso de ofensas a la Constitución, contra la decisión adoptada en la asamblea plenaria del Tribunal Superior del Trabajo. Este recurso, deberá intentarse dentro de los 15 días ante el Tribunal Supremo Federal.

B. El caso de México

La jurisdicción del trabajo en México está organizada en una sola instancia, las decisiones de ésta no admiten recurso alguno en cuanto al fondo del asunto. La única vía para atacar una sentencia (laudo) de las “Juntas de Conciliación y Arbitraje” es el “juicio de amparo” previsto en la Constitución política (artículo 103, 107-III).

El juicio de amparo puede iniciarse en el caso en que haya habido “violación a las garantías individuales” y cuando la decisión de un tribunal no admita ningún recurso ordinario como en el caso de los “laudos”.

Tres autoridades están habilitadas para seguir este procedimiento:

1) El “juez de distrito” interviene cuando se trata de actos cometidos fuera del proceso y si los perjuicios no fueron reparados en el “laudo”.⁵² Una buena parte de los “amparos” se ocupan de problemas relacionados con la notificación o la personalidad jurídica.

2) La Suprema Corte de Justicia (por medio de su Cuarta Sala) conocerá de los “laudos” o sentencias colectivas cuando se trate de asuntos de competencia federal (las materias de competencia federal han sido indicadas en la constitución misma).

3) Los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando se trata de un asunto de competencia local (por oposición a aquellos de competencia federal).

⁵¹ El recurso es posible cuando la decisión del Tribunal Superior contradice una ley federal o cuando ella no está de acuerdo con otras decisiones de la misma tesis legal. Cf. Giglio, W., “La solución de los conflictos laborales en el Brasil”, *op. cit.*, pp. 74 y s.

⁵² Se llaman “distritos”, ciertas divisiones del territorio mexicano, que han sido hechas para establecer la competencia de los jueces.

El juicio de Amparo sólo se ocupará de la interpretación y de la aplicación del derecho, dejando de lado el examen de los hechos. Sin embargo, es frecuente que las autoridades de Amparo traten cuestiones de hechos ya que se ha considerado que las juntas deben actuar de conformidad con la lógica y no de una manera irreflexiva.⁵³

C. El caso de Perú

Hay que recordar que en Perú existen dos autoridades competentes en materia de conflictos laborales: la instancia administrativa (fuero administrativo) y la instancia judicial (fuero privativo). En cada caso las posibilidades de recurso son diferentes.

En la instancia administrativa sólo algunas decisiones son susceptibles de ser atacadas ante la instancia judicial por medio de acciones de carácter administrativo (por ejemplo, contencioso administrativo) consagradas en la Constitución; mientras que en otros casos las decisiones se consideran como cosa juzgada sin posibilidad de ser debatidas. Tal ha sido el caso de las decisiones que ordenan la reintegración del trabajador despedido sin justa causa.⁵⁴

Con relación a la instancia judicial, se tienen dos niveles: por un lado los jueces privativos en primera instancia y por otra, el Tribunal del Trabajo, en la segunda y última instancia. El Tribunal del Trabajo es el único a nivel nacional, se encuentra en Lima y está constituido por tres salas.⁵⁵

Las decisiones del fuero privativo (jueces privativos y Tribunal del Trabajo) aceptadas o ejecutadas tienen la autorización de cosa juzgada, en ese sentido, son definitivas y no pueden ser discutidas por ninguna instancia, incluyendo la Suprema Corte de la República.^{56, 57}

⁵³ Buen, N., de, "La solución de los conflictos laborales en México", *op. cit.*, p. 44.

⁵⁴ Ello, con base en el art. 29 del decreto-ley 22126. Cf. Pasco Cosmopolis, "Los conflictos laborales en el Perú y su solución", *op. cit.*, p. 56.

⁵⁵ *Id.* p. 58.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Hay que hacer una mención especial para el caso de Uruguay, donde los tribunales especializados en materia laboral sólo existen en Montevideo (la capital) para la primera instancia; en el resto del país, así como para la segunda instancia, los asuntos estarán a cargo de los jueces, de los tribunales de derecho común. Esta situación se agrava por el hecho de que en este país no existe un régimen propio al procedimiento de los litigios laborales. El procedimiento aplicable es aquel previsto en el Código civil de 1978, cf. Barbagelata, H., "El derecho del trabajo del Uruguay", *op. cit.*, p. 511.