

ISSN 1679-8694



**PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA 15ª REGIÃO  
CAMPINAS**

**Direção e coordenação da Escola Judicial  
Repositório Oficial de Jurisprudência**

Campinas

n. 44

p. 1 - 346

jan./jun.

2014

# **LAS CONTROVERSIAS DE LA LEY FORNERO EN ITALIA ENTRE ESPECIALIDAD Y ÁMBITO DE COMPETENCIA\***

## **THE CONTROVERSIAL FORNERO BILL IN ITALY: between specialization and jurisdiction**

**Carmelo Romeo\*\***

### **1 INTRODUCCIÓN**

Este ensayo tiene como objetivo fundamental el de trazar, en el ámbito del procedimiento específico de los despidos, introducido por la recién reforma de la ley Fornero (l. n. 92 del 2012), algunas líneas interpretativas sobre el nuevo proceso. Sin embargo, el método utilizado no se refiere solo a las vicisitudes del contencioso judicial. A partir de las modificaciones sustanciales que la nueva ley ha aportado a la estructura preceptiva del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, se ha intentado coger los aspectos de la reforma sobre la tutela real que afecten también al área de la acción judicial. Se llega, luego, a un examen de cada uno de los perfiles que conciernen las técnicas procesales, siendo necesaria una averiguación de los primeros fallos de la jurisprudencia de mérito, con el objetivo de efectuar también una oportuna comparación con la tradicional Ley n. 533 del 1973 sobre el proceso del trabajo. Por último, una reflexión sobre la no aplicabilidad del nuevo proceso al sector del público empleo.

### **2 LA LEY FORNERO EN ITALIA Y LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE DESPIDOS**

La llamada “Reforma Fornero”, como saben también quienes no se ocupan profesionalmente de esto, contiene diferentes y complejas disposiciones generales en materia de re-legislación del mercado del trabajo en Italia, en una declarada perspectiva de crecimiento. Más específicamente, contiene nuevas disposiciones sobre la flexibilidad “en entrada” y “en salida” de los trabajadores, el todo en un cuerpo normativo denso de evidentes contradicciones e indiscutiblemente ambiguo por su imposibilidad de realizar las finalidades estructurales preestablecidas<sup>1</sup>.

En realidad, es preciso aclarar ahora mismo, la parte más discutida y conocida por los medios de comunicación sobre la nueva Ley n. 92 del 2012 es sin duda la que concierne la flexibilidad en salida y

---

\*Este ensayo se encuentra en la revista italiana: *Il lavoro nella giurisprudenza*, IPSOA: Bologna, 3, da p. 221 e ss., 2013. La traducción al castellano ha sido realizada por el autor y revisada por Miguel Basterra Hernández, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante (España).

\*\*Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Catania.

<sup>1</sup>Entre los primeros comentarios en tal sentido, FEZZI - SCARPELLI (2012), que expresan sentimientos de preocupación e insatisfacción sobre el texto de la ley.

especialmente, las normas sobre la reformulación de la disciplina sustancial en materia de despido. Y a este propósito, se impone la utilidad para el intérprete de señalar como hayan sido numerosos (y relevantes) los retoques a los artículos 7 y 18 E.T., así como a la precedente Ley n. 604 del 1966 sobre despidos individuales, hasta modificar de raíz la estructura portante, sobre todo con respecto a la norma del art. 18, cuyo encabezamiento está ahora titulado: “Tutela del trabajador en caso de despido ilegítimo”.

Sin embargo, la reforma interviene también, y de manera incisiva, sobre la presentación de un nuevo proceso relativo al contencioso que tenga como objeto principal la reintegración en el puesto de trabajo, y lo hace, a través de las disposiciones de los incisos de 47 a 68 del art. 1. Ahora bien, cabe precisar desde ahora que, también desde el punto de vista procesal, no se trata de simples modificaciones formales, sino de un radical cambio de opinión sobre la misma filosofía relacionada a las controversias laborales y, más específicamente, de las destinadas a garantizar la tutela real. Una prueba directa de todo esto se encuentra en el explícito *incipit* del art. 1, inciso 1, letra c de la misma “ley Fornero” que manifiesta claramente cuanto sea prioritaria la exigencia de ajustar a las nuevas reglas sustanciales sobre los despidos contenidos en la ley, también un específico y más flexible procedimiento judicial, funcional para “acelerar la conclusión de las relativas controversias”.

Importante aspecto innovador, pues, encuentra una confirmación textual en el hecho que la ley tenga como objetivo fundamental el de desmembrar de la variada y heterogénea generalidad del contencioso en materia de trabajo, todas las cuestiones que hayan como objeto la reintegración, si bien conectadas a otros perfiles.

La verdad es que, desde mucho tiempo, había surgido, gracias también a la sensibilidad de la doctrina iuslaboralista y no<sup>2</sup> una específica e imprescindible exigencia de doble valencia metodológica: arreglar las incongruencias, relacionadas sobre todo a los tiempos largos de los procesos, y además, garantizar igualmente certezas en la efectividad de la tutela de los derechos.

Ahora bien, con las recientes novedades se quiere extrapolar del revoltijo del proceso del trabajo, creando un canal privilegiado, solo el contencioso que tenga como referencia la acción de reintegración. *Guide line* del nuevo sistema es la de conjugar conjuntamente modificaciones sustanciales sobre las normas del art. 18, con la ulterior necesidad de adecuar el contencioso al mutado contexto de referencia respecto al histórico de los años setenta.

En coherencia con las consideraciones desarrolladas arriba, es preciso especificar además que objetivo de la presente contribución es la

<sup>2</sup>En tal sentido MISCIONE (2012). Y también, para algunas reflexiones a comparación con el derecho societario, se remite a MAFFUCINI (2007). Sin embargo, pesadas críticas al proceso del trabajo proceden de los mismos jueces del trabajo. Véase DE ANGELIS (2010; 2012). Y en fin, sobre el asunto se remite también a los trabajos de la COMISIÓN FOGLIA (2001).

de examinar conjuntamente los aspectos, tanto positivos como negativos, relacionados a este nuevo recorrido preferencial para las causas de trabajo, en los casos en que haya sido presentada una solicitud de reintegración, declinando conjuntamente, durante el análisis de cada norma, los perfiles relacionados a la presentación de la demanda, reservados al demandante, con los de la elección del tipo de proceso, que corresponden al juez. Las intenciones parecen suficientemente apreciables: se tratará de averiguar si, más allá de la reforma procesal basada sobre la flexibilidad, merecedora de un primer juicio positivo, existan también contenidos prácticos igualmente positivos.

Se trata, como hemos dicho antes, de la institución de un nuevo canal privilegiado con la finalidad prioritaria de llevar una aceleración a las acciones judiciales en materia de reintegración. Estas requieren soluciones más urgentes e inmediatas respecto a las otras (y numerosas) tipologías del contencioso laboral con valor esencialmente de resarcimiento y notoriamente sufren, más de las demás controversias, la intolerable prolijidad de los procesos, ya endémica, conectada con la crisis del proceso. En efecto, queda claro a todos, que las prácticas judiciales no hacen justicia y no ofrecen un equilibrado (y civil) servicio a las partes procesales, tanto al trabajador como al empleador. Todo esto se debe a los tiempos excesivamente dilatorios para la conclusión del proceso, dado el sustancial fracaso de la casi cuarentenal reforma de la Ley n. 553 del 1973 sobre controversias laborales y seguridad social, caracterizada desde el principio por una idea de un *celer processus*<sup>3</sup>, idea, estrepitosamente desmentida de los acontecimientos de los años sucesivos<sup>4</sup>.

En particular, por lo que se refiere a las causas sobre los despidos, hay que poner atención al efecto distorsionado relacionado a sentencias, en materia de reintegración en el puesto de trabajo, emitidas después de muchos años de espera (calculando tres instancias de juicio, más allá de diez años) y que a veces han contribuido a determinar una situación totalmente incontrolable e incierta, tanto para las empresas, como para los trabajadores despedidos, como ya se ha delatado en pasado<sup>5</sup>.

Tanto más, en algunas y cada vez más frecuentes hipótesis, se acaba con una situación de evidente sufrimiento desde el punto de vista económico-financiero. Esto se verifica, en particular, cuando, en las dos instancias de mérito (el del tribunal y el del tribunal de apelación), los jueces hayan decidido el rechazo de la demanda de reintegración en el puesto de trabajo, demanda que, en cambio, es, luego, acogida en el juicio de Casación, con un evidente vuelco de los *decisa* de los primeros jueces. Por lo tanto, el deseado efecto de la reducción total de los

<sup>3</sup>Entre los primeros comentarios sobre la Ley n. 553 del 1973 cfr. MONTESANO-MAZZOTTI (1974), espec. 3 y 4 en los cuales se pronosticaban seguros resultados positivos en relativos a la rapidez y a la flexibilidad de la acción.

<sup>4</sup>Sobre la crisis del proceso del trabajo, cfr. FOGLIA (2001).

<sup>5</sup>Con referencia a los temas sobre el excesivo peso de la tutela real respecto a las disponibilidades económicas del empleador y de las consecuencias relacionadas a la crisis del proceso del trabajo, me remito a ROMEO (2002), 105 ss.

términos procesales de la reforma, junto a un sistema de celeridad del contencioso, es de por sí claramente una meta apreciable y merecedora de ser alcanzada. Sin embargo, el nuevo que se adelanta, considerando en su concreción las luces y las sombras de las disposiciones de este proceso especial, está tan asechado, con insólita evidencia, por la misma criticidad del sistema elaborado, como para considerar que surja la supremacía - esto se desprende también de las numerosas censuras de los primeros comentarios en caliente sobre la ley de reforma - de las sombras sobre las luces<sup>6</sup>. Es decir, las criticidades de los nuevos arreglos procesales, sin duda mal concebidos<sup>7</sup> y de difícil inserción en el contexto actual, manifiestan una ausencia de orden, sobre todo con respecto a la racionalidad de las elecciones y certezas de incidir con eficacia sobre el sistema precedente.

En efecto, como veremos más adelante y cuando se efectuará el examen en concreto de cada disposición, algunas negatividades del nuevo procedimiento aparecen muy condicionantes respecto a los futuros éxitos y a lo que debería ser un resultado positivo y realmente reformador. La verdad es que se trata, sin ninguna duda, de una estructura totalmente innovadora y por un lado revolucionaria respecto al estereotipo de la Ley n. 533 del 1973. Mejor dicho, en evidente rumbo de colisión respecto a la rigurosa lectura de las reglas del tradicional proceso del trabajo, prevalentemente declinadas en relación a las exclusiones<sup>8</sup>.

A este punto de la reflexión, y en extrema síntesis, antes de examinar *funditus* las varias cuestiones con un comentario sobre las disposiciones más emergentes, aquí solo es preciso poner de manifiesto, y esto también desde un punto de vista metodológico y de la global estructura de las modificaciones, las siguientes patentes criticidades del nuevo modelo:

- a) Ante todo hay que mencionar la circunstancia, aunque sea de orden sistemático, que las nuevas disposiciones procesales no están contempladas en el cuerpo del código de proceso civil, sino que se encuentran exclusivamente en la Ley n. 92 del 2012; de manera que se va a enraizar un evidente mecanismo de pura remisión a normas procesales, manteniendo el nuevo proceso una significativa especialidad del procedimiento, no introducida en el código;
- b) Se puede fácilmente presumir que el nuevo mecanismo procesal determinará desde ahora un cierto aumento del contencioso, puesto que la evidenciada necesidad de exponer demandas exclusivamente dirigidas a la impugnación del despido, tendrá un efecto multiplicador. Y en verdad,

---

<sup>6</sup>Crítico con respecto a la reforma Fornero, antes de su primera entrada en vigor, CARINCI (2012a, p. 530), con respecto a nuestro tema, expresa incertidumbre sobre el juicio especial destinado a “trastornar el otro pilar de la estación estatutaria, la Ley n. 533 del 1973 sobre el proceso del trabajo”.

<sup>7</sup>Emblemático el mismo título de la contribución interpretativa de MAGRINI (2012).

<sup>8</sup>Es esta, en efecto, la línea de tendencia relativa a las controversias de trabajo, también en razón de las orientaciones del Tribunal Supremo. Sobre el tema específico y para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de las Secciones Unidas, cfr. VACCARELLA (2006).

sin ninguna posibilidad de ampliar el *petitum* a otras cuestiones - por supuesto, hecha excepción de las relativas a la calificación de la relación de trabajo -, se delinea un desdoblamiento obligatorio de las posibles acciones judiciales. Se presenta así un evidente aumento de tareas para la magistratura y la lógica consecuencia de un considerable aumento de los retrasos sobre la decisión de las controversias ordinarias de cognición: es decir, las relativas a los derechos del trabajador que no atañen al ámbito del despido, y también de estas últimas si presentadas antes de la Ley Fornero;

c) Un ulterior (y deplorable) aspecto concierne la evidente multiplicación de los procedimientos hoy en día globalmente vigentes, con la previsión de términos diferentes, incluso de poco entre ellos y con la puesta en marcha, a través del proceso especial sobre despidos, de un nuevo proceso "híbrido". Este último nace de una ambigua combinación de normas que prevé una mezcla (*un mixage*), entre tutela cautelar, procedimiento monitorio y juicio de cognición, del todo heterogéneo y muy poco relacionado a la estructura del proceso del trabajo;

d) En fin - pero se tomará en consideración en las siguientes páginas - hay que destacar la difícil relación entre los dos procesos del trabajo, el ordinario y el de la Ley n. 92 del 2012, y además, sobre todo, el complejo enlace, en la fase de la primera instancia del proceso Fornero, entre el preliminar procedimiento sumario y el relativo a una cognición plena.

### 3 LA REINTRODUCCIÓN DE LA TENTATIVA DE CONCILIACIÓN EN CASO DE DESPIDO POR CAUSA OBJETIVA JUSTIFICATIVA

Con referencia a cuanto sintéticamente expuesto arriba, es ahora oportuno empezar una reflexión, en cuanto sea posible, en esta segunda fase más analítica y minuciosa respecto a las genéricas indicaciones ya expresadas, sobre cada paso de la estructura del nuevo contencioso. Sin embargo, es oportuno empezar - como primer momento de atención - de la disposición, de naturaleza pre-procesal, que prevé una vuelta al acto de conciliación, ahora de nuevo obligatorio y preventivo.

A este propósito, hay que mencionar la disposición del art. 1, inciso 40 de la Ley del 28 junio de 2012, n. 92, que sustituye el texto del art. 7 Ley 15 julio de 1966, n. 604. En resumen, la norma en cuestión, que regula la materia exclusiva del despido por justificado motivo objetivo - decidido por el empleador que tenga los requisitos dimensionales previstos en el art. 18 Ley n. 300 del 1970 - , establece que el despido (y **no la impugnación del mismo**) tiene que ser precedido por una comunicación a cargo del empleador dirigida a la Dirección Territorial del Trabajo (Direzione Territoriale del Lavoro, D.T.L.) y enviada al trabajador, para que venga en conocimiento del mismo.

Se trata de una solución del todo anómala e indiscutiblemente atípica respecto a las hipótesis, más conocidas y consolidadas, de actos de conciliación facultativos y/o obligatorios, alternativamente previstos por el legislador para la materia del trabajo. En efecto, el explícito

objetivo del legislador es ahora, antes de poner en marcha y consolidar un procedimiento de despido<sup>9</sup>, el de un cambio total y conceptual de perspectivas. Se trata, de hecho, de una medida innovadora relativa a las precedentes lógicas conciliatorias, orientadas tradicionalmente a hacer que la acción judicial esté precedida por un acto de conciliación obligatorio, o bien, después de la Ley n. 183 del 2010 sobre el *collegato lavoro*, facultativo. Ahora bien, en estos últimos casos, es el mismo trabajador quien debería (o, mejor, puede en el hipótesis de la conciliación facultativa) proponer el acto de conciliación, antes de presentar recurso de trabajo en sede jurisdiccional. Diversamente, en el caso que nos interesa, la carga corresponde exclusivamente al empleador, que con la nueva normativa tiene la obligación de comunicar preventivamente la intención de proceder a un despido por justificado motivo objetivo.

Por otro lado, relativamente a la circunstancia que estamos examinando, no es posible acogerse al art. 5 Ley 11 de mayo de 1990, n. 108 que limitaba el vínculo del acto de conciliación tan solo a las hipótesis de tutela obligatoria en materia de despidos. Hay que considerar, entre otras cosas, que entonces esa particular solicitud conciliatoria a carga del trabajador, concernía, sea como sea, las condiciones para que la demanda procediera (hubiera lugar) en juicio. En cambio, se opina diversamente con respecto a la nueva regla contenida en la recién reforma Fornero, en la que la propuesta conciliatoria se refiere al disonante (y antecedente) perfil relacionado con la regularidad del despido. Es decir, un verdadero requisito sustancial, y no un requisito procesal, sin duda sí influyente sobre la ritualidad del sucesivo desistimiento, pero no con respecto a la accionabilidad de la demanda judicial.

De la misma formulación literal de la normativa objeto de nuestro análisis, emerge ya su primera criticidad: el despido tiene que ser precedido por una comunicación en la que el empleador declare su intención de rescindir la relación, y esta comunicación tiene que ser enviada, se presume simultáneamente, al trabajador. Luego, se esperará la convocación por parte de la D.T.L. con un periodo de *stand by*, hasta llegar a la resolución de la relación que choca con la exigencia de poder rescindir inmediatamente, claramente abonando la indemnización sustitutiva del aviso previo. Único elemento, cierto y textual, es que, dentro de la antedicha comunicación de despido, el empleador tiene que indicar los motivos objetivos (que ya no se pueden modificar) que lo inducen al extremo paso de la rescisión de la relación de trabajo<sup>10</sup>.

De veras, la nueva disciplina prevé plazos máximos bastante apretados y tempestivos: en particular el relativo a la convocación

<sup>9</sup>Es calificado como procedimiento adelantado, ya que es preventivo a la intimación misma del despido, por VALLEBONA (2012, p. 62).

<sup>10</sup>Es positiva la disposición del apartado 7 del reformado art. 7 Ley n. 604 de 1966 que prevé, en el caso de que una conciliación contenga una resolución consensual de la relación, la aplicación de las disposiciones en materia de Seguro social para el empleo (Assicurazione sociale per l'Impegno, Aspi). Además, quien haya sido despedido por justificado motivo objetivo y haya conciliado una resolución consensual de la relación de trabajo, puede ser encomendado a una agencia de suministro de mano de obra, art. 4, inciso 1, letra a y b del Decreto legislativo n. 276 del 2003.

de las partes - a carga de la D.T.L. - en el plazo de siete días para la conciliación. Sin embargo, si es cierto que pasado inútilmente el término de siete días desde la comunicación, el empleador puede formalizar el despido, es también cierto que un impedimento legítimo del trabajador, adecuadamente justificado, sobre todo con respecto al tiempo de duración máxima (20 días) del acto de conciliación, implica la prórroga automática de los plazos. Pues bien, parece oportuno precisar en este específico argumento, la cuestión de la prórroga de los plazos.

La enfermedad del trabajador, por ejemplo, surgida en el periodo en el que debe concluirse la conciliación ya puesta en marcha, o bien, en la fase en la que tiene que ser formalizada la frustrada conciliación, no afecta a la validez del despido, sino que determina solo y exclusivamente un aplazamiento de la fecha de la eficacia del mismo. En otros términos, la certificada imposibilidad del trabajador, aunque no perjudique la plena legitimidad del mismo despido, determina únicamente un traslado de sus efectos. Por lo tanto, el trabajador podría (comprensiblemente) utilizar, subrepticia e instrumentalmente, la hipótesis de la enfermedad y el consecuente "periodo de comporta" (periodo en el que al empleador está prohibido despedir al trabajador), en este caso con evidente dificultad por parte del empleador de probar la antedicha instrumentalidad. Es cierto que el apartado 9 del renovado art. 7 Ley 15 de junio de 1966, n. 604 prevé expresamente que el procedimiento pueda ser legítimamente suspendido y esto durante un plazo máximo de quince días; sin embargo, es cierto también que la misma norma no parece afectar a la posibilidad en concreto de despedir el trabajador en el periodo de enfermedad. En esta hipótesis el despido queda simplemente suspendido durante los plazos de la misma enfermedad, con el evidente efecto de ratificar sus consecuencias en tiempos sucesivos, puesto que la eficacia jurídica de la rescisión será prorrogada al momento de la cesación de la enfermedad.

Una semejante interpretación, sin embargo, choca con la sucesiva disposición del inciso 41 del art. 1 Ley n. 92 de 2012. En tal sentido, en efecto, se prevé: por un lado, un efecto de la rescisión por justificado motivo objetivo anticipado al momento del inicio del procedimiento conciliatorio, análogamente al *iter* del despido disciplinario; por otro lado, se establece la posibilidad de derogación de los efectos suspensivos en materia de maternidad, paternidad y accidente laboral. Con una ulterior e intrincada complicación con respecto al preaviso que parecería ser englobado en el periodo de suspensión del despido. Se trata, sin embargo, de una tesis que muestra de inmediato su fragilidad, puesta la diferente calificación del preaviso respecto a las hipótesis de impedimentos legítimos y documentados del trabajador.

Ocurre, con mucha confusión, que haber disciplinado de manera unitaria las consecuencias ciertamente no homogéneas relacionadas a los efectos del despido por justa causa y por justificado motivo subjetivo y objetivo (desde el día de la comunicación), ha hecho, hoy en día, del todo ambigua la disciplina del preaviso. En efecto, en los



casos de justificado motivo el trabajador no solo tiene derecho al preaviso, sino que no es realizable la idea de que esté considerado como preaviso trabajado el eventual periodo de suspensión durante todo el cumplimiento del procedimiento, tanto para el caso de despido disciplinario, como para el objetivo por exigencias empresariales. Esta crítica, constituye una específica censura a la formulación literal de la última frase del inciso 41.

A partir de estas observaciones, es necesario aclarar ulteriormente que no se habría podido establecer ninguna analogía como, en cambio, ambiguamente establece el inciso 41 con respecto a las dos circunstancias del despido: disciplinario y por justificado motivo objetivo. Por lo tanto, la referencia textual al procedimiento del que hemos tratado más arriba, es decir, el del renovado art. 7 Ley 15 de julio de 1966, n. 604, no es de ninguna manera pertinente, ya que, en concreto, el mismo inciso 41 parece disciplinar exclusivamente la materia relativa al art. 7 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, basándonos en el dato literal, aunque se quiera admitir que el antedicho inciso 41 se refiera también a la hipótesis del despido por reducción de la plantilla, en contradicción con el efecto suspensivo por un máximo de 15 días, en este último apartado se establece que se haga excepción de la disposiciones en materia de tutela de la maternidad y de la paternidad; claramente, durante todo el periodo de suspensión legítima.

La verdad es que en la específica cuestión la única certeza absoluta incontestable, con alcance seguramente perentorio, es la del plazo de siete días, puesto que, en el hipótesis en que la D.T.L. incurra en la caducidad por falta de convocación, esta caducidad non podrá ser de ninguna manera convalidada, con el resultado consecuente de la ritualidad del despido desde el punto de vista formal, y esto incluso en el caso en que efectivamente el acto de conciliación nunca haya tenido lugar.

En fin, solo es el caso de añadir que la exclusiva referencia del atípico acto de conciliación al caso del despido por justificado motivo objetivo, induce a mencionar el ya pasado art. 5 Ley 11 de mayo de 1990, n. 108. Esta última norma, en la estructura precedente, sin embargo, preveía exclusivamente para la hipótesis de tutela obligatoria, la solicitud de conciliación *ex art. 410 y ss.*, estableciendo la improcedencia de la demanda en juicio en caso contrario. Ahora bien, el caso citado arriba, verdadero resto histórico de nuestro derecho del trabajo, presentaba evidentes absurdidades, ya que limitaba exclusivamente solo a la tutela obligatoria el acto de conciliación, es decir, hipótesis meramente resarcitorias y, pues, para las unidades que tenían hasta 15 trabajadores como subalternos.

Es necesario aclarar a tal propósito que, ahora como entonces, las nuevas reglas sobre la conciliación anticipada presentan perfiles de evidente inutilidad y, sobre todo, de excesiva rigidez del sistema, condicionando la intención, bien determinada y ya no revocable del empleador a una comunicación preventiva que, en verdad, se realiza en la manifestación de voluntad de poner en ejecución un despido ya decidido en la sustancia, seguido por la efectiva y formal intimación de este último.

Con respecto al específico punto analizado, queda una última consideración final sobre el justo peso que el legislador ha atribuido a esta fase conciliatoria en caso de sucesivo contencioso. Ahora bien, el renovado art. 7 Ley 15 de julio de 1966, n. 604, en su nuevo inciso 8, prevé que el juez tendrá que evaluar, en el momento de tomar su decisión sobre la causa, la global conducta mantenida por las partes, así como declarado por la comisión de conciliación. Todo esto con la finalidad de que sea determinada la indemnización resarcitoria y también la condena a los gastos del pleito. Sin embargo, es oportuno recordar solo que análogas disposiciones de la misma inspiración - sobre todo la bien conocida de la abrogada conciliación para la controversias de público empleo<sup>11</sup> - no han encontrado en la praxis judicial, concreta aplicación, puesto que los tribunales del trabajo parece que no hayan procedido a evaluar la incidencia de la fase prejudicial respecto a la del contencioso, con irrelevantes consecuencias sobre el reparto de los gastos judiciales.

#### **4 LAS NORMAS SUSTANCIALES RELATIVAS AL NUEVO PROCESO LABORAL**

A este punto del análisis, aclarado el primer (y preliminar) paso sobre la nueva formulación del atípico acto obligatorio de conciliación previsto por la ley Fornero, es oportuno precisar ahora que, además de las normas de inmediato valor procesal contenidas en el texto de la reforma, hay sin duda, un inevitable reflujó de algunas disposiciones de la ley de tipo sustancial sobre las mismas vicisitudes del proceso del trabajo y, en particular, sobre la accionabilidad de la demanda dirigida a la declaratoria de ilegitimidad del despido. En tal sentido, por otra parte, entre las más relevantes disposiciones es preciso señalar la que concierne la modificación del término perentorio para proponer la impugnación del despido intimado - específicamente el límite temporal para la proposición de la acción judicial - cuyos términos ahora se reducen de 270 a 180 días. Queda claro que la modificación se refiere exclusivamente a los despidos intimados después de la entrada en vigor de la reforma del 2012 y, pues, con evidente rectificación de lo superficialmente establecido en la precedente Ley n. 183 de 2010 (Collegato lavoro) sobre la regla de los 270 días, que obligaba a los intérpretes a inútiles equilibristos jurídicos, debido a la falta de certeza en los criterios de cómputo del término *a quo*.

Es oportuna una ulterior y explícita mención del renovado texto del art. 7 ley 20 de mayo de 1970, n. 300 sobre correcciones disciplinarias. A propósito de esta disposición, si bien a diferencia de la precedente lectura *ante* reforma, está establecido que el despido intimado en la conclusión del procedimiento disciplinario produzca efectos retroactivos, o sea, a partir del día en que haya sido notificada la comunicación del mismo procedimiento. En realidad, esta modificación

---

<sup>11</sup>Como se sabe, se trata de la norma del art. 65 del Decreto legislativo n. 165 de 2001, hoy en día abrogado por el art. 35 inciso 9 Ley n. 183 de 2010.

provoca algunas perplejidades de carácter interpretativo, especialmente con respecto a la configuración de una prestación laboral realizada después del inicio del procedimiento. Ahora bien, son suficientemente evidentes las potencialidades para poder plantear variadas problemáticas, relativas a innumerables cuestiones prácticas, especialmente sobre eventuales efectos suspensivos de las normas en materia de tutela de la maternidad, de la enfermedad y del accidente laboral.

Es oportuno aquí, con respecto a este específico aspecto, aclarar y precisar cuánto vamos ahora a exponer. En el hipótesis de despido disciplinario, el periodo de trabajo desempeñado, mientras esté encaminado el procedimiento, tiene que ser considerado, si bien contradictoriamente, como preaviso trabajado. (cfr. el art. 1 inciso 41 de la reforma Fornero). Sin embargo, es justo esta previsión la que es incoherente, puesto que, diversamente, el despido disciplinario por justa causa no prevé ningún derecho de preaviso a favor del trabajador. En todo caso, quedarían sustanciales incertidumbres sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones desempeñadas y sobre la posibilidad que, en el más breve lapso de tiempo entre la comunicación del procedimiento y el despido, puedan realizarse unas circunstancias modificativas sobre la legitimidad del mismo despido. Las incertidumbres tienen una evidente recaída en el ámbito interpretativo, con incógnitas que tienen que ser resueltas a su vez por el juez. Siempre en esta misma onda, más emblemáticas, y, por otras cosas directamente incidentes sobre el poder estimativo y discrecional del juez, y, pues, sobre las vicisitudes del proceso, son las modificaciones aportadas a la norma del art. 18 E.T. Y, de hecho, además del fortalecimiento de la tutela contra el despido discriminatorio, han de evaluarse igualmente las nuevas potencialidades, hoy en día atribuidas por ley a los tribunales, y por fin codificadas, sobre la deducibilidad del así llamado *aliunde perceptum*<sup>12</sup>, para el periodo relativo a la duración de exclusión del desarrollo de la actividad laboral. Se trata, de un preciso remedio orientado a atenuar el peso puesto a carga del empleador, concerniente la indemnización relativa a las mensualidades devengadas desde el despido hasta la reintegración en el puesto de trabajo. Con respecto a los poderes atribuidos por la reforma del 2012 al juez del trabajo, hay un significativo aumento en tal sentido, sobre todo en relación a las circunstancias indagatorias del *iter* de la controversia.

En efecto, el evidente incremento de los ya consistentes poderes discrecionales del AGO (Autoridad Judicial Ordinaria), que tienen su soporte en la Ley n. 533 del 1973, se manifiesta más patente en el hipótesis de comprobación o menos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa. Quien decide tiene que verificar si el hecho contestado exista realmente, o bien, que este último “esté incluido entre las conductas punibles con una sanción preventiva”. Ahora bien, en ambos casos el juez tiene el poder de anular el despido y condenar al empleador a la consecuencia extrema de la

---

<sup>12</sup>Con respecto a este punto, véase también VALLEBONA (2012a), espec. 586 y 587, en que, en las notas, trata de la amplia jurisprudencia sobre el argumento.

reintegración, con la contextual condena al pago a título resarcitorio de lo que el trabajador habría podido cobrar desde el momento del despido hasta el de la efectiva reintegración<sup>13</sup>. Hay que precisar que esta última condena podría, sin embargo, ser ulteriormente atenuada por la posibilidad de deducir a mero título compensativo, no solamente el *aliunde perceptum* del que hemos hablado, sino también del así llamado *aliunde percipiendum*.

Con respecto a este último aspecto podemos decir que ahora le corresponde al empleador probar, con evidentes dificultades desde el punto de vista práctico, en qué momento el trabajador habría podido cobrar, durante el periodo de exclusión del trabajo, "dedicándose con diligencia a la búsqueda de una nueva ocupación". No podemos callarnos sobre la excesiva generalidad y abstracción de la fórmula adoptada, arriba textualmente mencionada, que podría ser interpretada por la jurisprudencia en las formas más variadas, con amplios márgenes para las posibles y concretas aplicaciones del todo heterogéneas entre ellas mismas. No es fácil y, sobre todo, queda indefinida una carga de la prueba con límites inciertos y, de todas maneras, excesivamente gravosa, destinada - pero solo teórica y abstractamente - a aportar certezas sobre la circunstancia que el trabajador despedido no haya diligentemente intentado encontrar otro trabajo. Las opciones podrían ser múltiples: desde las con valor sociológico, a las fundamentadas en la realidad territorial más o menos favorable a una plena ocupación, y, en fin, a las de orden económico. Todas, sin embargo, mediadas por el dato normativo que, al final, obliga a la concreta prueba que el trabajador despedido, confiando en la certeza de una reintegración en el puesto de trabajo, no haya intentado dedicarse, con la debida diligencia, a la búsqueda de una nueva ocupación.

Es evidente la dificultad, con respecto a los patentes obstáculos operativos, de coger los reales contenidos en concreto a atribuir a tal carga probatoria.

Por otro lado, y siempre en relación a estos perfiles, sin entrar en el mérito por lo que se refiere a la medida de la indemnización - esta, por otras cosas, no podrá superar nunca el umbral de las doce mensualidades de la retribución global bruta - solo es el caso de subrayar aún más que, en el interior del proceso del trabajo, se abrirán sin duda, con las reglas actuales, nuevos escenarios relativos a la carga de la prueba. O, mejor y más en particular, con respecto a las alegaciones procesales, con el explícito fin de atenuar (por parte del empleador) o aumentar (por parte del trabajador) las cargas resarcitorias relacionadas con la reintegración en el puesto de trabajo. Queda claro que tendrá que ser ampliamente reelaborada la precedente jurisprudencia en relación al importe del daño patrimonial

---

<sup>13</sup>Entre las primeras sentencias en tal sentido, cfr. la ordenanza del Tribunal de Bologna 15 de octubre de 2012, comentada con autoridad por dos maestros de nuestro derecho del trabajo, CARINCI (2012b, p. 773 ss.), y por TREU (2012, p. 4-5). Esta ordenanza, en virtud de los poderes decisorios del juez, ulteriormente consolidados, llega a un resultado reintegratorio y no resarcitorio en relación a una hipótesis de despido disciplinario.

y no, con un evidente desvío respecto a las aumentadas potencialidades de la averiguación judicial y, pues, con una consecuente incerteza al momento de evaluar los éxitos futuros que, no siendo previsibles, serán encomendados a la apreciación de los diferentes jueces.

Y aún más, siempre con respecto al proceso, a su fase indagatoria y en el ámbito de la renovada formulación de la norma del art. 18 E.T., además del hipótesis prevista en el nuevo inciso 4 art. 18 (insubsistencia del hecho, o bien conductas punibles con sanciones preventivas), hay la previsión, contenida en el sucesivo inciso 5, que consiente la averiguación, encomendada al juez, de otras y ulteriores hipótesis por las que no existan las condiciones del justificado motivo subjetivo y de la justa causa, con una simple recaída en el ámbito obligatorio. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con esta última modalidad, así formulada, ya que es difícil extrapolar en concreto las antedichas "ulteriores hipótesis", es decir, es difícil individualizar otros casos más de los indicados en el inciso 4. Sin embargo, marginalmente, respecto al inciso 5 el juez no acaba con la sanción de la reintegración, sino con la de condena a una indemnización resarcitoria total, desde un mínimo de 12 mensualidades hasta un máximo de 24, quedando firme la resolución definitiva de la relación de trabajo que es efectiva a partir de la fecha del despido.

Pues bien, es evidente la contradicción de sistema entre los dos incisos del art. 18, el 4 y el 5. Se legítima el juez, en el hipótesis del inciso 4 - a propósito de la reconducción de la cuestión a sanciones de tipo preventivo - a ejercer un poder de reconocimiento amplio sobre las disposiciones de los cc.cc.nn.ll. (convenios colectivos nacionales de trabajo) y de los códigos disciplinarios, sin que se pueda excluir un probable nivel analógico y extensivo de referencia, puesta la previsible indeterminación y abstracción de las disposiciones en cuestión sobre la tipología de las conductas sancionables, objeto, pues, de medidas disciplinarias, contenidas tanto en los contratos colectivos como en los reglamentos.

En tal sentido, y acudiendo inevitablemente a la interpretación analógica o extensiva, se podría reconducir una gran parte de las posibles circunstancias, contestadas al trabajador, a hipótesis de sanciones de tipo preventivo (con el efecto de poder conminar la sanción del despido solo en caso de reiteraciones). Ahora bien, en tal perspectiva suficientemente concreta, parece arduo pensar en otras hipótesis, totalmente extrañas a la contratación colectiva y que - pero tan solo en abstracto - darían lugar solo al resarcimiento. El discrimen entre los dos incisos, por otro lado, no es de ninguna manera neto: diversamente es indudablemente exiguo, considerado el amplio espacio de discrecionalidad atribuido al juez en el momento de evaluar la aplicabilidad, a la vez, del inciso 4 o bien del inciso 5. Desde este punto de vista, hay que considerar que la reconducción del hecho - se repite, en relación con una evidente y amplia evaluación del juez en el mérito de la cuestión de la controversia - a sanciones preventivas,

podría acabar con la frustración de la originaria *ratio* de la misma ley Fornero, que tiende a reducir el alcance del art. 18 E.T.

En concreto, los dos apartados en cuestión, en mi opinión, acaban concediéndole un poder de reconocimiento y de amplio control discrecional al juez que puede liberalmente orientarse en un sentido o en otro. Sin embargo, con la consecuencia de no poca consideración que, en el caso del inciso 4 será dispuesta la reintegración, y en el caso del inciso 5, habrá una tutela de carácter obligatorio, también con la previsión de una indemnización resarcitoria total, desde un mínimo de 12 mensualidades hasta un máximo de 24.

Más peculiar, es la hipótesis del despido ineficaz. Se trata del caso en que no hayan sido respetados los requisitos formales taxativamente previstos para que el despido sea eficaz; o bien por violación del central e imprescindible requisito de motivación del despido mismo que ahora tiene que ser manifestado desde el primer momento. No se puede excluir que, en este caso, una concreta hipótesis podría ser la del despido verbal, por ejemplo correlato con la relación de trabajo no regularizada. Ahora bien, en este caso la tutela parece ser injustamente menos intensa por la posición del trabajador despedido, ya que se accede a la hipótesis resarcitoria del precedente inciso 5 y no a la tutela real de la reintegración del inciso 4.

Incomprensiblemente, en este último caso la reforma, modificando el precedente texto del art. 18 E.T., y exactamente el inciso 6 del nuevo texto de la norma, prevé como única tutela el pago de una indemnización, desde un mínimo de seis meses hasta un máximo de doce. Esta sanción, en realidad, se proporciona en base a la gravedad de la violación, formal y/o relativa al procedimiento, cometida por el empleador que, desde la intimación inicial de despido, tenía el específico deber de motivarlo detalladamente. Sin embargo, en el caso en que el juez averigüe, con respecto al recurso del trabajador y, pues, de la presentación de su demanda, que no es solo un problema de forma sino que hay también un problema de sustancia - es decir, que el despido formalmente ineficaz resulte, en realidad, carente de justificación sustancial - en este caso se aplicaría una tutela real, es decir, la sanción de la reintegración en el puesto de trabajo.

La fragilidad de la disposición del inciso 6, en relación con una certeza interpretativa, salta a la vista. Respecto también a estas últimas observaciones, en efecto, se intuyen evidentes incertidumbres en el futuro de las averiguaciones jurisdiccionales en materia, puesto que emergen no pocas dificultades interpretativas, precisamente sobre la cuestión de la validez a atribuir al requisito formal o si, diversamente, haya un requisito sustancial de base.

De las disposiciones examinadas arriba, resulta en total, que les corresponderá a los tribunales de primera instancia dirimir toda cuestión y fijar las primeras referencias para la formación de una

nueva jurisprudencia sobre temáticas no suficientemente sondeadas por los precedentes fallos, puestas las sustanciales novedades de la reforma del 2012, indiscutiblemente innovadora respecto al texto precavido del art. 18 E.T. De los perfiles sustanciales de los que hemos tratados arriba, se desprende una determinante influencia en las diferentes fases del proceso, puesto que emerge, con extrema evidencia y, como hemos dicho ya, un aumentado poder de reconocimiento por parte del AGO sobre los perfiles que recalifican el despido. Es previsto, además, que el juez pueda ejercer una averiguación también a través de la vía de las informaciones sumarias, que hacen su poder de control determinado y absorbente, como veremos más adelante. En efecto, ya es codificado que el juez pueda intervenir a barajar cada caso y a ponderar el peso efectivo del conflicto entre las partes en juicio, "omitida toda formalidad que no sea esencial al procedimiento contradictorio".

## 5 LA FASE SUMARIA EN LA PRIMERA PARTE DEL JUICIO

De las complejas ejemplificaciones que hemos efectuado arriba, destaca indudablemente un aspecto de cierto releve para el intérprete, el cual tiene que intervenir sobre normas especialmente elaboradas y que no tienen fácil lectura. Se trata, de la apretada e indisoluble relación existente entre la nueva disciplina sustancial y el correlato régimen procesal en materia de despidos sometidos al sistema de la tutela real.

Por otro lado, solo la preliminar identificación de la profunda metamorfosis sufrida por la norma del art. 18 E.T.<sup>14</sup> permite ahora examinar los nuevos detalles técnicos previstos para las controversias de trabajo, evaluar en justa medida las necesarias conexiones que registran numerosos puntos de estricto contacto entra las reglas de derecho sustancial y el proceso. Efectivamente, en las precedentes páginas se ha intentado proceder en tal sentido, evidenciando a la vez, los aspectos de la disciplina sustancial de la reforma del 2012 que llegan con decisión a los más considerables poderes de instrucción del juez del trabajo<sup>15</sup>, hoy en día obligado a decidir, sobre todo de inmediato y en vía temporal, según criterios de máxima flexibilidad, en la evidencia de un entrelazamiento entre proceso y mérito de las regla sobre el despido. Solo después de las necesarias reflexiones, se pueden ahora ilustrar los detalles técnicos que conciernen el nuevo proceso.

Considerado esto, poniendo en marcha desde ahora esta segunda fase del análisis y específicamente de las verdaderas innovaciones procesales, es oportuno subrayar de inmediato que la exclusividad del nuevo juicio, en materia de impugnación del despido según el art. 18 E.T., contiene todas la características de la verdadera especialidad del procedimiento *de qua* que, sin embargo, la Ley n. 92 de 2012 intenta limitar solo a las cuestiones estrictamente conectadas. Y en efecto, las emergentes peculiaridades del nuevo juicio se extienden también a todas las posibles problemáticas

<sup>14</sup>Esta expresión es de CESTER (2012).

<sup>15</sup>Sobre el entrelazamiento entre cuestiones de procedimiento y cuestiones de mérito, cfr. RIVERSO (2012).

prejudiciales y relativas a la calificación de la subyacente relación de trabajo, cuando, sin embargo, sean correlativas al despido mismo.

En mi opinión, se trataría de la eventualidad, aún frecuente y emblemática en la *praxis*, del despido ocurrido en una relación de trabajo no regularizada, en que sea necesario una preliminar averiguación por parte del juez sobre la correcta calificación jurídica de la circunstancia en cuestión como trabajo subordinado. En particular, la hipótesis podría ser que, con imprudencia, el empleador, no solo no haya regularizado la relación de trabajo, sino que haya también alejado de mal modo el dependiente en cuestión, claramente despidiéndole solo de manera verbal y, pues, exonerándole de desempeñar su actividad a las dependencias de la empresa.

Como en el caso ilustrado arriba, siempre es posible la aplicación del nuevo procedimiento aquí en examen, cuando se propone, además de la solicitud de reintegración, una acción preventiva de averiguación sobre una diferente calificación contractual de la relación existente entre las partes: como, por ejemplo, trabajo autónomo o bien “para-subordinado” (trabajo que tiene características intermedias entre trabajo subordinado y trabajo autónomo), en cambio de subordinado. En cambio y con coherencia, no parece que se pueda considerar aplicable el nuevo procedimiento en el caso en que se debata sobre una eventual conversión de una relación de trabajo a tiempo determinado en trabajo a tiempo indefinido, puesto que la extensión de la duración del contrato de trabajo no es materia que concierne a los despidos<sup>16</sup>. A este punto, es preciso efectuar una primera e inicial reflexión que afecta al alcance del nuevo procedimiento. En las hipótesis ilustradas arriba, puesto que los perfiles de calificación de la circunstancia contractual constituyen un imprescindible presupuesto de la demanda orientada a conseguir la reintegración en el puesto de trabajo, no parece que pueda acogerse, aunque en la fase sumaria, la solicitud de reintegración, excepto que el juez considere tener, con respecto a las alegaciones de las partes en juicio, elementos probatorios suficientemente concretos en relación a la subsistencia de la necesaria pre-condición del trabajo subordinado. En otras palabras, en la casuística ilustrada, el juez debería antes averiguar la subsistencia de la subordinación según el art. 2094 del código civil y luego hacer frente a la cuestión del despido. El carácter sumario del procedimiento introductor, a no ser que se admita que puedan ser interrogadas personas informadas sobre los hechos, como a menudo se verifica en el procedimiento cautelar<sup>17</sup>, no parecería permitir una averiguación exhaustiva y suficientemente analítica.

Vamos ahora a la descripción en concreto del procedimiento inicial de primera instancia que, como ya hemos dicho, está considerada como fase sumaria.

<sup>16</sup>En tal sentido cfr. VALLEBONA (2012b, p. 73), que, entre otras cosas, menciona una conforme jurisprudencia sobre la no extensión de la disciplina del trabajo a la conversión de la relación de trabajo determinado, puesto que la primera disciplina es aplicable sola y exclusivamente cuando la intención del empleador haya sido la de intimar un verdadero despido.

<sup>17</sup>La semejanza con este último es evidente tan solo confrontando el nuevo procedimiento con el art. 669-sexies c.p.c. sobre el procedimiento de urgencia.



La acción judicial, que propende a la declaratoria de la ilegitimidad del despido, puede ser propuesta por el trabajador con recurso, claramente delante del tribunal del trabajo que tenga competencia territorial según el art. 413 del código de procedimiento civil (c.p.c.), en la evidencia de la declinación de las diferentes competencias, así como indica el inciso 2<sup>18</sup>, si bien esta norma no resulta, sin embargo, expresamente mencionada por el inciso 48 del art. 1 Ley n. 92 de 2012. Diversamente, en el mismo inciso, la remisión textual al art. 125 c.p.c. deja entender que se ha optado por una fase sumaria y no por una fase de cognición plena, como es la prevista en el art. 414 c.p.c.. En otras palabras, la elección de la mencionada norma del art. 125 c.p.c. equivale a una precisa opción en términos de técnicas del proceso: es decir, la de esquivar las rígidas exclusiones previstas en la norma sobre las controversias de trabajo que se concreta específicamente en las rígidas reglas contenidas en el art. 414 c.p.c. En efecto, para el nuevo procedimiento no es necesario proponer medios instructores que, como se sabe, prevean rígidas exclusiones insuperables desde el punto de vista de la procedencia de la acción en materia de tradicionales controversias de trabajo. Según la forma más flexible del art. 125 c.p.c., por ejemplo, las pruebas podrán ser solicitadas en la audiencia; claramente será el juez quien decidirá por la (in)admisibilidad.

Descrito el *incipit* de la primera fase del proceso, ha llegado ahora el momento de evaluar las reglas sobre los nuevos términos procesales. Está previsto que la audiencia de comparecencia de las partes tiene que ser fijada no más de 40 días desde la entrega del recurso introductor. Queda claro que se trata de un término no perentorio ya que se refiere al juez, que podrá desatenderlo motivándolo, en relación a la carga de trabajo. Este último, en todo caso, concede un término al recurrente para la notificación del recurso y del decreto de fijación de audiencia que habrá de ser no inferior a 25 días antes de la fecha fijada para la audiencia; y además un término, igualmente perentorio, no inferior a 5 días desde la audiencia para 1ª ritual personación de la parte demandada. Sin embargo, en la posible hipótesis de que se sobrepasen inesperadamente los términos puestos a carga de las partes, no parece que hayan, de ninguna manera, particulares exclusiones y, pues, caducidades perentorias. Específicamente, al recurrente se le concederá legítimamente una reapertura de los términos, quedando ineficaz la impugnación del despido, pues la plena no contractibilidad de la rescisión, cuando no sea seguida por la entrega del recurso en el registro del tribunal que haya sido acudido dentro de los sucesivos 180 días desde la caducidad de los primeros 60 días para la impugnación en vía extrajudicial.

La misma *ratio* combinada de estas diferentes escansiones de tiempos, anuncia de por sí la exigencia de una especialidad relacionada

---

<sup>18</sup>El recurrente, alias el trabajador despedido, podrá elegir si recurrir al juez en cuya circunscripción judicial ha surgido la relación de trabajo, o bien la en que se encontraba la empresa o su dependencia, en la que desempeña su actividad, o bien la circunscripción en que se encontraba la unidad productiva en la que prestaba su servicio en el momento del despido.

con el sucesivo procedimiento jurisdiccional, exclusivamente dedicado a establecer la (i)legitimidad del despido. En efecto, la primera y preliminar fase sumaria está caracterizada por la demanda del trabajador, encaminada por recurso, y por el acto de comparecencia del demandado empleador que, sin embargo, no podrá desarrollar ninguna demanda de reconvencción, ni parecen consentidas solicitudes de intervención de terceros en el proceso. Como ulterior hecho peculiar y corolario del nuevo sistema, hay que citar la regla, aunque de carácter organizador, según la cual ambas las partes tienen que depositar la documentación mencionada, alegada a los actos de comparecencia en juicio, por duplicado.

Con respecto a las reglas procesales, hay que destacar que el objeto del juicio tiene que ser exclusivamente funcional a la averiguación de la legitimidad o no del despido. Sin embargo, el inciso 49 del art. 1 de la ley no prevé que las partes deban ser interrogadas personalmente, puesto que falta una remisión al art. 420 c.p.c. que, como se sabe, establece para el procedimiento del trabajo la comparecencia personal de las partes. En realidad, habría sido útil no solamente la referencia a esta última norma, sino también a la precedente disposición del art. 417 c.p.c. relativo a la comparecencia y defensa personal de las partes, con la finalidad de hacer más flexible el nuevo procedimiento principalmente encomendado a los poderes instructores del juez.

Justo en estas direcciones está previsto que el tribunal al que las partes hayan acudido, omitida toda formalidad que no sea esencial a la sumaria instrucción del juicio, proceda “en el modo que considere más oportuno a los actos” solicitados por las partes o dispuestos de oficio. Ahora bien, se trata de una formulación muy similar - como ya se ha anticipado - a la contenida en la disposición del art. 669 *sexies* c.p.c., pero con una explícita remisión al art. 421 c.p.c., es decir, a la norma que legítima amplios poderes instructores al juez. Éste, con respecto a la fase inicial y de inmediata solución de la cuestión, pronunciará una ordenanza ejecutiva con la que acogerá o rechazará la demanda introductora. La medida jurisdiccional no podrá ser suspendida o revocada, por lo menos hasta la sentencia definitiva de la sucesiva instancia del juicio de oposición.

Llegados a este punto del debate desarrollado hasta aquí, sin embargo, hay que evidenciar una observación ulteriormente crítica respecto a esta nueva fase y, pues, una específica censura dirigida a un general perfil técnico del procedimiento.

En efecto, limitadamente, por el momento, a la así llamada “fase sumaria” del juicio, solo es el caso de destacar que, como ya hemos dicho antes, el ordenamiento jurídico precedente, con respecto a las causas de trabajo había probado un instrumento procesal, indiscutiblemente válido y eficaz: el previsto para los procedimientos de urgencia atípicos, según el art. 700 c.p.c. En realidad, claramente antes de la reforma de junio de 2012, era posible proponer recurso de mérito, tanto para el despido, como para todo lo que el trabajador quisiera reivindicar contra su *ex* empleador, en el

respeto del procedimiento previsto en el art. 414 c.p.c. Antes de la reforma, sin embargo, era incluso posible evaluar, considerada la especificidad del caso a la vez en examen, si fuera conveniente para el trabajador presentar o no, en el momento del depósito del recurso de mérito, una contextual solicitud en vía provisional, claramente limitada a anticipar solo la acción de reintegración en el puesto de trabajo, en la lógica de una tutela cautelar dirigida a la rapidez de una solución anticipatoria del mérito.

En otras palabras, se había consolidado la *praxis* jurisprudencial que, en el caso en que el trabajador hubiera propuesto una pluralidad de pretensiones, incluso la de la acción de reintegración en el puesto de trabajo, habría sido posible anticipar esta última y proponerla en vía cautelar con una solicitud *ad hoc*. En este caso, sin embargo, era necesario que la pretensión del trabajador, en la espera de una averiguación ordinaria y por causa de los tiempos largos de la justicia, fuera en concreto amenazada por un perjuicio inminente e irreparable. De hecho, específicamente sobre el argumento de la demanda de reintegración en el puesto de trabajo antes ocupado, ya que se trata indudablemente de materia digna de tutela acelerada en razón de la función restablecedora de la acción de reintegración, habría sido también posible solicitar una ordenanza inmediata, tanto en relación a una acción de averiguación más amplia, como en vía del todo autónoma.

Hecha esta necesaria aclaración, considerado además que en la nueva fase sumaria, ilustrada arriba, es implícito también un especificado valor cautelar, habría sido oportuno evitar crear un nuevo y especial procedimiento del trabajo, y, en cambio, habría sido preferible fortalecer la preexistente estructura procesal contenida en el art. 700 c.p.c. que, entre otras cosas, se considera no pueda ya ser aplicada a las controversias en materia de reintegración en el puesto de trabajo por lo menos por dos distintas razones:

a) en primer lugar, por la exclusividad y especialidad del nuevo procedimiento que, de acuerdo al inciso 48, parece ser del todo absorbente e impeditiva de otra vía judicial;

b) en segundo lugar, y por consecuencia, la vigencia del nuevo procedimiento excluiría la necesaria pre-condición de la atipicidad del remedio de urgencia contenido en el art. 700 c.p.c., efectuable fuera de los casos tipificados por el ordenamiento.

En otras palabras, hay quien considera el nuevo procedimiento como un remedio suficientemente tipificado que debería excluir el recurso al tradicional instrumento de la demanda cautelar en vía de urgencia<sup>19</sup>.

En vía del todo analógica, solo hay que mencionar que en el nuestro sistema procesal existe la imposibilidad de sobreponer los

---

<sup>19</sup>En sentido discordante, VALLEBONA (2012b, p. 75), según el cual en abstracto no puede excluirse el remedio previsto por el art. 700 c.p.c., si bien A., lo admitiría solo para “situaciones excepcionales de verdad”.

procedimientos especiales a los de carácter generales, como se verifica, por ejemplo, en el procedimiento previsto por el art. 4 del Decreto legislativo n. 216 de 2003, en materia de conductas discriminatorias. Y de hecho, hay total incompatibilidad entre el especial procedimiento previsto por el art. 4 del Decreto legislativo n. 216 del 2003, que termina con una ordenanza reclamable y no pretende ninguna fase de mérito, y el ordinario procedimiento del trabajo, incluso en la hipótesis en que tuviera que ser eventualmente introducido al mismo tiempo junto a un recurso en vía de urgencia<sup>20</sup>.

En todo caso, insistimos ulteriormente, no hay duda que el orden jurídico vigente en el pasado, contuviera consolidadas y calibradas medidas, ya ampliamente experimentadas en el ámbito judicial, indiscutiblemente idóneas para hacer frente, con cierta dosis de pragmatismo, a las cuestiones de la urgencia y de la inmediatez, si bien con la necesidad de una preliminar identificación de la existencia del así llamado *periculum* y del ulterior pre-condición del necesario *fumus*. En tal sentido, concluyendo sobre este específico punto, en vía del todo general y teórica, teniendo en cuenta también de los precedentes fallos de la jurisprudencia de mérito, el único releve es el excesivo rigor mostrado en pasado respecto al requisito del *periculum*. Este último, como ha ocurrido ahora con la Ley n. 92 de 2012, que ya no prevé ninguna prueba sobre el *periculum*, habría podido ser debilitado, puesta la necesidad de urgencia *in re ipsa*<sup>21</sup>, en razón del tipo de controversia orientada a la reintegración en el puesto de trabajo, y esto prescindiendo de una rigurosa prueba sobre la irreparabilidad del daño por el retraso.

## 6 LA SEGUNDA FASE DEL JUICIO Y LAS PRIMERAS POSTURAS INTERPRETATIVAS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL NUEVO PROCEDIMIENTO

Siguiendo el ya encaminado comentario sistemático sobre el nuevo procedimiento, hay que destacar que, en consecuencia de la sentencia que dispone la acogida o el rechazo de la demanda, la parte perdedora puede proponer, en el término perentorio de treinta días desde

<sup>20</sup>Para un caso de despido discriminatorio a daño de un discapacitado, cfr. Trib. Roma, Sección civil, 14 de noviembre de 2008 en esta Rivista [II Lavoro nella Giurisprudenza], 2009, 269, con nota de E. Pasqualetto (2012, p. 269), que propende a la aplicación del procedimiento especial, según el Decreto legislativo n. 216 del 2003.

<sup>21</sup>En sentido opuesto la tradicional y mayoritaria jurisprudencia que de hecho ha abandonado, ya desde tiempo, la formulación según la cual, cuando el trabajador despedido saque de la retribución laboral la única fuente de subsistencia para sí y su familia, el *periculum in mora* existiría *in re ipsa*, debiendo el juez, por consecuencia, evaluar solamente la subsistencia del requisito del *fumus boni iuris*. Diversamente el juez debía averiguar, a su vez, si subsistía el fundado motivo para el demandante de temer que durante el tiempo necesario para ejercer el derecho en vía ordinaria, esto habría sido amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.

la notificación (o de la comunicación, si fuera anterior), un recurso de oposición, delante del mismo tribunal que ha emitido la medida opuesta. Ahora bien, en este sucesivo caso se encaminaría una verdadera segunda fase del juicio: a) de valor impugnativo con respecto al precedente *decisum*, pero también b) caracterizada por una cognición plena y más profundizada, puesta la remisión, esta vez expresada, a la disposición del art. 414 c.p.c.

En línea del todo general, es oportuno aclarar de inmediato que, en esta segunda fase procesal, es también posible que se verifique un verdadero cambio de las posiciones originarias entre las partes en juicio, que es típica del recurso en oposición al orden judicial de pronto pago. Efectivamente, en el caso en que el recurso de oposición fuera propuesto por el empleador perdedor, este último desempeñará, en paralelo, tanto un papel formal de demandante (en el juicio de oposición), como el de parte demandada, puesto que sustancialmente él “mantiene la posición de demandado que ocupaba en precedencia”<sup>22</sup>. Diversamente, si resultara perdedor el trabajador en la conclusión de la primera fase, este último será de nuevo “actor”, con imposibilidad, no obstante, de presentar demandas diferentes de las antes propuestas, pudiendo, sin embargo, relativamente a estas últimas, especificarlas mejor y más detalladamente. Será posible, con respecto a esta segunda fase del proceso y para la posición de la parte contraria, introducir demandas de reconvenición, que estén fundadas, sin embargo, sobre hechos constitutivos idénticos a los que fundamentan la demanda principal; en caso contrario, tendrá que ser dispuesta la separación de los juicios.

Es útil, a este punto, una comparación con la distinta y sin duda perentoria exclusión prevista en el inciso 48 de la fase sumario-cautelar, en que está expresamente establecido que “con el recurso no pueden proponerse demandas diferentes de las previstas por el inciso 47”. Es cierto que el inciso 51 sobre el juicio de oposición reproduce fielmente la misma expresión indicada arriba; sin embargo este sucesivo inciso permite no solo la llamada de eventuales terceros<sup>23</sup> - es decir, aquellos sujetos extraños a la primera fase y respecto a los cuales el juicio está en común o por los cuales se quiere ser garantizados - sino también la posible proposición por la parte opuesta, de eventuales demandas de reconvenición, antes excluidas. Con la ulterior especificación, contenida en el inciso 56, que, en la hipótesis en que estas pretensiones fueran fundadas sobre hechos distintos respecto al *petitum* del juicio principal, el tribunal dispondrá la separación de los juicios, remedio este último que vale, sin embargo, solamente en esta segunda fase del procedimiento.

Otro punto firme es que la estructura, de la que ahora se ha hecho referencia, resulta muy similar a la, ampliamente experimentada,

<sup>22</sup>Así textualmente BORGHESI (2012, p. 17).

<sup>23</sup>En el caso de llamar a juicio a un tercero según los artículos 102, 106 y 107 c.p.c., el juez está obligado a fijar una nueva audiencia dentro de los sucesivos sesenta días y dispone que se notifiquen al tercero tanto la medida de admisión, como el recurso y el acto de comparecencia.

en materia de oposición a la orden judicial de pronto pago - como ya se ha mencionado en las páginas precedentes - con la ulterior consideración que el trabajador perdedor, en la primera fase del procedimiento, solo podrá remachar, aunque en la forma amplia de la demanda contenida en el art. 414 c.p.c., lo que haya expuesto en la fase inicial. En realidad, no solamente no se le está admitido proponer demanda de reconvencción<sup>24</sup> - límite ampliamente comprensible ya que esta última es una exclusiva prerrogativa del empleador opuesto - sino que no podrá de ninguna manera modificar la demanda originaria relativa a su pretensión, valiéndose de la ayuda de elementos de soporte a la misma. Pues, se podrá operar en los límites admitidos de la así llamada *emendatio libelli*, con las oportunas profundizaciones de cada caso, relativos a las variadas circunstancias del hecho y de los posibles perfiles en derecho, tomando en consideración los contenidos de la demanda, y teniendo esta como objetivo declarado una pronuncia, esta vez con una sentencia definitiva, sobre la declaratoria de la ilegitimidad del despido.

Del cuadro global expuesto, emerge indudablemente un sistema fuertemente caracterizado por una notable dosis de rigidez, si bien funcional a garantizar más rapidez a los tiempos notablemente ralentizados por la justicia, pero con detonantes problemáticas que inducen al intérprete a la prudencia. La evidencia es, sin embargo, en el sentido que las innovaciones de mayor peso conciernan, en buena parte, sobre todo a la primera etapa del procedimiento, es decir la caracterizada por la sumariedad y urgencia de la constatación judicial. Se puede observar como una nueva ley procesal acabe con crear, sobre todo en la inmediatez de su vigencia, más problemas respecto a cuantos soluciones.

Significativas, sobre las cuestiones sobre las que debatimos, las primeras indicaciones de la jurisprudencia que, precisamente, se preocupa por una necesaria coordinación entre el procedimiento ordinario del trabajo, que sigue siendo la base de referencia para todo lo no previsto y/o no expresamente derogado por la reforma del 2012, y el nuevo proceso especial. Y, de nuevo, surge espontáneamente una invitación a la cautela, confiando en elecciones lineares y menos formalistas, pero también desconfiando de soluciones extremas, acrobáticas y sorprendentes que serán puestas en el olvido dentro de unos años.

La absoluta rigidez de las exclusiones en cuestión y el hecho de haber planeado un sistema a vía única y fuertemente exclusivo - del que, se repite, hay particular evidencia en la primera etapa del proceso - podrían llevar la jurisprudencia a pronuncias de inadmisibilidad del entero recurso. Y de hecho, en tal sentido extremo ya ha establecido, sobre

---

<sup>24</sup>Considera justamente BORGHESI (2012, p.17), que al actor oponente solamente podrá ser concedido proponer una reconvencción *reconventionalis*, frente al eventual demanda de reconvencción de la parte contraria. Añadiría, sin embargo, que el trabajador siempre podrá proponer demanda de reconvencción, claramente en los límites de lo de que hemos hablado, cuando ocupe la posición de la parte contraria.

el punto específico, el Tribunal de Milano<sup>25</sup>, y con el consecuente efecto caduco: a) de arrollar la entera controversia, sin disponer una eventual extrapolación de la demanda de reintegración y la separación de juicios; b) además de motivar a favor del rechazo del recurso *in toto*.

Sin embargo, hay más. La perentoriedad de las disposiciones procesales que se aplican a todas las hipótesis regladas por el art. 18 no permite otra solución si no la prevista por la ley Fornero. En otras palabras, no parece que el demandante tenga la posibilidad de evaluar, en concreto y en relación de una distinta autodeterminación, de emprender un juicio de impugnación tradicional, *ex art. 414 c.p.c.*. La libre elección parece ser, en efecto, del todo obstaculizado por la nueva tutela jurisdiccional de los derechos del trabajador despedido. Contra el desistimiento del empleador, pues, la tutela jurisdiccional tiene que realizarse en las formas previstas por el art. 1 incisos de 47 a 68 de la Ley 28 de junio de 2012, n. 92.

Por otro lado, del tenor literal de los varios apartados que estamos comentando, emerge que la accionabilidad del art. 18 E.T. podrá ser satisfecha solo a través de las nuevas reglas<sup>26</sup>, dictadas en la eventualidad. Quien quiera actuar en juicio reivindicando la ilegitimidad del despido de inmediato y presentando una solicitud de reintegración en el puesto de trabajo tiene que hacerlo, se repite, según las nuevas reglas procesales. La norma sobre la tutela real se combina, en efecto, con el nuevo procedimiento, no pudiendo el demandante evaluar si, a su discreción y en el específico caso concreto, fuera preferible proceder diversamente, prospectando una pluralidad de demandas heterogéneas entre ellas. Se delinea, un verdadero efecto de expropiación por parte del juez, ampliamente legitimado a decidir cuál será el procedimiento que tendrá que ser adoptado.

Sin embargo, esta orientación restrictiva, en relación a la autonomía privada de las elecciones, no parece penalizar la posición jurídico-subjetiva del trabajador despedido, y esto en la *ratio* de la misma ley de reforma, puesto que abstractamente las limitaciones ilustradas arriba son funcionales a una tutela más eficaz y, sobre todo, inmediata para la reintegración. Parece en efecto, que el legislador del 2012 se haya hecho cargo de las graves incongruencias relacionadas a los tiempos excesivamente largos del proceso del trabajo, el cual no parece haya logrado un satisfactorio grado de efectividad, y haya intentado solucionarlas por lo menos con respecto al juicio de reintegración en el puesto de trabajo.

Es indudablemente cierto, como ya hemos dicho antes, que el trabajador podría ser obligado, en base a los posibles casos concretos, a poner en marcha dos distintos juicios; sin embargo, la obligatoriedad del nuevo procedimiento podría ser entendida en el sentido indudablemente

---

<sup>25</sup>Se trata de la ordenanza del Tribu. Milano, 25 de octubre de 2012, con nota de Zambelli (2012, p. 13).

<sup>26</sup>Un sistemático análisis de las reglas relativas al nuevo proceso es en BALLESTRERO-DE SIMONE (2012, p. 516-517).

positivo de tutelar y agilizar a lo máximo la acción judicial, que requiere tiempos rápidos, ya que está dirigida a la averiguación de (il)legitimidad del despido. Quedan las perplejidades, ya expresadas, en las hipótesis en que se prospecten cuestiones relacionadas a la calificación jurídica de la relación de trabajo y, además, también con respecto a los gastos procesales relativos a la contribución unificada a pagar al erario que, en falta de exención de la renta del demandante-trabajador, gravarían por dos veces sobre este último, en el caso en que quisiera presentar ulteriores y distintas reivindicaciones relativas al anterior relación de trabajo.

Una posible lectura de este peculiar sistema podría también identificarse con una evidente deriva en clave publicista de las reglas legales, en particular con respecto a la coherente calificación de la acción de reintegración, ahora codificada como un imprescindible canal judicial orientado a una mejor y más exhaustiva tutela. Esta última, conforme a esta plausible interpretación, podría llegar a prever que las controversias en materia estén, en todo caso, sometidas de oficio al nuevo procedimiento especial contenido en el art. 1, incisos 47 y ss., y esto en virtud de una *vis atractiva* que excluiría rotundamente toda alternativa a la reforma procesal.

Desde un punto de vista pragmático, aunque con una menor y esperable dosis de rigidez, es igualmente legítimo suponer que la eventual acción de reintegración, propuesta de manera errónea por la defensa del trabajador en las formas tradicionales contenidas en el art. 414 c.p.c., pueda ser convertida con el cambio al procedimiento especial, en aplicación analógica del principio previsto por el art. 426 c.p.c., que prevé, para las controversias de trabajo, el cambio del procedimiento ordinario al procedimiento especial. En tal sentido, parece oportuna una remisión a otra recién decisión de la jurisprudencia de mérito<sup>27</sup> que, precisamente, frente a un recurso presentado en aplicación del art. 414 c.p.c., disponía la conversión de oficio de la controversia, con una aplicación indiscutiblemente más flexible del inciso 47 del art. 1 de la reforma Fornero. Otra pronuncia<sup>28</sup> confirma, además, la aplicabilidad del procedimiento especial incluso cuando se trate de encabezar la relación de trabajo a terceros formalmente no empleadores, y esto como condición para recorrer a la tutela de reintegración, dejando el justo espacio a una averiguación, si bien a nivel sumario, sobre la imputación del contrato de trabajo subordinado.

Hay que observar como, en ambos estos dos últimos casos, las argumentaciones de los jueces acaben con evitar las arenas movedizas del estricto rigor literal de la normativa, precisamente de los incisos 47 y 48, adhiriendo a apreciables resultados interpretativos, y respetuosos de la *ratio legis*, además razonablemente dirigidos hacia una lectura informal de las reglas procesales en juego.

<sup>27</sup>Cfr. Trib. Padova, 16 de octubre de 2012, con nota de D. Rizzardo (2012, p. 16).

<sup>28</sup>Se trata de la decisión del Trib. Genova 21 de noviembre de 2012, con nota de M. Viceconte (2012, p. 15-16), que afronta y soluciona positivamente la cuestión de la aplicación del nuevo procedimiento en caso de imputación de la relación de trabajo al real empleador en la hipótesis de suministración ilícita de mano de obra.



## 7 LA RECLAMACIÓN FRENTE A LA CORTE DE APELACIÓN Y EL RECURSO DE CASACIÓN

El análisis efectuada hasta este momento, tiene que ser completada con sintéticas profundizaciones, en cierta medida “residuales”, sobre el procedimiento de segunda instancia, puesto que, la primera fase, como ya hemos dicho, termina con una sentencia de aceptación o de rechazo. Ahora bien, indudablemente de menor releve y específico peso son, luego, las posibles problemáticas relativas a la proposición del gravamen contra la sentencia de primera instancia. A este propósito, hay que mencionar el texto literal del inciso 58 del art. 1 de la Ley n. 92 de 2012 que así expresa **“contra la sentencia que dispone sobre el recurso está admitida reclamación delante del Tribunal Superior de Justicia.”** A primera vista, podría parecer la enésima duplicación de expresiones lexicales, sobre todo considerado que la reclamación en cuestión tiene que ser propuesta en las formas del recurso y ser depositada, con el riesgo de caducidad, dentro del plazo perentorio de 30 días a partir de la fecha de comunicación o notificación de la sentencia. Igualmente está establecido, luego, que, en falta de notificación o comunicación de la sentencia de primera instancia, se aplique el art. 327 c.p.c., pues, con la referencia evidente al plazo así llamado “largo”, ahora de seis meses, desde el depósito de la sentencia para proponer la reclamación. Ahora bien, haber utilizado la palabra “reclamación” y no la de “apelación” podría constituir una verdadera redundancia: es decir, un inútil ejercicio semántico que llegaría, en la sustancia, al mismo resultado contenido en el art. 433 c.p.c. sobre la normal apelación en materia de controversias de trabajo.

En realidad, sin embargo, y sobre este último aspecto específico, la cuestión no puede ser propuesta exactamente en los términos indicados arriba, considerado que, emergen diferencias, estructurales y de contenidos decisivos, muy evidentes respecto a la análoga fase de las impugnaciones relativas la tradicionales controversias de trabajo. Con este objetivo, se efectuarán las siguientes consideraciones interpretativas en el detalle de los incisos 58 y ss del art. 1.

En primer lugar, yo personalmente no creo que la expresión utilizada, la de “reclamación”, considerado como remedio para la impugnación respecto a los éxitos de la primera instancia del juicio, sea del todo original<sup>29</sup>. En realidad, esta forma de impugnación de la sentencia ha sido ya ampliamente experimentada contra sentencias declarativas de quiebra, aunque limitadamente a los procedimientos contenidos en el Decreto legislativo n. 169 de 2007. Y de hecho, puesto que incluso los Tribunales Superiores de Justicia Sala de lo Social de las varias circunscripciones territorial, ahora tendrán que utilizar, con fines de instrucción de las próximas reclamaciones y en materia de averiguación de la licitud o no de los despidos, las nuevas disposiciones de la reforma del

<sup>29</sup>Me permito disentir de la opinión de COSMAI (2012, p.29), que en cambio considera original la utilización del instrumento de la reclamación.

2012, no parece que emerjan sustanciales analogías con el ordinario recurso de segunda instancia contenido en el art. 433 ss. En dirección opuesta, hay que mencionar que la característica de la especialidad y necesaria inmediatez interesa completamente también la segunda fase del juicio especial de gravamen, si bien en forma menos expuesta y epatante respecto a las vicisitudes más llamativas relativas a la primera instancia del juicio.

Hay que remarcar, que no parece posible, ni practicable una simple remisión a las conocidas disposiciones procesales contenidas en los artículos 433 c.p.c. y ss, en materia de apelación para las controversias de trabajo<sup>30</sup>. En este sentido, testimonian los precisos contenidos del inciso 60 del art. 1 que, en discrepancia con lo establecido para el tradicional procedimiento de apelación delante del juez de segunda instancia relativamente a los procesos ordinarios de trabajo, ha entendido referirse a un procedimiento acelerado respecto al ya examinado de primera instancia. Por otra parte, del todo análogo en la impostación a este último, ya que indiscutiblemente dirigido a la inmediatez del procedimiento. Pues, está confirmado que la finalidad es la de la aceleración, funcional para solucionar brevemente también la segunda instancia del juicio.

En particular, efectuando una comparación entre lo viejo y lo nuevo, se encuentran contrastes evidentes entre las dos modalidades procesales en relación a la solicitud de suspensión de la eficacia de la sentencia de primera instancia. Resulta, en efecto, del todo claro que, según establece el art. 431 c.p.c., para intentar obtener la suspensión de la ejecutividad de la sentencia impugnada, es necesario que la parte interesada adjunte un gravísimo daño que procede de la ejecución, o bien pruebe, de acuerdo con el último inciso del citado art. 432 c.p.c., que existan graves y ulteriores motivos. Todo esto se verifica siempre gracias a un impulso *ad hoc* de la parte apelante que, a través de separada demanda, haga expresa y, claramente, fundamentada solicitud, con debate de la inhibitoria en audiencia separada respecto a la de mérito.

Diversamente, sucede con el nuevo procedimiento. En efecto, según dispone el art. 60, en la primera audiencia el Tribunal Supremo de Justicia, al que las partes hayan acudido, puede suspender la eficacia de la sentencia impugnada, si recurren solo los graves motivos, pues no parece ser necesario celebrar una audiencia *ad hoc*, funcional para la instrucción de la demanda de suspensión como en el ordinario proceso. La suspensión tendrá (o no) que ser concedida a solicitud de la parte que haya interés, pero simplemente en la primera audiencia de debate.

Se delinea, con mayor evidencia, la diferencia de proceso con respecto al procedimiento de instrucción de la causa de apelación, puesto que está expresamente previsto de “escuchar a las partes” mientras que según establece el art. 437 inciso 1 c.p.c., la referencia textual está dirigida exclusivamente “a los defensores de las partes”. Con el efecto que la primera expresión, podría ser entendida con el significado de

<sup>30</sup>En sentido contrario, TREGLIA (2012, p. 771), convencido de la posibilidad de recuperación de las normas de la ley n. 533 del 1973 para el nuevo procedimiento.

“escuchar a las partes personalmente” y, aunque solo eventualmente, dar impulso, cuando el Tribunal Supremo de Justicia lo considere útil, al libre interrogatorio en contradictorio entre ellas e intentar conseguir el útil resultado de la conciliación de la controversia.

El mismo inciso 60 aclara que el juez del gravamen, en coherencia con los principios de la máxima tempestividad, omitida toda formalidad no esencial al contradictorio “procede en la manera que considere más oportuna en el expediente de instrucción admitido”. Ahora bien, la expresión utilizada evoca lo que ya hemos dicho y profundizado a propósito de la primera instancia del juicio; además, consiente indudablemente imprimir a la controversia los rasgos de una indudable especialidad y las potencialidades para asegurar un iter rápido, asignando a los jueces un amplio poder instructor y notable discrecionalidad acerca de la compleja impostación a dar a la instrucción, pero siempre en relación con una máxima flexibilidad.

Y, aún, hay otra y ulterior razón que atestigua la diversidad entre el viejo y el nuevo procedimiento en la segunda instancia del juicio y en referencia a los contenidos del proceso. Hay que poner de manifiesto que la reclamación delante del Tribunal Supremo de Justicia, así como está previsto en la recién reforma del 2012, resulta fuertemente caracterizada por un efecto devolutivo pleno, considerado que el juez del gravamen podrá proceder en el modo que considere más oportuno, pues sin limitaciones y rígidas exclusiones. El seguro efecto devolutivo encuentra, por otra parte, confirma en el hecho que no hay un simple control sobre la sentencia, sino que se trata de dar lugar a una verdadera reconsideración del hecho concreto, si bien en los límites del planteamiento de las quejas de la parte que ha propuesto la reclamación misma.

De la lectura del inciso 60, no resulta claro, de ninguna manera, si la expresión utilizada, “actos de instrucción admitidos” se refiera a la hipótesis que en segunda instancia el reclamante pueda solicitar por primera vez nuevos medios de prueba, y esto con el objetivo de demostrar el fundamento y la legitimidad de sus pretensiones.

El hecho de haber recurrido, siempre en el mismo inciso, a la otra expresión, “omitida toda formalidad no esencial al contradictorio”, deja claramente entender que en sede de reclamación el objeto del gravamen pueda no limitarse a cuanto específicamente deducido en la fase de primera instancia.

Es cierto que, aún antes, el inciso 59 aclara que no están admitidos nuevos medios de prueba o la alegación de ulteriores documentos distintos de los depositados. Sin embargo, no parece que subsistan las mismas e infranqueables exclusiones contenidas en el inciso 2 del art. 437 c.p.c. Y, de hecho, en la hipótesis del mencionado inciso 59, para que sean admitidos nuevos medios de prueba y la producción de nuevos documentos, la parte siempre puede pedir demostrar “no haber podido producirlos en primera instancia por razones a ella no

atribuibles". Sin embargo, en todo caso, los jueces del gravamen siempre podrán admitirlos, cuando lo consideren indispensables para la decisión.

Esta expresión es indudablemente innovadora respecto a la mayor rigidez del sistema contenido en el art. 437 c.p.c. e induce a meditar sobre el ya evidenciado aspecto devolutivo de la reclamación de la que se habla, la cual garantizaría, en sustancia, el planteamiento de nuevas razones por las que se requiere la revisión de la sentencia de primera instancia. Se trata de un iter menos rígido, inspirado a lógicas de flexibilidad, el todo en un cuadro de informalidad y rapidez desconocido por el procedimiento ordinario del trabajo. Limitadamente a este último perfil, parecería que la reclamación, concebida en relación con una flexibilidad procesal antes desconocida, fuera esencialmente dirigida a una averiguación informal de todos los perfiles de admisibilidad de la acción, pero, además, resulta indudablemente funcional a la pronuncia de una ulterior sentencia, sustitutiva in toto de la de primera instancia<sup>31</sup>.

Finalmente - pero sólo por una brevísima mención - resulta igualmente apropiado el iter previsto para el recurso de Casación, con tiempos más rápidos de los ordinarios. Providencialmente, la reforma no ha rozado, en este caso, la estructura del proceso, limitándose solo a reducir los términos: a) 60 días desde la notificación o de la comunicación para la proposición del recurso; b) seis meses para la fecha de fijación de la audiencia de debate, con efecto desde el depósito. Todo esto debería asegurar - pero el uso del condicional es obligatorio - una pronuncia final en los términos más breves posibles.

En este último y específico caso, sin embargo, no habiendo el legislador del 2012 previsto modificaciones sustanciales, como se ha mencionado antes, se considera que deban encontrar segura y plena aplicación las tradicionales normas contenidas en los artículos 360 y ss. c.p.c. Ahora bien, con el consecuente y secundario efecto que la eventual fase final de examen de legitimidad de la controversia propuesta delante del Tribunal Supremo de Casación y tomando en consideración el ya consolidado principio de autosuficiencia del recurso<sup>32</sup>, acabaría con asegurar una averiguación más exhaustiva y completa respecto a las precedentes investigaciones sobre el caso concreto. En esta última fase del juicio, pues, aparece claro y evidente como ya no esté consentido poder "omitir toda formalidad", y claramente no podrá el Tribunal Supremo de Casación proceder" en la manera que considere más oportuna", habiendo

---

<sup>31</sup>El sistema ilustrado arriba es muy similar a el previsto por el llamado "código del consumo" (decreto legislativo n. 206 de 2005) que igualmente dispone, exactamente en el art. 140-bis, un análogo remedio a lo que hoy en día está contenido en la reforma de las controversias en materia de despidos.

<sup>32</sup>Solo es el caso de mencionar que en la hipótesis en que se haga referencia a actos y documentos del juicio de mérito será necesario reproducirlos en el cuerpo del recurso, indicando en cuál sede procesal estos resulten producidos. Sobre el punto cf. Casación, Sección trabajo. 17 de agosto de 2012, núm. 14561, y también Casación, sección III, 29 de marzo de 2012, n. 5051.

la reforma del 2012 mantenido sustancialmente inalteradas las reglas relativas a esta fase del proceso y su tradicional papel.

## **8 INAPLICABILIDAD DEL NUEVO PROCEDIMIENTO EN EL EMPLEO PÚBLICO**

Otra señal evidente sobre las excesivas incertidumbres que se desprenden del análisis efectuado hasta aquí se refiere, en realidad, a una temática superficial respecto a los argumentos ya tratados en las páginas precedentes. La pregunta es si el procedimiento especial reglamentado por la Ley Fornero se pueda aplicar o no a las controversias relativas a las relaciones de trabajo con las públicas administraciones. En otras palabras, surge la duda si la nueva disciplina relativa a la tutela jurisdiccional contra los despidos ilegítimos pueda tener éxito y concreta respuesta incluso en materia de empleo público, y, específicamente en los casos en que el empleador público haya manifestado la voluntad de desistir anticipadamente de la relación de trabajo.

Ahora bien, al fin de solucionar el interrogativo formulado arriba, considero indispensable la preliminar averiguación sobre la aplicación de la parte sustancial de la entera Ley n. 92 de 2012 a la relación de público empleo. Es decir, si fuera posible o no extender a los dependientes públicos toda la normativa emanada por la ley Fornero y las nuevas reglas sobre la disciplina de los despidos. Se considera, en efecto, que el interrogativo sobre la aplicación del nuevo procedimiento constituya un posterior respecto a las necesidades de averiguar la factibilidad de la aplicación sustancial, puesta la estricta relación existente entre el nuevo texto de la norma contenida en el art. 18 E.T. y la especialidad del procedimiento en él contenido, indiscutiblemente funcional a las innovaciones prospectadas con la reforma del 2012.

Claramente, no se puede aquí limitar el debate simplemente al rechazo, unánime y firme<sup>33</sup>, por parte de las organizaciones sindicales de los trabajadores públicos, en valiente defensa de su baluarte y del irreducible principio del así llamado "puesto fijo". En otras palabras, no es posible reducir cada argumento a la tranquilizante consideración, que tiene un discutible valor político-sindical, de dejar del todo indemne al pueblo del público empleo de los sufrimientos de inestabilidad y de incertidumbres que afectan al sector en crisis del trabajo privado. Emblemática la posición de defensa neo-corporativa, fundamentada solo en la declarada intención de mantener intacto el originario texto del art. 18 E.T. a exclusiva prerrogativa del sector público; circunstancia que expresa ulteriormente, en las formas más patentes y evidentes, el fracaso del proyecto sobre la así llamada "privatización" del público empleo y la estructural e irreducible apertura, hoy en curso, entre los dos sectores.

---

<sup>33</sup> Así observa CARINCI (2012c, p.3) que advierte sobre el unánime disenso por parte de todo el movimiento confederal sobre la extensión de la Ley n. 92 de 2012 al público empleo.

Diversamente, el examen sobre la cuestión que aquí estamos comentando, tiene que partir necesariamente de los datos normativos de referencia contenidos en la Ley n. 92 de 2012. Y, en efecto, es en el ámbito de una coherente y transparente lectura de las específicas normas de la ley, en particular de los incisos 7 y 8 de la norma contenida en el art. 1, que debe desarrollarse el iter argumentativo dirigido a aclarar las dudas sobre la evidenciada problemática.

Como se sabe, inicialmente el inciso 7 establece expresamente que las normas de la Ley Fornero deben constituir “principios y criterios para la regularización de las relaciones de trabajo de los dependientes de las Administraciones Públicas”. Sin embargo, el siguiente inciso 8, claramente siempre del art. 1, dispone que la aplicación misma de la ley está, en cambio, sometida a una intervención reglamentaria del Ministerio para las Administraciones Públicas y la simplificación. A este último le corresponde la incumbencia de individualizar y definir, se repite por medio de su pertinente y adecuada intervención, “los ámbitos, las modalidades y los tiempos de armonización de la disciplina” en el sector del público empleo. De esto resulta que, de una posición de apertura, de la que hay tangible huella en el inciso 7, evidentemente se pasa a una diferente formulación, del valor puramente programático y claramente no vinculante, prevista por el inciso 8 que somete la aplicación del precedente inciso a una iniciativa del Ministro competente, quien podrá en el futuro - pero solo si lo querrá - predisponer las oportunas medidas para “armonizar” la reforma Fornero también a los dependientes de las públicas administraciones.

Como ha sido abiertamente denunciado por una acreditada doctrina, “la increíble corrección restrictiva del inciso 8”<sup>34</sup> acaba con frustrar toda posible interpretación, dirigida a una aplicación inmediata de la ley Fornero al público empleo con el fin de una homogeneización entra las dos áreas de trabajo, puesta la condición (suspensiva) que el Ministro individualice y defina los tiempos de actuación. La evidencia, pues, es la de un injustificable y subrepticio condicionamiento de la extensión al público empleo de la reforma del 2012, extensión, repetimos, sometida a la emanación de futuros actos reglamentarios que deberían - pero el uso del condicional es obligatorio - disciplinar la unión.

El resultado final, pues, puesta la debida coordinación entre los dos incisos 7 y 8 del art. 1, no podrá que ser el de una no extensión del procedimiento especial a los despidos del sector del público empleo. Si bien, en la plena convicción que subsista, no una aproximación del legislador, sino, en cambio - circunstancia aún más grave - una premeditada e intencional anarquía normativa. Por un lado se intenta decidir a favor de la aplicación, acudiendo a la expresión que las normas de la ley Fornero constituyen principios y criterios para la regulación de las relaciones de trabajo de empleo público (inciso 7), por otro lado, *incredibile dictu*, se opera con el objetivo de debilitar toda expectativa sobre la aplicabilidad a ese sector.

<sup>34</sup>Siempre CARINCI (2012d, p.3).

El intérprete, de todas maneras, hoy en día está obligado a respetar el dato formal que emerge por la combinación entre los dos incisos, por lo menos de poder registrar, en el breve periodo, posibles ordenanzas para remitirse a la Consultación y sucesivas aceptaciones de esta última, especialmente en casos de patente e injustificada diferenciación entre el sector del trabajo privado y el de público empleo en el ámbito de la reforma del 2012. Por otro lado, es necesario señalar que, ya desde tiempo, el ordenamiento jurídico italiano nos ha acostumbrado a evidentes diferenciaciones y esto a propósito de la norma contenida en el art. 18 E.T. en ámbito público. Solo debemos señalar, a tal propósito, que según el art. 51 inciso 2 del Decreto legislativo 30 de marzo de 2001, n. 165, el Estatuto de los Trabajadores se puede aplicar totalmente, prescindiendo del número de los dependientes de los entes públicos; con evidente, plena y total aplicación de la tutela real en toda hipótesis de despido ilegítimo en el sector del público empleo, sin ninguna necesidad de proceder al cómputo de los niveles ocupacionales.

Hay que hacer una ulterior aclaración. Con respecto al específico tema del que estamos tratando y examinando con mayor atención a la norma por último mencionada, resulta que la remisión al Estatuto de los Trabajadores en ella contenido se refiere también a “**sus sucesivas modificaciones e integraciones**”. Sin embargo, no parece de ninguna manera que esta expresión pueda concernir también a las recientes y radicales modificaciones contenidas en el art. 1 de la Ley n. 92 de 2012, puesta la imposibilidad de una validez *ex post* contenida en una norma - la del art. 52 - en vigor en el lejano 2001. En otras palabras, no se considera legítimamente sostenible el hecho de que pueda invocarse la ultractividad de una remisión que implique modificaciones futuras al actual texto del art. 18 a la época de la entrada en vigor del Decreto legislativo n. 165 de 2001. En realidad, las modificaciones e integraciones al Estatuto se refieren, como las introducidas por la Ley 11 de mayo de 1990, n. 108, a todas las enmiendas al Estatuto desde 1970 hasta la entrada en vigor del decreto legislativo n. 165 de 2001. En tal sentido, el *ius superveniens*, contenido en la Ley n. 92 de 2012, no puede aplicarse por una anterior remisión, puesto que no es posible suponer una lectura del art. 51 orientada a hipotecar, también para el futuro, la aplicación al público empleo de toda modificación efectuada a las normas del Estatuto. En cambio, hay que señalar, como consideración de carácter general e interpretativo sobre la problemática, que la no aplicabilidad del nuevo texto del art. 18 E.T., junto a la Ley Fornero, al público empleo, equivale a una ulterior prueba del alejamiento en curso entre los dos sectores del trabajo. Todo esto demuestra una subterránea continuidad entre la ley Biagi y la ley Fornero, cuando, en cambio, se quiere, “diversificar una disciplina que la así llamada privatización habría intentado hacer más común”<sup>35</sup>. En último análisis, pues, emerge el insuperable límite de una patente no aplicabilidad de la reforma contenida en el art. 18 E.T. al

<sup>35</sup>Siempre CARINCI (2012d, p. 7).

público empleo, con el consecuente efecto de aplicar el precedente texto no enmendado, es decir, el tradicional procedimiento de trabajo reglado por la Ley n. 533 de 1973, sin poder acudir al nuevo procedimiento especial contenido en la Ley n. 92 de 2012.

A pesar de las limitaciones señaladas arriba, en abierta contratendencia respecto a la obligada lectura de las dos normas contenidas en los incisos 7 y 8 de la Ley Fornero, destaca una inédita decisión del Tribunal de trabajo de Siracusa<sup>36</sup> que, sin ninguna fundamentación, considera indiscutiblemente que la ley Fornero y, pues, el nuevo procedimiento procesal en materia de impugnación del despido, se aplique a las administraciones públicas. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con esta tesis que no solo está desmentida por la doctrina, sino también por el dato textual del inciso 8 del art. 1.

## 9 CONCLUSIONES

Trazando, a este punto de la indagación en curso, las *guide lines* de la entera reflexión realizada hasta ahora, con respecto a todos los problemáticos temas de cada disposición, comparativamente examinados en las precedentes páginas en relación a la disciplina antes vigente, ahora resultan sencillas algunas conclusiones finales, si bien de carácter sinóptico, y orientadas a cerrar definitivamente el círculo sobre posibles recaídas relativas a la efectividad del texto normativo y las evidentes implicaciones hermenéuticas.

Mientras tanto, como primer releve, hay que señalar de inmediato que, aunque se aprecie, en línea teórica y de principio, el notable esfuerzo - quizás excesivo<sup>37</sup>- que el legislador de la reforma del 2012 ha querido llevar a cabo, ofreciendo un canal jurisdiccional alternativo y soluciones de tutela procesal más rápidas, no parece, sin embargo, que el primer resultado sea del todo positivo: mejor dicho, emergen más las sombras que las luces. Y, en efecto, el procedimiento especial, como ilustrado arriba y en los límites de la misma disciplina, no parece que pueda constituir por sí solo un válido instrumento que permita acelerar, en las praxis cotidianas, la solución de las controversias en materia de reintegración en el puesto de trabajo, las cuales, concordamos totalmente, siempre requieren tiempos más rápidos respecto a los ralentizados que se han registrado hasta a hoy. Por otro lado, tomando en consideración que la ley Fornero está vigente solo desde poco más de seis meses, no se comprende si serán respetadas las expectativas, o bien existe el riesgo de un clamoroso y devastador fracaso que agravaría la situación del contencioso del trabajo.

---

<sup>36</sup>Trib. Siracusa, 13 de noviembre de 2012 que, sin embargo, omite efectuar una averiguación sobre el inciso 8, previendo la aplicación al sector del público empleo solo en relación al inciso 7.

<sup>37</sup>Habría sido suficiente reforzar y variar la estructura del procedimiento cautelar atípico ex art. 700 c.p.c., como he sugerido en el precedente párrafo de este ensayo.



En particular, el hecho de haber ampliado la demanda de reintegración también a cuestiones preliminares, de carácter prejudicial que afectan a la calificación de la relación de trabajo (inciso 47 del art. 1), de hecho anula - si bien para las frecuentes circunstancias concretas - toda posibilidad de que se conceda una inmediata tutela cautelar en la primera fase del juicio. El pensamiento, como ya hemos percibido desde el principio, vuelve al trabajador no regularizado que, aún antes de conseguir la reintegración en el puesto de trabajo, está indudablemente cargado de la prueba a constituir sobre la existencia de la subordinación, en concordancia con en art. 2094 del código civil. Análogos son, luego, los numerosos y potenciales casos de trabajadores, algunos de ellos contratados solo con aparentes contratos de trabajo por proyecto, u otros regularizados, pero solo formalmente, como profesionales autónomos con partida IVA. En estas hipótesis, es del todo plausible la coherente reivindicación del reconocimiento de un contrato de trabajo subordinado y, en paralelo, frente a una medida de desistimiento del empleador, la posibilidad de asistir al planteamiento de pretensiones para una reintegración en el puesto de trabajo<sup>38</sup>.

Ahora bien, en estas circunstancias, se repite, potencialmente frecuentes en el variado contexto de las relaciones de trabajo subordinado en la sustancia y no en la forma, es muy evidente que solo podrá difícilmente ser acogido en primera instancia - como ya hemos mencionado antes - el recurso presentado por el trabajador. Todo esto frente a la previsible defensa del empleador que, es lícito presumir, constituirá un obstáculo para el reconocimiento de la subordinación. Con el obvio efecto que el trabajador deberá necesariamente: a) plantear recurso de oposición contra la primera fase de cognición sumaria; b) acceder a una cognición más amplia que compruebe la calificación de la relación como trabajo subordinado y, al final; c) esperar en una medida definitiva de reintegración.

Del sintético cuadro, como relatado arriba, emerge la clara (y negativa) percepción de que el legislador del 2012 haya indiscutiblemente subestimado algunas previsible dificultades. Estas últimas se encuentran, bien en relación a los límites de autodeterminación de las elecciones, bien con respecto también a los perfiles de tipo meramente organizativo, relacionados con la puesta a punto de un procedimiento sumario, pero obligatorio, de acceso a la justicia<sup>39</sup>. Es suficientemente conocida la sensación de que este procedimiento inicial sea inevitablemente destinado a una sucesiva y más exhaustiva fase de averiguación judicial, en el caso en que faltara una solución inmediata y agradecida a ambas las partes. En otras palabras, la perentoriedad de acudir obligadamente al procedimiento especial previsto por la reforma Fornero, no aparece del todo convincente, especialmente con respecto a la segura censura de improcedencia de las demandas presentadas en el recurso, en el caso en que la parte demandante quisiera alejarse del procedimiento especial.

<sup>38</sup>Se trata de algunas específicas consideraciones, de carácter crítico y de valor pragmático, ya desarrolladas en mi primera intervención sobre el tema, véase ROMEO (2013, p.1-2).

<sup>39</sup>Consideraciones análogas se encuentran en GUARISO (2012, p.123).

Pues, es posible distinguir esencialmente dos principales perfiles: a) el primero relacionado a una evidente comprensión de los principios de libera elección del demandante; b) el segundo, relacionado a aspectos estructurales, indudablemente correlatos - para utilizar una eficaz metáfora - al impacto “ambiental” que, desde ahora, está produciendo el nuevo proceso, respecto al total contexto de las controversias en materia de trabajo, en el ámbito del cual se introduce como nuevo y distinto cuerpo.

Ahora bien, sobre la específica cuestión relativa al último perfil, en realidad ya hemos mencionado, a propósito del riesgo de un cierto efecto multiplicador de los procedimientos jurisdiccionales que serán probablemente puestos en marcha en el próximo futuro. En particular, se tomen en consideración todos los casos muy frecuentes en la praxis, en que los dependientes despedidos, más allá de la acción de reintegración, quieran solicitar legítimas pretensiones crediticias. En fin, el presentimiento es, luego, el dirigido a imaginar un seguro e intolerable retraso para los procesos de trabajo, todavía en curso de instrucción, claramente a decidir con el procedimiento reglado por el art. 414 c.p.c. y ss.

Siguen, pues, perplejidades e incertidumbres sobre la factibilidad operativa del nuevo procedimiento especial, desde el punto de vista de la organización judicial y de la evidente y endémica falta de la plantilla relativa al cuerpo judicante y de los magistrados asignados a las secciones trabajo. Ahora bien, una tal eventualidad llevará ciertamente a un deslizamiento en el tiempo de los procesos ordinarios que tengan por objeto cuestiones diferentes de la demanda de reintegración en el puesto de trabajo. La verdad es que sería necesario encaminar una programación de largo plazo en el calendario de las audiencias, y esto especialmente con respecto a algunas circunscripciones de Tribunales Supremos de Justicia, es decir, ya subdimensionadas respecto al número global de los procedimientos inscritos en el registro para las controversias de trabajo y de seguridad social.

Cerca de este, ciertamente no confortante, escenario, se teme - como ha ocurrido en un recién pasado acerca del desenvuelto recurso alternativo a la tutela cautelar<sup>40</sup> - el riesgo de una subrepticia y deplorable instrumentalización. Y, en efecto, considerando el canal privilegiado del nuevo procedimiento, surge la sospecha que la defensa del trabajador podría igualmente presentar demanda de reintegración, si bien consciente de que no se alcancen los niveles profesionales previstos para el procedimiento acelerado, pero a fin de exponer, en vía subordinada, una solicitud de tutela obligatoria y también la indemnización de aviso previo y la liquidación.

En este último caso, aunque desde un punto de vista meramente formal y procesal, debería estar permitida la proposición del juicio especial *ex lege* n. 92 de 2012, tratándose sustancialmente, de hechos constitutivos idénticos respecto al despido. Efectivamente, es indudable

<sup>40</sup>Sobre los excesos de la tutela cautelar, cfr. el comentario crítico de MISCIONE (2006, p.993 e ss.).

que la demanda subordinada, propuesta según dispone el art. 8 de la Ley n. 604 de 1996, se fundamenta, de veras, sobre los mismos perfiles constitutivos de la acción de reintegración, aunque con consecuencias muy diferentes con respecto al aspecto sancionatorio.

Pues, a este punto del análisis y como conclusión del mismo, se puede añadir que es muy oportuno expresar un amplio consenso respecto a la opinión de quien nos ha precedido en el comentario “en caliente” a la ley Fornero, manifestando aceptables críticas, y de quien, en relación a lo específico de nuestro campo de reflexión, ha también eficazmente considerado que la introducción de un nuevo procedimiento especial, con la Ley n. 92 de 2012, no habría sido necesario<sup>41</sup>. Pues bien, salta a los ojos del intérprete, la fragilidad y la no fiabilidad del nuevo procedimiento especial, puesto que, más sabiamente, habría sido preferible prever una fase sumaria y/o provisional, del todo autónoma o bien, según los casos, en el interior de un procedimiento de cognición ordinaria. Hay que añadir, además, que esta última solución habría permitido, en coherencia, al Juez de trabajo al cual las partes acudieron, de fijar con decreto una doble audiencia: a) la primera destinada a la medida de urgencia y limitada exclusivamente a una cognición sumaria en relación al perfil de la reintegración en el puesto de trabajo; b) la segunda, en cambio, orientada a la audiencia de mérito y a la promoción de su instrucción plena y exhaustiva.

Por otro lado, el dato normativo de la llamativa aceleración atribuida por el legislador del 2012 a los términos procesales, con el efecto de la reducción de los mismos, es poca cosa, debido al convencimiento de que los términos puestos a carga del juez podrán ciertamente ser eludidos, y esto a causa de un número relevante de controversias que no permite desarrollar rápidamente el proceso.

A este propósito, en la espera de encontrar una tangible confirmación en relación a los reales niveles de efectividad de la reforma, hay que añadir unas últimas palabras para concluir el discurso. Quedando claras las censuras razonadamente expuestas en las precedentes páginas, se tratará de averiguar en otras circunstancias y en concreto, también teniendo en cuenta las próximas decisiones solicitadas a los numerosos Tribunales de trabajo implicados, cuál será el éxito futuro de la reforma y cuál impacto tendrá respecto a la ordinaria carga del contencioso de trabajo actualmente existente. En un tal averiguación, sin embargo, se podrá intervenir solo in ausencia de intervenciones demoledoras de la Consultación que, en definitiva, podría poner todo en tela de juicio.

En todo caso, los próximos meses serán realmente decisivos, ya que, “pronto, el rosario de las ordenanzas será desgranado con cotidiana frecuencia”<sup>42</sup>, y además, dentro de poco, deberían ser depositadas

<sup>41</sup>Cfr. sobre este punto lo que expresamente considera VALLEBONA (2012b, p. 77). Según el autor, habría sido suficiente “prever una fase sumaria” y luego para la ordinaria cognición remitir al ya experimentado procedimiento para la represión de la conducta anti-sindical.

<sup>42</sup>Son las eficaces y textuales palabras de CARINCI (2012b, p. 779).

las primeras sentencias definitivas del juicio de primera instancia. En particular, se tratará de observar las diferentes modalidades de ejecución del nuevo proceso relacionado con la ley Fornero, y esto en coherente sucesión cronológica, por lo menos hasta la segunda instancia, delante de los Tribunales Supremos de Justicia que se pronunciarán sobre las reclamaciones propuestas.

Además, una particular e indiscutiblemente mayor atención merecerá el impacto de las primeras decisiones de la jurisprudencia del trabajo con otros dos esenciales perfiles: por un lado las rígidas limitaciones sobre la activación del juicio y su imprescindible coordinación con la nueva disciplina sustancial del art. 18 del Estatuto; por otro lado, el dato, muchas veces puesto de relieve, del extremo poder discrecional instructor atribuido a los jueces del trabajo. Nos preguntamos, en fin, si estos últimos, tanto en la fase sumaria, como en la sucesiva de mérito, conseguirán desembrollar el enredado texto de la reforma<sup>43</sup>, teniendo como objetivo el de alcanzar un notable nivel de certeza y de solidez interpretativas.

## 10 REFERENCIAS

BALLESTRERO, M. V.; DE SIMONE, G. **Diritto del lavoro**. Torino: Giappichelli, 2012. p. 516-517,

BORGHESI, D. Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimenti speciali. In: CARINCI, F.; MISCIONE, M. **Commentario alla riforma Fornero**, 2012, p. 17. Supplemento de **Diritto & Pratica del lavoro**, 33, 15 del settembre de 2012.

CARINCI, F. Art. 18 St. Lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente. **Lav. Pubbl. Amm.**, n. 2, p. 3-7, 2012d. (texto mecanografiado)

CARINCI, F. Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, **Il lavoro nella giurisprudenza**, Bologna, IPSOA, p. 530, 2012a.

CARINCI, F. Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d.lgs. n. 165/01. In: CARINCI, F.; MISCIONE, M. **Commentario alla riforma Fornero**, 2012c, p. 3. Supplemento de **Diritto & Pratica del lavoro**, n. 33, 15 del settembre de 2012.

CARINCI, F. Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore. **Argomenti di Diritto del Lavoro**, n. 4-5, p. 773 ss., 2012b.

CARINCI, F. Il nodo gordiano del licenziamento disciplinario. **Il lavoro nella giurisprudenza**. Bologna, IPSOA, p. 5 ss., 2013.

<sup>43</sup>Esta expresión es de CARINCI (2013).

CESTER, C. Licenziamenti: metamorfosi della tutela reale. *In*: CARINCI, F.; MISCIONE, M. **Commentario alla riforma Fornero**, 2012, p. 30 ss. Supplemento de **Diritto & Pratica del lavoro**, n. 33, 15 del settembre de 2012.

COMMISSIONE FOGLIA. La relazione finale della Commissione Foglia sulla riforma del processo del lavoro: arbitrato e conciliazione. **Rivista Critica de Diritto del Lavoro**, p. 581, 2001.

COSMAI, P. L'impugnazione giurisdizionale e specialità del rito. Prime riflessioni. *In*: CARINCI, F.; MISCIONE, M. **Commentario alla riforma Fornero**, 2012, p. 29. Supplemento de **Diritto & Pratica del lavoro**, n. 33, 15 del settembre de 2012.

DE ANGELIS, Luigi. Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009. **Argomenti di Diritto del Lavoro**, n. 1, p. 104, 2010.

DE ANGELIS, Luigi. L'abuso del processo tra certezza delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro. **Il lavoro nella giurisprudenza**. Bologna, IPSOA, p. 331, 2012.

FEZZI, Mario; SCARPELLI, Franco. La Riforma Fornero. **Guida alla riforma Fornero, I Quaderni di wikilabour 1**, Milano, CGIL, p. 11, luglio 2012.

FOGLIA, R. Domande di giustizia e processo del lavoro. **Giurisprudenza italiana**, n. 6, p. 1289 ss., 2001.

GUARISO, A. Il procedimento speciale per l'impugnazione dei licenziamenti. *In*: FEZZI, M.; SCARPELLI, F. **Guida alla riforma Fornero, I Quaderni di wikilabour 1**, Milano, CGIL, p. 123, luglio 2012.

MAFFUCINI, M. La mala avventura del processo del lavoro. **Giurisprudenza italiana**, n. 2, p. 504 ss., 2007. Torino: Utet.

MAGRINI, S. Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18). **Argomenti di Diritto del Lavoro**, p. 535 ss., 2012.

MISCIONE, M. Eseguità in forma coattiva della reintegrazione e competenza del giudice cautelare, a las ordenanzas emitidas por Tribunal de Ravenna, 12 de junio de 2006, 21 y 25 de julio de 2006. **Il lavoro nella giurisprudenza**. Bologna, IPSOA, p. 993 ss., 2006.

MISCIONE, M. Proposte per il mercato e interventi sul processo del lavoro. **Il lavoro nella giurisprudenza**, Bologna, IPSOA, p. 212, 2012.

MONTESANO, Luigi; MAZZOTTI, Fabio. **Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale**. Napoli: Jovene, 1974.

PASQUALETTO, Elena. La dubbia natura cautelare del procedimento

per la repressione delle discriminazioni sul lavoro, **Il Lavoro nella Giurisprudenza**, Bologna, IPSOA, n. 3, p. 269, 2009.

RIVERSO, R. Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale). Presentado in occasione dell'incontro dal CSM (Consejo Superior de la Magistratura) sul tema **La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012**, n. 92, Roma, 29.10.2012 (texto mecanografiado).

RIZZARDO, D. Riforma Fornero e rito speciale: cosa accade se l'art. 18 non si applica? **Guida lav.**, n. 44, 2012, p. 16, de 9.11.2012.

ROMEO, Carmelo. La reintegrazione nel posto di lavoro: tra tecniche giuridiche e viende politiche. **Il lavoro nella giurisprudenza**, Bologna, IPSOA, p. 105 ss., 2002.

ROMEO, C. Licenziamenti e nuovo rito. **Mass. Giur. Lav.**, p. 1-2, 2013.

TREGLIA, G. Brevi note sul nuovo processo per licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro. **Il lavoro nella giurisprudenza**, Bologna, IPSOA, p. 771, 2012.

TREU, T. El nuevo artículo 18 después de la reforma Fornero: la prima pronuncia giurisprudenziale. **Contr. Collett.**, 11, 4 y 5, 2012.

VACCARELLA, R. Una novità giurisprudenziale ed una legislativa per il rito del lavoro. *In*: Problemi attuali sul processo del lavoro, **Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza**, **Quad. Dir. Lav.**, III, Milano, p. 1 ss., 2006.

VALLEBONA, A. **Istituzioni di diritto del lavoro**. v. II. Il rapporto di lavoro. 7. ed. Padova: Cedam, 2012a.

VALLEBONA, A. **La riforma del lavoro**. Torino: Giappichelli, 2012b.

VICECONTE, M. Processo del lavoro: rito speciale e imputazine del rapporto in capo a terzi, **Guida lav.**, 2012, n. 49, pp. 15-16, 14.12.2012.

ZAMBELLI, A. Processo del lavoro e rito speciale: la prima decisione del Tribunale di Milano. **Guida al Lavoro**, n. 44, p. 13, 9.12.2012.