

Universidades Lusíada

Cabeza Pereiro, Jaime

Acerca de la protección frente al despido injustificado

<http://hdl.handle.net/11067/6154>
<https://doi.org/10.34628/9vrt-8c20>

Metadados

Data de Publicação

2021

Resumo

La protección legal del despido es un territorio en el que se produce una confrontación entre distintas perspectivas económicas y jurídicas, que se decanta en cada sistema jurídico interno de acuerdo con los valores imperantes, que son necesariamente dinámicos. Las vicisitudes económicas y las crisis sucesivas tienen un impacto directo en las legislaciones nacionales, que actúan de acuerdo con unos criterios políticos que también fluctúan. La Gran Recesión de 200...

The legal protection of dismissal is a framework in which there is a confrontation between different economic and legal perspectives, which is decided in each internal legal system according to the prevailing values, which are necessarily dynamic. Economic vicissitudes and successive crises have a direct impact on national legislation, which acts in accordance with political criteria that also fluctuate. The Great Recession of 2008 produced a wave of r...

Palavras Chave

Empregados - Dispensa de - Estatuto legal, leis, etc.

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Minerva, v. 11, n. 04 (2021)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-01T23:31:11Z com informação proveniente do Repositório

ACERCA DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO INJUSTIFICADO

Jaime Cabeza Pereiro
*Professor Catedrático de Direito
do Trabalho e da Segurança Social
Universidade de Vigo
Espanha*

ACERCA DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO INJUSTIFICADO *ON THE PROTECTION AGAINST UNJUSTIFIED DISMISSAL*

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo
Espanha

Resumen: La protección legal del despido es un territorio en el que se produce una confrontación entre distintas perspectivas económicas y jurídicas, que se decanta en cada sistema jurídico interno de acuerdo con los valores imperantes, que son necesariamente dinámicos. Las vicisitudes económicas y las crisis sucesivas tienen un impacto directo en las legislaciones nacionales, que actúan de acuerdo con unos criterios políticos que también fluctúan. La Gran Recesión de 2008 produjo una ola de reformas que disminuían el nivel de protección, pero la crisis derivada de la COVID19 está generando una serie de cambios que insinúan una mayor protección del empleo. En estas encrucijadas, diferentes paradigmas teóricos dejan su impronta, como es el caso más emblemático de la flexiseguridad. La pregunta de cómo deben ser protegidos los trabajadores debe abordarse, en todo caso, tomando en consideración los instrumentos internacionales y regionales que existen sobre el despido, que deben ser considerados por las jurisdicciones internas de conformidad con la doctrina de sus órganos de aplicación e interpretación. La causalidad del despido ha sido, desde luego, el asunto de mayor debate, en particular en referencia a la entidad cuantitativa

y cualitativa de los motivos esgrimidos por la empresa, sean referidos a la persona del trabajador o a las necesidades de la empresa.

Abstract: The legal protection of dismissal is a framework in which there is a confrontation between different economic and legal perspectives, which is decided in each internal legal system according to the prevailing values, which are necessarily dynamic. Economic vicissitudes and successive crises have a direct impact on national legislation, which acts in accordance with political criteria that also fluctuate. The Great Recession of 2008 produced a wave of reforms that lowered the level of protection, but the crisis resulting from COVID19 is generating a series of changes that suggest greater employment protection. At these crossroads, different theoretical paradigms leave their footprint, as is the most emblematic case of flexicurity. The question of how workers should be protected must be addressed, in any case, taking into account the existing international and regional conventions on dismissal, which must be considered by domestic jurisdictions in accordance with the doctrine of their application and interpretation bodies. The causality of the dismissal has been, of course, the subject of major discussion, in particular in reference to the quantitative and qualitative entity of the reasons put forward by the company, whether they refer to the person of the worker or to the needs of the company.

Palabras Clave: Despido, protección, motivos, flexiseguridad, crisis.

Key Words: Dismissal, protection, reasons, flexicurity, crisis.

Sumario: I. Modelos de mayor y de menor protección legal del despido. II. Sobre cómo deben ser protegidos los trabajadores. III. Protección en el contrato o en el mercado de trabajo: despido, flexiseguridad y mercados de trabajo transicionales. IV. El contexto de la normativa internacional y regional. V. Sobre la entidad de los motivos del despido. VI. En concreto, sobre las causas empresariales. VII. Una reflexión parcial.

I. MODELOS DE MAYOR Y DE MENOR PROTECCIÓN LEGAL DEL DESPIDO

La protección jurídica frente al despido ha sido tradicionalmente el foco de atención de la economía de matriz más liberal, en cuyo ámbito se ha desarrollado la teoría de que guarda una relación directa con el desempleo en términos de causa-efecto. O, por expresarlo con claridad, de que solo una rebaja en las garantías normativas frente a la extinción del contrato por voluntad de la empresa puede producir un mercado de trabajo más dinámico y con menos porcentaje de desempleo. Consecuentemente, es recomendable abrogar en la medida de lo posible las barreras legales al despido, a los efectos de provocar un marco de relaciones laborales más adecuado para que las empresas contraten laboralmente y lo hagan mediante vinculaciones por tiempo indefinido¹.

La misma idea se puede expresar de una forma más incisiva, expresada incluso como un planteamiento político: ampliar el derecho de los empresarios a despedir injustificadamente crea puestos de trabajo². En consecuencia, debe facilitarse, en particular, el despido sin causa, que, en definitiva, es el obstáculo más importante para que los mercados de trabajo funcionen con una eficiencia adecuada. Es necesario desregular el despido porque la protección del mismo tiene efectos muy distorsionantes: produce resultados contraproducentes contra la empresa y a menudo vejatorios de su buen nombre, consume excesivos recursos en la defensa de su justificación y, sobre todo, desincentiva la creación de empleo. Casi como un artículo de fe, se ha expresado que unos altos índices de protección son nocivos para la economía³. Más allá de lo cual, desde una perspectiva de tipo filosófica, se ha aseverado que la protección de la seguridad en el empleo constituye una interferencia inaceptable en las prerrogativas del empresario de gestionar libremente sus recursos⁴.

¹ Una descripción y crítica muy interesantes a esta doctrina en COLLINS, H., *The meaning of job security*, Industrial Law Journal, vol. 20, 1991, p. 229.

² EWING, K.D. y HENDY, J., *Unfair dismissal law changes-Unfair?*, Industrial Law Journal, vol. 41, nº 1, 2012, p. 115.

³ Comentando críticamente estas posturas, HARCOURT, M., GALL, G., SREE RAMAN, A., LAM, H, y CROUCHER, R., *Critiquing the OECS's employment protection legislation index for individual dismissals: The importance of procedural requirements*, Economic and Industrial Democracy, 2019, p. 4.

⁴ Es de necesaria cita a este respecto el ya clásico estudio de EPSTEIN, R.A., *A common law for labor relations*:

Bueno es citar, a modo de réplica, KAHN FREUND: “*la relación entre un empresario y un trabajador aislado o un grupo de trabajadores es típicamente una relación entre quien ostenta poder y quien no lo ostenta. En su origen es un acto de sumisión, en su desarrollo se produce una condición de subordinación, aunque la sumisión y la subordinación puede estar ocultas bajo ese indispensable producto de la mente legal conocido como contrato de trabajo. El principal objeto del Derecho del Trabajo ha sido, y pronostico que lo seguirá siendo siempre en el futuro, una fuerza compensadora para contrarrestar la desigualdad del poder negociador que es y debe ser inherente a la relación de trabajo*”⁵. Sin duda, esta cita clásica no se centra en la protección frente al despido injustificado -por cierto, un asunto de amplia discusión cuando se escribe-, pero sin duda conforma una amplia justificación de la normativa protectora del contrato de trabajo.

La libertad para despedir se defiende, en particular, a partir de postulados de eficiencia. Pero no es necesariamente cierto que sea más eficiente garantizarles a las empresas un amplio margen de actuación para extinguir los contratos por su voluntad unilateral que proteger a las personas trabajadoras. O, al menos, deberá admitirse que las consideraciones de esta naturaleza no exigen que el empresario disponga de un poder arbitrario para despedir sin tener que expresar razón alguna⁶.

Si el dilema se plantea en términos de modelos jurídicos, puede afirmarse que en los sistemas de predominio de las normas clásicas de Derecho Civil o de *Common Law* la empresa disfruta de una situación de predominio más clara que en los modelos continentales⁷. En aquéllos, ni sus respectivas constituciones ni su legislación ordinaria reconocen un derecho constitucional al trabajo⁸.

A critique of the New Deal Labor Legislation, Yale Law Journal, vol. 92, nº 8, 1983, pp. 1357 ss., donde propugna un retorno radical del Derecho del Trabajo a los principios del *Common Law* a través de una crítica a toda la legislación producida en USA a partir del *New Deal*, aunque partiendo de normas y épocas anteriores.

⁵ KAHN-FREUND, O, *The Labour and the Law*, 2.ª ed., Stevens (London, 1977) p. 117.

⁶ COLLINS, H., *An emerging human right to protection against unjustified dismissal*, Industrial Law Journal, vol. 50, nº 1, 2021, p. 42

⁷ Como pone de manifiesto HEPPLER, B., *European rules on dismissal law*, Comparative Labor Law Journal, vol. 18, nº 2, 1997, p. 213.

⁸ KIM, M., *All or nothing: The employment security Laws of Japan and the United States*, Boston University International Law Journal, vol. 34, 2016, p. 431.

Por el contrario, en éstos se ha desarrollado más claramente una legislación protectora del trabajador ante las resoluciones del contrato por voluntad de la parte empleadora⁹. Desde otro parámetro próximo, es evidente que en los sistemas más liberales la tendencia se dirige hacia una baja protección frente al despido¹⁰.

Ahora bien, también en los sistemas más protectores se erige un derecho constitucionalmente reconocido, el de libertad de empresa, como sustento de una relativamente amplia capacidad de iniciativa de la empresa para extinguir legítimamente el contrato de trabajo por su voluntad¹¹. Este anclaje constitucional pugna por ensanchar el espacio en el que el despido deba considerarse legítimo. Además, es debelador de unas garantías pretendidamente excesivas e incompatibles con un modelo de economía de mercado en el que las empresas deben disfrutar de una amplia capacidad de decisión¹². Así ha sido, vg., en el modelo español, en el que el Tribunal Constitucional, con ocasión de la reforma laboral de 2012 y de los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012, de 6 julio, apeló al art. 38 de la Constitución -derecho de libre empresa- para declarar la constitucionalidad de ciertas medidas de disminución de las garantías de los trabajadores ante la extinción del contrato de trabajo¹³.

⁹ BIJ de VAATE, V., *Achieving flexibility and legal certainty through procedural dismissal law reforms: The German, Italian and Dutch solutions*, European Labour Law Journal, vol. 8, nº 1, 2017, p. 7.

¹⁰ DINGELDEY, I. et al., *Worlds of Labour: Introducing the Standard-Setting, Privileging and Equalising Typology as a Measure of Legal Segmentation in Labour Law*, Industrial Law Journal, 2021, pp. 1 ss.

¹¹ Reivindicando la importancia de la consideración de la libertad de empresa, en cuanto a la revisión del despido nulo, DURÁN LÓPEZ, F., *Una visión liberal de las relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba (Córdoba, 2006) p. 95.

¹² Algunas interesantes reflexiones sobre la libertad de empresa en el contexto del despido ZOLI en, C., *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, WP CSDLE "Massimo D'Antona": IT-428/2020, pp. 12 ss.

¹³ Por ejemplo, y con cita de doctrina anterior, en STC 119/2014, de 16 julio: "entre otros, y por lo que ahora interesa, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, tales exigencias derivadas del art. 38 CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4)". Conviene, no obstante, para precisar la doctrina constitucional, apelar a un pasaje del voto particular de la misma sentencia: "ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la obligada concordancia

Sobre la fuerza expansiva de la libre empresa se proyecta, en sentido opuesto, el derecho al trabajo, con una importante potencia informadora del sistema jurídico. El trabajo aparece como un elemento informador y valor primario de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Puede decirse, como primera aproximación, que el derecho al trabajo tiene hechuras de derecho fundamental, de modo que deberá ser protegido en unos términos cuantitativos y cualitativos que han de ser precisados acaso por el legislador ordinario, pero a partir de unas premisas constitucionales que requieren una amplia tutela de la persona trabajadora¹⁴. Ahora bien, incluso en este escenario de reconocimiento constitucional de la protección frente al despido, se plantean otras polémicas esenciales, relativas en este caso al tipo de tutela que debe ofrecérsela a la persona que es víctima de un despido injustificado, arbitrario o ilegítimo, cualquiera que sea la causa de estas calificaciones. Básicamente, la dialéctica se plantea entre una tutela real o *in natura*, que implica la readmisión al puesto de trabajo ocupado antes del despido, y ya se acompañe o no de otras compensaciones de tipo económico, y una tutela obligacional, que implica el derecho a una indemnización por la extinción injustificada del contrato. Entre ambas posibilidades, se suscitan problemas relativos a su potencial equivalencia, a su posible intercambiabilidad o, sobre todo, al campo de preferencia de una u otra. Asimismo, ya en el ámbito estricto de la tutela obligacional, se discuten asuntos variados relativos, sobre todo, a la entidad de la protección y a cómo debe calcularse la *restitutio in integrum* del perjuicio causado y a la mayor o menor discrecionalidad que debe reconocérsela al órgano judicial en la determinación de la cuantía a la que asciende la reparación debida al trabajador.

Ahora bien, el rango constitucional de la protección frente al despido, como contenido necesario del derecho al trabajo no ha llegado, al menos en el ámbito de la doctrina más próxima, a postular una especie de derecho fundamental de las personas a no ser despedidas sin justa causa, como elemento integrante del acervo de los derechos humanos. Sin embargo, alguna iniciativa

que debe establecerse entre los arts. 35.1 y el 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho". En síntesis, en la protección frente al despido el derecho a la libertad de empresa puede actuar a ciertos efectos para limitar el derecho a la estabilidad en el empleo derivado del derecho al trabajo del art. 35 de la Constitución. Similar doctrina en STC 8/2015, de 22 enero.

¹⁴ ZOLI, C., *op. cit.*, pp. 13 ss.

académica se ha pronunciado en este sentido, con base en la doctrina del TEDH y en desarrollo del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio de Roma¹⁵. A este tema se volverá más adelante, no sin antes expresar la paradoja de que, hasta hace muy poco tiempo, el referido derecho se ha utilizado más bien por los empresarios para oponerse a ciertas intromisiones del Estado consideradas excesivas desde su punto de vista¹⁶.

En torno a estas últimas consideraciones, hay una gran pulsión desde la doctrina económica, con claros ecos también en la doctrina jurídica, que postula estandarizar la compensación debida por la empresa, a fin de garantizarle a esta mayor "seguridad jurídica". Aunque, en una traducción más sustantiva, lo que persigue esta orientación es, en particular, seguridad económica y previsibilidad de costes, por más que ambas arrastren casi irremediamente una menor tutela judicial efectiva de la persona trabajadora. De tales concepciones no puede concluirse cosa distinta de que asumen un entendimiento puramente mercantil de la fuerza de trabajo, que percibe el trabajo personal solo desde la perspectiva de su valor económico, del que puede prescindirse a cambio del pago de una tarifa previamente estipulada¹⁷. Es decir, basta con cuantificar apriorísticamente una indemnización tasada mediante unas fórmulas precisas, a la que se suma o no una cantidad adicional en concepto de preaviso, y, con gran asepsia, queda excluida cualquier responsabilidad que pudiera atribuírsele a cualquiera de las dos partes en el contrato. O, por decirlo de nuevo en términos materiales, ninguna reclamación adicional cabría atribuirle al empresario.

En defensa de estas teorías se ha apelado, en el ámbito británico al *"impacto terrible de las reglas vigentes sobre el despido injustificado sobre la eficiencia y, por lo tanto, la competitividad de nuestras empresas, y sobre la eficacia y coste de nuestros servicios públicos"*¹⁸. Este aserto resulta especialmente discutible en el contexto de uno de los sistemas de relaciones laborales más desregulado del mundo desarrollado, y además progresivamente desregulado. Sin embargo, debe reconocerse que se encuadra en una corriente, sobre

¹⁵ COLLINS, H., *An emerging human right...*, cit., pp. 36 ss.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ HOWE, J., *Poles apart? The contestation between the ideas of no fault dismissal and unfair dismissal for protecting job security*, *Industrial Law Journal*, vol. 42, nº 2, 2013, p. 123.

¹⁸ Cita recogida por HOWE, J., *op. cit.*, p. 124.

la que habrá de profundizarse más adelante, que postula una denegación del derecho de la persona trabajadora al escrutinio por un órgano externo, ya sea judicial o extrajudicial, de la decisión de despido de la que ha sido objeto.

Desde la perspectiva de la OCDE, se han vertido varias consideraciones. Por una parte, se pone de relieve que una regulación protectora del despido produce un descenso en el número de contrataciones y de despidos y que, por lo tanto, incrementa el coste de transitar de un trabajo a otro. O, por expresar la misma idea en otros términos, disminuye los procesos de creación y de destrucción de empleo. En términos generales, se valora positivamente que haya “cierto grado” de protección, para una adecuada eficiencia del mercado de trabajo¹⁹. Sin embargo, y en una orientación contraria, se afirma que dicha normativa protectora produce consecuencias negativas tales como mercados de trabajo menos adaptables a cambios económicos, al tiempo que genera una tendencia de productividad decreciente²⁰. Eso sí, en lógica de suma de resultados, no da la impresión de que, a la postre, afecte de una forma clara a la evolución del desempleo de un sistema de relaciones laborales²¹. Ahora bien, también se ha expresado que una rigidez excesiva tiene un impacto negativo en relación con las oportunidades de las personas excluidas del mercado de trabajo y en términos de segmentación del mismo e incremento de la dualidad entre personas con derechos y personas sin derechos²².

Por supuesto, este discurso económico ha calado y ha producido importantes reformas estructurales y una orientación legislativa reactiva a los derechos de las personas trabajadoras, y de la cual la erosión de las garantías legales frente al despido ha sido uno de los asuntos centrales. Ya desde los años ochenta del siglo pasado es muy perceptible un cambio de paradigma, que se hace mucho más visible con el advenimiento de las últimas crisis. En la práctica, las orientaciones de los distintos sistemas internos de relaciones laborales han sido bastante concurrentes a nivel global.

¹⁹ *Recent trends in employment protection legislation*, OECD Employment Outlook, 2020, p. 4.

²⁰ *Ibid.*, p. 5.

²¹ *Ibid.*, p. 6.

²² *Protecting Jobs, enhancing flexibility: A new look at employment protection legislation*, OECD Employment Outlook, 2013, p. 68.

Desde otro punto de vista, más próximo al discurso de la eficiencia, debería reflexionarse sobre el alcance de los pretendidos beneficios de una legislación tendencialmente poco protectora del despido. Podría argüirse, con cierto sustrato doctrinal, que la medida de despedir, ya sea individual o colectivamente, se sustenta en motivos de gestión objetivos. Desde esa perspectiva, su utilidad en beneficio de la empresa, aunque pueda cuestionarse mediando ciertas circunstancias, acaso sea poco discutible en otras. Ahora bien, y sobre todo cuando se trata de medidas de alcance colectivo, en paralelo a la adecuación del despido en términos de beneficio para la empresa, hay otro ámbito de debate, de alcance más social. Es decir, la medida extintiva puede ser adecuada para la entidad empleadora pero inconveniente en términos sociales, en particular en el ámbito geográfico en el que surte efectos²³.

En el impacto de esos puntos de vista a lo largo de los últimos lustros ha sido diversa. En efecto, la experiencia producida con ocasión de la crisis económica que se desencadenó en 2008 y con la regulación de flexibilización y rebaja del umbral de protección del despido ha producido unas consecuencias bien tangibles. La Gran Recesión precipitó unas políticas de austeridad que, por lo que aquí interesa, decantaron unas reformas de reducción de las garantías de los trabajadores ante el despido²⁴. En términos numéricos, ha generado grandes pérdidas de puestos de trabajo²⁵ y, además, un largo período de congelación salarial²⁶. Por supuesto, al margen de los países más afectados por las políticas de condicionalidad del Eurogrupo²⁷, los países con mayor protección frente al

²³ ALEKSYNSKA, M. y MULLER, A., *The regulation of collective dismissals: Economic rationale and legal practice*, International Labour Organization, ILO Working Papers, 2, 2020, p. 4.

²⁴ Sobre este tema, extensamente, BAYLOS GRAU, A., *La reforma del despido*, Revista de Derecho Social, nº 95, 2021, pp. 13 ss.

²⁵ Aunque desde el mundo de la Economía aplicada se advierte que los sistemas que más rápido destruyen empleo cuando sobreviene una crisis son aquellos cuya legislación es menos protectora de la extinción de los contratos. Así lo expresan HEYES, J y LEWIS, P., *Employment protection under fire: Labour market deregulation and employment in the European Union*, Economic and Industrial Democracy, vol. 35, nº 4, 2014, p. 594. Claro que, en el caso español, la alta temporalidad explica una rapidez igualmente elevada.

²⁶ Lo cual ha sido evidente en el sistema español, y no por causa precisamente de la reforma laboral de 2012, pues ambas tendencias son muy claramente constatables con anterioridad. Ello no obstante, y de forma igualmente inequívoca, se reforzaron mucho a partir del RD-Ley 3/2012, de 10 febrero. Con todo, la misma realidad se observó en todos los sistemas europeos, en particular en los más afectados por las políticas de condicionalidad del Eurogrupo. Un comentario sobre este asunto en VILLIERS, Ch., *Why employee protection legislation is still necessary?*, Comparative Labour Law & Policy Journal, vol. 33, nº 3, 2012, pp. 481 ss.

²⁷ Un interesante estudio sobre las reformas en los mismos, en KOVÁCS, E., *Individual Dismissal Law and the financial crisis: An evaluation of recent developments*, European Labour Law Journal, vol. 7, nº 3, 2016, pp. 368 ss.

despido han sido los que menos empleo han perdido durante la crisis²⁸. Podría añadirse que se ha producido una espiral de deterioro de la calidad de los trabajos, hacia un abismo de inseguridad laboral que se concibe casi como un hábitat natural del trabajo productivo. Las nuevas cohortes de personas trabajadoras han percibido esta inseguridad casi como un modelo estructural del mercado de trabajo y lo han vivido a modo del aprendizaje de una disciplina que va a afectarles a lo largo y a lo ancho de sus carreras profesionales. Si eso sucede -como ha sucedido en otros sistemas de relaciones laborales en mayor medida que en el sistema español- acompañándose de una brusca caída de la afiliación sindical, el problema se agrava mucho más. En contextos como los que entonces se vivió -y, en gran medida, vuelve a vivirse, con la crisis económica derivada de la pandemia- se realza la necesidad de unos estándares de protección mínimos, de entre los cuales los que se refieren al amparo frente al despido injustificado tienen una importancia sobresaliente. Tal necesidad emerge como un requisito innegociable de un sistema que pretenda calificarse como una democracia civilizada.

Sin duda, la crisis generada a partir de marzo de 2020 propició una aproximación distinta, en la que la protección del empleo se configuró como una de las líneas estratégicas de actuación más comunes. En distintos sistemas jurídicos, con mayor o menor intensidad, y con variables propias, se establecieron prohibiciones o limitaciones al derecho a despedir por razones económicas o, en general, empresariales. En unos sistemas y otros, tales medidas fueron evolucionando a la par que la pandemia atravesaba por diversas vicisitudes. Puede afirmarse, que, en términos generales, se acompañaron de medidas de protección a los trabajadores próximas en su lógica a las prestaciones de desempleo, pero con ciertas variantes y una financiación específica, y de alivio de las cargas fiscales y de Seguridad a las empresas que mantenían los contratos vigentes²⁹. Algunos sistemas, de tradición más liberal, han optado

²⁸ HEYES, J y LEWIS, P., *op. cit.*, p. 603.

²⁹ En relación con el caso italiano, SPEZIALE, V., *Il divieto di licenziamento per ragioni economiche nel biennio 2020-2021*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-449/2022, en particular pp. 9 ss. En cuanto al caso francés, se trataba de poner en "hibernación" la aplicación de los preceptos del *Code du travail* referidos a la extinción del contrato por fuerza mayor, complementada con soporte público a ambas partes del contrato. Sobre el caso francés, vg., MZID, N., *Le droit du travail confronté à la crise du Covid-19*, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, nº 1, 2021, pp. 134 ss.

por sistemas de suspensión de contratos a iniciativa del empresario, mediante unos procedimientos más o menos sencillos y con financiación pública, que en realidad, han mantenido el empleo en parecidos términos, pero sin expresar una limitación clara a la posibilidad de despedir³⁰. Por supuesto, se ha tratado de medidas temporales, cuya vigencia ha ido venciendo de una forma más o menos acompasada en unos sistemas y otros. En ellas ha desempeñado un papel tractor la Unión Europea, mediante mecanismos de protección, en particular a través del programa SURE³¹.

II. SOBRE CÓMO DEBEN SER PROTEGIDOS LOS TRABAJADORES

Si se admite la hipótesis de que debe haber cierto grado de protección a favor de las personas trabajadoras frente al despido injusto por parte del empresario, se plantea a continuación una pregunta axiológica, referida a cómo debe ser esa protección y en qué concretos valores debe sustentarse³². Incluso puede añadirse que se trata de un debate que acompaña a la propia existencia del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma. Como se ha expresado anteriormente, en la mayoría de los sistemas legales próximos al nuestro, el derecho a no ser despedido ilegalmente forma parte del derecho al trabajo. Desde luego, se trata de un tópico muy anterior en el tiempo a las Constituciones europeas de posguerra. El discurso acerca de los efectos desventajosos del despido ya se había iniciado largos años antes³³.

La extinción del contrato de trabajo produce una serie de efectos menos tangibles que la merma económica y que son desatendidos de forma sistemática. En particular, el trabajador pierde estatus y autoconfianza y sufre un

³⁰ Es el caso del Reino Unido, con el *Coronavirus Job Retention Scheme*, que permitía mantener vigentes los contratos de trabajadores "suspendidos" (*furloughed*). Una crítica al sistema en EWING, K.D. y L. HENDY QC, *Covid-19 and the failure of Labour Law: Part I*, *Industrial Law Journal*, vol. 49, nº 4, 2020, pp. 497 s. en particular pp. 511 ss.

³¹ Sobre él, PEREZ DE PRADO, D., *El SURE: ¿un paso hacia un sistema de protección por desempleo europeo?*, nº 153, 2020, pp. 149 ss.

³² Formulándose esta pregunta, ZEKIK, N., *Job security or employment security: What's in a name*, *European Labour Law Journal*, vol. 7, nº 4, 2016, p. 549.

³³ MOLITOR, E., *The protection of the workers against unfair dismissal in continental legislation*, *International Labour Review*, vol. 15, nº 2, 1927, pp. 230 ss.

importante daño reputacional, que muchas veces se asocia a una caída en desgracia y a un sentimiento de rechazo social. Puede decirse que el despido tiene unas consecuencias importantes en el derecho a la dignidad, que no suelen ser consideradas específicamente por las legislaciones internas. Debe añadirse que la lesión de esa dignidad, particularmente gruesa cuando la imputación formulada en la carta de despido está absolutamente desprovista de pruebas, produce una importante mercantilización, una “cosificación” de la persona del trabajador contradictoria con los principios enunciados en la Declaración de Filadelfia³⁴. La autonomía de las personas trabajadoras como seres humanos es un valor que también está en juego cuando se establece la protección frente al despido³⁵. Este valor de la autonomía o, si se prefiere, de la autodeterminación personal, tiene una dimensión de una relevancia muy especial en la ponderación del despido. La posición especialmente débil o vulnerable en la que queda la persona trabajadora es un asunto de necesaria consideración por parte de los sistemas jurídicos³⁶.

Efectivamente, la relación de dependencia que se traba entre una empresa y un trabajador produce un ámbito en el que los riesgos de éste han de ser minorados. El contrato de trabajo es la fuente de sustento económico, pero también de estatus y bienestar social. Constituye un activo fundamental para su realización personal y para su estima individual y colectiva y, además, se configura como uno de los principales instrumentos para la adquisición de relaciones sociales³⁷.

Criterios tan conocidos y expresados doctrinalmente como los de ciudadanía trabajadora o ciudadanía industrial, el pleno desarrollo de la personalidad, la concepción del trabajo como un ámbito importante de relaciones sociales, o su dimensión en la construcción de la identidad personal, deben

³⁴ Un desarrollo interesante de estas ideas en COLLINS, H., *The meaning of job security*, cit., pp. 235-6. La misma idea de afectación del principio de que el trabajo no es una mercancía en HOWE, J., *Poles apart?...*, cit., p. 146.

³⁵ HEPPLE, B., *European rules on dismissal law*, cit., p. 204.

³⁶ COLLINS, P., *The inadequate protection of human rights in Unfair Dismissal Law*, *Industrial Law Journal*, vol. 47, nº 4, 2018, p. 507.

³⁷ Como destacan DAVIDOV, G. y ESHET, A.E., *Intermediate Approaches to Unfair Dismissal Protection*, *Industrial Law Journal*, vol. 44, nº 2, 2015, pp. 173-4.

tenerse en cuenta en el diseño de la protección que merece el despido³⁸. Como va a expresarse, todo ello guarda una relación intensa con el derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En este sentido, el acontecimiento del despido, en su dimensión temporal, es una circunstancia en la que a menudo un trabajador es tratado contra la dignidad que le debiera ser reconocida siempre³⁹. Si el despido es ilícito, habrá que concluir que, necesariamente, ha sido tratado de manera irrespetuosa y ha visto invadido, en alguna medida, el derecho a la dignidad.

Como primera afirmación axiológica, el referido principio de que el trabajador no es una mercancía debe provocar una protección que se orienta en dos direcciones: una sustantiva, destinada a valorar la existencia de una causa legítima y suficiente para la decisión extintiva, así como garantizar la indemnidad del trabajador en términos de que no sufra una violación de sus derechos humanos. Otra, procedimental, dirigida a que haya cauces para revisar que el despido se ha producido en unas circunstancias adecuadas de tiempo y de forma, así como que se ha permitido al trabajador una defensa adecuada de sus derechos e intereses, ya sea en el ámbito judicial o extrajudicial⁴⁰. Desde luego, la adecuación procedimental del despido es un asunto que debe merecer cierta atención, como más adelante se argumentará.

Sin perjuicio de todo lo dicho, debe tenerse en cuenta la protección que puede producirse a través de convenios colectivos. Por supuesto, el rango de inmunidad que se introduzca a través de ellos es muy variable, desde cualquier perspectiva. En los casos en los que la correlación de fuerzas se sitúe a favor de ciertas organizaciones sindicales, tal vez suceda que a éstas se les atribuya algo muy próximo a un auténtico derecho de veto de las decisiones extintivas empresariales⁴¹. O, más en el ámbito de lo concreto, es factible, sobre todo a través de instrumentos colectivos firmados a nivel empresarial, que haya una

³⁸ Una apelación a estos valores en HOWE, J., *op. cit.*, p. 146.

³⁹ COLLINS, H., *An emerging human right...*, cit., p. 42.

⁴⁰ HEPPLER, B., *op. cit.*, p. 223.

⁴¹ Así lo describen DAVIDOV, G. y ESHET, A.E., *Intermediate Approaches...*, cit., p. 175.

renuncia temporal de la empresa a su facultad de despedir, en particular por causas empresariales diferentes de la subjetividad del trabajador.

III. PROTECCIÓN EN EL CONTRATO O EN EL MERCADO DE TRABAJO: DESPIDO, FLEXISEGURIDAD Y MERCADOS DE TRABAJO TRANSICIONALES

La flexi-seguridad, en apariencia, fue una moda que recorrió la espina dorsal de los modelos europeos de relaciones laborales en la primera década de este siglo y, como paradigma episódico, pudiera pensarse que ha pasado a la historia. Sin embargo, de alguna manera, sigue vivo en el debate de algunos sistemas europeos de relaciones laborales. Además, aunque hubiera dejado de tener influencia en el diseño de las políticas públicas -cosa bastante discutible, por cierto- habría que referirse a él en cuanto a los efectos reformadores que produjo, que fueron bastantes. No se trata ahora de retornar a la descripción de su esencia⁴², ni de los modelos en los que se basa, sino, simplemente, de volver al debate sobre su aproximación al despido. Ahora bien, no está de más recordar que, en su versión más evolucionada, la regulación del mercado de trabajo no es necesariamente ineficiente. Antes bien, resulta conveniente y necesaria para proteger al trabajador y para garantizar un correcto funcionamiento de la actividad económica, pues asegurar la estabilidad y la productividad va de la mano de implicar a los trabajadores y generar amplios consensos sociales⁴³.

Es muy gráfico comprobar que el Pilar Europeo de Derechos Sociales lo tiene expresamente en cuenta. Y a él se apela desde las posiciones liberales, incluso como un elemento de riesgo para los mercados de trabajo transicionales⁴⁴. Es decir, se utiliza tanto desde puntos de vista más reguladores como desde perspectivas sustancialmente desreguladoras. Pero, desde las primeras,

⁴² Una aproximación crítica en CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M^a.A., *La Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTIN (Madrid, 2010) pp. 30 ss.

⁴³ CARUSO, B., DEL PUNTA, M. y TREU, T., *Manifiesto per un Diritto del Lavoro Sostenibile*, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", 2020, p. 44.

⁴⁴ KARLSON, N. y WENNERBERG, F., *The European Social Pillar: a threat to welfare and prosperity?*, Ratio Working Paper, n^o 314, 2018.

resulta controvertido este cambio desde la *job security* hacia la *employment security*. Más celebrado es en el contexto de las segundas, donde las seguridades se confían, cómo no, a la fuerza tractora del mercado, como proveedor también de ellas.

Podría decirse que ha constituido un paradigma teórico que ha dado sustento a las normativas internas de disminución de la protección frente al despido que se produjeron en diversos países europeos con ocasión de la crisis surgida en 2008, producidos casi siempre por iniciativa y control inmediato de la Troika comunitaria⁴⁵. Debe reconocerse que, para entonces, la Comisión Europea había ya erosionado la importancia de la protección frente al despido, a partir en particular de su Libro Verde de 2006⁴⁶. Sin duda, sirvió de modelo de ciertas reformas, que se ampararon en la especial focalización que los promotores de la flexiseguridad han puesto sobre el despido⁴⁷.

En cualquier caso, el debate doctrinal sobre la flexiseguridad secuencialmente ha antecedido a ciertas reformas de reducción de las garantías formales y materiales frente al despido. Como se ha dicho, se ha producido una torsión del Derecho del Trabajo en un sentido prevalentemente económico. Es fácil constatar que el devalo de la protección, como fenómeno innegable y progresivo, ha venido de la mano de una ola reformadora que, al menos, tiene como concausa un cuestionamiento de las seguridades en el contrato de trabajo⁴⁸.

También debería anticiparse que instaló una nueva forma de distribuir los riesgos entre trabajadores indefinidos y temporales: si hasta entonces se había optado por una fuerte protección de aquéllos que se relajaba en los márgenes, mediante una facilidad para extinguir los contratos precarios o a término, la nueva tendencia reguladora sustentada en las teorías de los mercados de trabajo transiciones apeló a la necesidad de equiparar a unos y otros,

⁴⁵ Una descripción muy vívida en LAULOM, S., *Dismissal Law under challenge: New risks for workers*, *European labor law Journal*, vol. 5, nº 3-4, 2014, pp. 231 ss.

⁴⁶ *Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22 noviembre 2006, COM(2007) 708 final.

⁴⁷ Así lo expresa BIJ de VAATE, V., *Achieving flexibility and legal certainty...*, cit., pp. 8 ss., que pone de manifiesto la menor radicalidad de las reformas en Alemania en comparación con las de los Países Bajos e Italia.

⁴⁸ ZOLI, C., *op. cit.*, p. 6.

eso sí, mediante una rebaja de los derechos y de la seguridad que la normativa prestaba al empleo fijo⁴⁹.

Descendiendo un poco en estos modelos de mercados de trabajo transicionales, parten, como es de sobra conocido, de una diferenciación entre seguridad en el contrato de trabajo y seguridad en el mercado de trabajo o, por expresarlo con la casi siempre precisa dicción británica, *job security v. employment security*. Postulan una relación de intercambio entre protección frente al despido y empleabilidad del trabajador, de tal forma que una rebaja en aquélla tiene que ser compensada con una mayor inversión en la capacidad de las personas trabajadoras para emplearse y mejorar en sus carreras profesionales. Así pensada, la protección frente al despido tiene que concebirse más como un soporte de las transiciones laborales que como una protección basada en la comisión de una conducta ilícita por parte de una empresa. Porque la contemplación de los mercados de trabajo que propugna es esencialmente transicional. La seguridad del trabajador no se obtiene necesariamente en el mismo trabajo, sino más bien, y de modo mucho más eficaz, en la mejora continua en su carrera profesional mediante unos adecuados cambios más o menos sucesivos entre unas y otras ocupaciones⁵⁰.

Ya han sido suficientemente puestas de manifiesto las incompatibilidades -o, cuando menos, dificultades de integración- que estos modelos transicionales tienen con las normativas internacionales e internas, en particular con el Convenio OIT nº 158 y con la Carta Social Europea, a las que más adelante se desarrollará una atención adecuada. De ahí que se hayan planteado propuestas de síntesis, que han intentado aunar seguridad en el contrato y seguridad en el mercado de trabajo⁵¹. En realidad, más bien se ha tratado de unas tentativas, más o menos elaboradas, de dar una pátina de observancia de las normas internacionales de protección frente al despido a los modelos teóricos que sitúan las garantías del trabajador fuera del marco del contrato de trabajo.

⁴⁹ Un relato muy interesante desde el prisma de la Economía en HEYES, J y LEWIS, P., *Employment protection under fire...*, cit., pp. 587 ss.

⁵⁰ Para una exposición de sus fundamentos, BORGHOUTS, I. y VAN DRONGELEN, H., *Dismissal legislation and the transition payment in the Netherlands: Towards employment security?*, *European Labour Law Journal*, 2020, p. 2.

⁵¹ Comentando este espacio de síntesis, ZEKIK, N., *Job security or employment security...*, cit., pp. 555 ss.

Con todo, en un contexto de cierta aproximación de la *job security* con la *employment security* se produce cierto intercambio o incluso cierto nivel de fusión entre los modelos. Es decir, las transiciones entre dos contratos de trabajo pueden constituir una circunstancia que se tenga en consideración, en mayor o menor medida, en el diseño de la protección frente al despido. Desde otro punto de vista, en el régimen de indemnización de un trabajador que se ve afectado por un despido derivado de causas empresariales, todas las reglas que lo suelen acompañar -indemnización, intervención de la autoridad laboral, contenido de las fases de consultas con la representación legal de los trabajadores, plan social, *outplacement*...-, guardan una relación bastante próxima con el discurso de la flexiseguridad. Aunque, en una orientación casi opuesta, debe reconocerse que dicho discurso empuja hacia una reducción de los costes del despido económico⁵². Desde diferentes puntos de vista, así pues, no puede negarse que el sistema de protección frente al despido queda afectado por la toma en consideración de aquél. Si a ello se suma que las sucesivas crisis, y en particular la sucedida a partir de 2008, han dado pie a unas normativas nacionales de reducción de la protección frente al despido, la potencia de los esquemas de *employment security* ha incrementado doblemente su importancia.

Desde luego, la protección en el mercado de trabajo, como alternativa a la protección en el contrato de trabajo, se vislumbra como una alternativa menos tangible y, desde luego, menos proclive a reconocer derechos subjetivos directamente accionables a los trabajadores. Tal y como ha sido concebida, los deberes de las empresas aparecen muy difuminados, como si su responsabilidad en toda esta materia fuera solo la correspondiente a actores secundarios. Quizá, como mecanismo de legitimación del paradigma de la flexiseguridad, sería necesario desarrollar más esa posición deudora de los empresarios, como depositarios de una serie de responsabilidades que habrían de poner al servicio de las transiciones eficaces y la mejora profesional de las personas trabajadoras. Desde luego, y en la actualidad, los sistemas internos de protección frente al despido están incomparablemente más orientados hacia un sistema

⁵² ZEKIK, N., *op. cit.*, pp. 558 ss.

tradicional de protección del contrato de trabajo que hacia otro más orientado hacia la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras.

Esta idea lleva a otro elemento interesante de reflexión, que tiene que ver con la configuración legal del despido. En verdad, aunque hay diferencias notables entre unos modelos europeos y otros, todos ellos responden a principios básicos comunes, sin que puedan identificarse grandes incompatibilidades de objetivos. Lo cual tiene mucho interés, porque, si en este acervo de principios se incluyen los promovidos desde la perspectiva de las seguridades en el mercado de trabajo, quizá no se produzca una mayor confluencia, pero se plantea un interesante debate sobre alternancia de los modelos de protección.

Ha habido reformas expresamente referenciadas en la flexiseguridad, algunas de ellas considerablemente recientes. Por ejemplo, debe hacerse referencia a la Ley sobre Trabajo y Seguridad (*Wet werk en zekerheid*) de los Países Bajos, de 2015. En ella se ha introducido expresamente una indemnización de transición (*transitievergoeding*), que ha sido ya objeto de alguna reforma desde 2015⁵³.

IV. EL CONTEXTO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y REGIONAL

No resulta fácil referirse a un derecho común del despido⁵⁴. Las particularidades de los distintos sistemas internos producen grandes divergencias, agravadas además porque a nivel europeo no hay normativa de armonización, con la excepción de la Directiva de despidos colectivos. Las tradiciones constitucionales asimismo divergen, de modo que no hay pautas coincidentes en el nivel de protección, aunque debe reconocerse que, en muchas de ellas, el derecho a la estabilidad en el empleo aparece directa o indirectamente referenciado. Con todo, debe de reconocerse que, en términos generales,

⁵³ Describiendo esta reforma, BIJ DE VAATE, V., *Achieving flexibility...*, cit., pp. 18 ss.

⁵⁴ Como reconoce HEPPLÉ, B. *Dismissal Law in context*, *European Labour Law Journal*, vol. 3, nº 3, 2012, p. 212. La misma idea en BORGHOUTS, I. y VAN DRONGELEN, H., *Dismissal legislation...*, cit., p. 3. Como expresa HEPPLÉ, B. (*op. cit.*, p. 221-2), el único principio europeo común consiste en el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas sin razones adecuadas vinculadas a su capacidad o a su conducta o basadas en las necesidades empresariales de las entidades productivas.

la aproximación jurídica al despido responde a la configuración interna específica de cada país⁵⁵. Aunque también es cierto que la protección frente al mismo constituye uno de los valores básicos que contienen las legislaciones de los Estados Miembros, como acervo común del modelo social europeo⁵⁶.

A nivel internacional, la protección frente al despido injustificado no aparece en la Declaración de Derechos Humanos, ni tampoco en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ya en cuanto a la OIT, no se incluye tampoco en la Declaración de Filadelfia de 1944, ni en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998⁵⁷.

Ahora bien, merece una consideración especial el Convenio 158 de la OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo. La exigencia de causa justificada relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, incluida en su art. 4, expresa un derecho social fundamental que desde luego concierne a todos los Estados que lo hayan ratificado⁵⁸. Como va a verse, el Convenio se sitúa a muchos efectos por debajo de los estándares de algunos países europeos, pero es indudable que ofrece un suelo de protección que plantea no pocos interrogantes acerca de su observancia desde el prisma de las normativas de los Estados vinculados por él⁵⁹. Y, desde otro prisma, introduce requisitos más exigentes y detallados que otros instrumentos internacionales, como es el caso de la Carta Social Europea⁶⁰, a la que enseguida se hace una somera referencia. Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto en la propia documentación de la OIT, la norma internacional persigue unos objetivos ambivalentes: por una parte, proteger a las personas trabajadoras frente a cualquier extinción injustificada de sus contratos de trabajo decidida

⁵⁵ ZEKIK, N., *op. cit.*, pp. 563 ss. Describiendo y reconociendo estas diferencias, LAULOM, S., *Dismissal Law...*, cit., pp. 231 ss.

⁵⁶ VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., *Common ground in European Dismissal Law*, *European Labour Law Journal*, vol. 3, 2012, p. 221.

⁵⁷ Destacando estas omisiones, COLLINS, H., *An emerging human right...*, cit., p. 37.

⁵⁸ Como manifiesta HEPPLER, B., *European rules on dismissal law*, cit., p. 216.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 217.

⁶⁰ VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., *Common ground...*, cit., p. 224. Aunque tal afirmación parece estar formulada haciendo abstracción de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales.

por los empresarios. Por otra, preservar el derecho de éstos a extinguirlos por los motivos que deban considerarse como válidos⁶¹. O, por expresar la misma idea en otros términos, ni una hipotética prohibición de despedir ni la imposición de unos costes excepcionalmente elevados a la decisión extintiva son consecuencia necesaria del Convenio 158⁶². Por lo tanto, no cabe esperar de su aplicación una protección intensa frente a los despidos sin justa causa. No obstante, la Recomendación 166 tiene un sesgo diferente, que promueve un enfoque preventivo de la extinción del contrato y promocional de la protección del empleo: garantías previas a la decisión de la empresa, recursos contra la extinción del contrato, indemnización por fin de servicios certificado del desempeño del trabajo...⁶³ En particular, y como se ha reconocido⁶⁴, son de mucho interés sus disposiciones específicas -que complementan las del Convenio 158- sobre los despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Ahora bien, una contemplación del art. 9 y concordantes del Convenio nº 158 pone sobre la pista de que el control causal que impone la norma internacional es considerablemente más tibio en el caso de los despidos basados en motivos económicos⁶⁵.

Un contenido próximo incorpora el art. 30 de a CDFUE: derecho a la protección frente al despido injustificado, de conformidad con la normativa de la UE e interna. Aunque no apele directamente a asuntos causales, la expresión "despido injustificado" sitúa indudablemente la protección en el ámbito de las razones o motivos de la decisión extintiva de la empresa. Es curioso contrastar la Carta de Niza con la previa Carta de Estrasburgo de 1989 de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, que no incluía ninguna referencia a la tutela contra la extinción injustificada del contrato decidida por la empresa. Ahora bien, no es plausible esperar un despliegue amplio de normativa de armonización en esta materia, más allá de la protección que se produce frente

⁶¹ *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82 session, 1995, International Labour Office (Geneve, 1995) p. 135.

⁶² *Ibid.*, p. 138.

⁶³ *Ibid.*, p. 139.

⁶⁴ NAVARRO NIETO, F., "Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo", en VV.AA., *Reestructuraciones empresariales, XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTES (Madrid, 2021) p. 255.

⁶⁵ HEPPLER, B., *European rules...*, cit., p. 216.

al despido en torno a la maternidad, a la conciliación de la vida familiar y laboral o, más en general, en el entorno de la normativa europea antidiscriminatoria o de protección de la garantía de indemnidad (vg., entre otros preceptos, art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, art. 18 de la Directiva (UE) 2019/1152 o art. 12 de la Directiva (UE) 2019/1158)). Por consiguiente, en sus trazos básicos, la protección frente al despido en la UE -al margen de la Directiva de despidos colectivos- oscila en el conocido péndulo de su reconocimiento en el art. 30 de la Carta y de la falta de competencias de la UE, de tal modo que solo tiene relevancia sustantiva en el entorno de dichas competencias -art. 51 de la propia Carta-⁶⁶. Es más, no parece muy probable que en el corto y en el medio plazo se legisle sobre despido en el marco de la UE⁶⁷. Aunque, indudablemente, su reconocimiento como derecho fundamental en el art. 30 de la Carta debe tener cierto valor interpretativo para los órganos judiciales de los Estados Miembros⁶⁸, no es posible, en modo alguno, su aplicación directa⁶⁹.

Parcialmente diferentes serían las consideraciones que deberían formularse en torno a la normativa del Consejo de Europa. Por lo que respecta a la Carta Social Europea, originariamente, en la versión inicial de 1961, no incluía la protección frente al despido injustificado⁷⁰. Su art. 24, procedente de la revisión realizada en Estrasburgo el año 1996, regula el “derecho a la protección en caso de despido”, que compromete a los Estados firmantes⁷¹ a reconocer: “a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. A cuyo efecto las personas

⁶⁶ Así lo reconoce BIJ de VAATE, V., *Achieving flexibility and legal certainty...*, cit., p. 7.

⁶⁷ Como expresan VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., *Common ground...*, cit., p. 215.

⁶⁸ En este sentido, se ha puesto en entredicho que sea compatible con él alguna legislación interna de cierto Estado Miembro que excluye de la protección por despido a los trabajadores de empresas de hasta diez trabajadores. Así lo expresan VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., *op. cit.*, p. 220.

⁶⁹ ZOLI, C., *Il puzzle dei licenziamenti...*, cit., p. 16.

⁷⁰ VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., *op. cit.*, pp. 221-2. Expresan que, además de que la Carta revisada no ha sido ratificada por algunos Estados miembros, otros han incluido una reserva expresa al art. 24.

⁷¹ Como es suficientemente conocido, fue ratificada por el Reino de España por Instrumento de 29 abril 2021 (BOE de 11 junio 2021).

trabajadoras deben tener derecho a acudir a un organismo imparcial cuando entiendan que han sido despedidas sin una razón válida. Como es evidente, y al margen de los procedimientos ante el referido Comité, y en particular -ahora también aplicable en el caso del Reino de España- procedimiento de reclamaciones colectivas, la doctrina de la Carta, en relación con dicho art. 24, tiene además un fuerte valor interpretativo, en particular para el TEDH⁷². Sin embargo, éste solo de forma muy residual ha apelado en su doctrina a dicho precepto, aunque tal vez las cosas vayan cambiando a poco que el Tribunal de Estrasburgo profundice en su doctrina acerca de la afectación del despido en el derecho a la vida privada del art. 8 de la Convención de Roma. En términos generales, cabe esperar en el medio plazo una aproximación más o menos integrada al despido por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Comité Europeo de Derechos Sociales y de los órganos de la OIT que interpreten el Convenio 158⁷³.

Pero, sobre todo, la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca de la indemnización por despido ha propiciado una muy interesante casuística judicial, en particular sobre la adecuación de la indemnización tasada. Ciertamente, no se ha utilizado como argumento exclusivo, pero ha porfiado, en varios sistemas jurídicos, en contra de las indemnizaciones tasadas, con distinto éxito⁷⁴. Ha sido el caso, vg., de algunas decisiones judiciales francesas -en corriente desde luego no mayoritaria- que se han enfrentado a la reforma de este país que ha introducido unos baremos más o menos estandarizados para la indemnización por despido injustificado⁷⁵, aunque, a la postre, la Corte Constitucional la ha declarado congruente con las obligaciones internacionales de la República⁷⁶. Al contrario, la Corte Constitucional italiana, en su sentencia 194/2018, toma en consideración el art. 24 de la Carta,

⁷² Como pone de manifiesto COLLINS, H., *An emerging human rights...*, cit., p. 38.

⁷³ Así lo pronostica COLLINS, H., *An emerging...*, cit., pp. 67-8.

⁷⁴ Al respecto, BAYLOS GRAU, A., *La reforma del despido*, cit., p. 34.

⁷⁵ Sobre esta doctrina, vg., DESRIEUX, C. y ESPINOSA, R., *La barémisation des indemnités pour licenciement abusif: Quelques éléments d'analyse empirique*, *Revue économique*, vol. 71, nº 3, 2020, p. 528. Sobre la reforma hacia las indemnizaciones tasadas, JEAMMAUD, A., *El Derecho del Trabajo francés entre reforma y cambio*, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021, en particular pp. 218 ss.

⁷⁶ En Decisión nº 2018-761, de 21 marzo 2018.

para declarar la inadecuación de una indemnización tasada⁷⁷. En realidad, la doctrina del órgano de aplicación de la Carta Social Europea ha sido, en este tema, bastante clara, en el sentido de que una indemnización puede no ser adecuada por someterse a límites que, a la postre, impiden la *restitutio in integrum* del trabajador o por no ser suficientemente disuasoria⁷⁸.

Debe concluirse, en resumen, que la impronta tanto del Convenio nº 158 -en particular, de su art. 10⁷⁹- como de la Carta Social Europea, art. 24, en la doctrina judicial, ya sea a nivel interno o internacional, es creciente. Ya se ha hecho alusión a la recepción de ambas por el TEDH, lenta pero progresiva. Por supuesto que su influencia en las jurisdicciones internas debe ponderarse como modesta, pero, en el contexto de un constitucionalismo multinivel en el que se propicia cierta interconexión de doctrina entre los órganos de aplicación de los diferentes instrumentos internacionales y regionales, cabe esperar una mayor incidencia en el futuro próximo y a medio plazo.

V. SOBRE LA ENTIDAD DE LOS MOTIVOS DEL DESPIDO

En términos generales, es diferente afirmar la existencia de una causa que ponderar la intensidad con la que se exige. A este respecto, no cabe duda de

⁷⁷ ZOLI, C., *op. cit.*, p. 16.

⁷⁸ Pueden citarse, por ejemplo las Conclusiones sobre el art. 24 de 2020 relativas a Armenia: *“the Committee further recalls that (Statement of interpretation on Article 8§2 and 27§3, Conclusions 2011) compensation for unlawful dismissal must be both proportionate to the loss suffered by the victim and sufficiently dissuasive for employers. Any ceiling on compensation that may preclude damages from being commensurate with the loss suffered and sufficiently dissuasive are proscribed. If there is such a ceiling on compensation for pecuniary damage, the victim must be able to seek compensation for non-pecuniary damage through other legal avenues, and the courts competent for awarding compensation for pecuniary and non-pecuniary damage must decide within a reasonable time”*.

⁷⁹ En el caso español, después de que el Tribunal Constitucional conformara su rechazo a apreciar algún rasgo de inconstitucionalidad en la indemnización tasada regulada por el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores -Vg., auto 43/2014, de 12 febrero y auto 34/2015, de 17 febrero, cierta doctrina judicial consideró que la misma podía ser contraria al art. 10 del Convenio 158 OIT. En este sentido, vg., STSJ de Cataluña de 23 abril 2021 (rsup 5233/20) o STSJ de Cataluña de 14 julio 2021 (rcud. 1811/2021). Se expresa en ambas el siguiente argumento: *“ocurre que en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”*.

que deben discernirse sistemas que se decantan por un férreo control de los motivos del despido⁸⁰ -en cuyo seno incluso se ha desarrollado una presunción de inexistencia de causa que actúa en favor del trabajador⁸¹- de otros que se limitan a una valoración más leve, basada en un análisis de razonabilidad de la decisión de la empresa⁸². En este sentido, los diversos sistemas insisten, con mayor o menor énfasis, en el principio de proporcionalidad⁸³, que tampoco puede considerarse como un criterio unánime en los distintos sistemas internos. También debe valorarse la posibilidad de que concurren una pluralidad de causas que justifiquen el despido, a los efectos de que, tal vez, cualquiera de ellas aisladamente no lo sostenga suficientemente, pero sí apreciadas de forma conjunta⁸⁴.

Por supuesto, la propia configuración de la causa constituye un asunto de gran complejidad. A la definición de los motivos del despido de matriz legal, habrá que añadir, en su caso, la actuación de la negociación colectiva e incluso un cierto espacio de juego a la autonomía individual, sin duda de mayor importancia en los casos en los que la persona trabajadora cuente con mayor poder de negociación⁸⁵. *A posteriori*, el poder disciplinario de la empresa actúa como criterio delimitador al actualizar las causas en cada decisión concreta. Con todo, incluso en las situaciones en las que la empresa se reserve una mayor libertad para despedir, los principios generales de la buena fe y de la interdicción de la arbitrariedad actuarán como criterios limitativos, en el fondo no demasiado alejados de la propia imposición de unas causas justas⁸⁶.

⁸⁰ Por ejemplo, de los modelos escandinavos se ha predicado que cuentan con una protección del despido individual particularmente fuerte (SIGEMAN, T., *Employment protection in Scandinavian Law*, *Scandinavian Studies in Law*, nº 43, 2002, p. 266).

⁸¹ KIM, M.H., *All or nothing: The Employment Security Laws of Japan and United States*, *Boston University Internatiobal Law Journal*, vol. 34, nº 2, 2016, p. 425, en cuanto al sistema japonés.

⁸² En referencia al modelo inglés, COLLINS, P., *The inadequate protection...*, cit., pp. 518-9. Como destaca esta autora, los órganos judiciales británicos no valoran la entidad cualitativa o cuantitativa de la conducta del trabajador ni tampoco de los daños infligidos al empresario.

⁸³ BIJ DE VAATE, V., *Achieving flexibility...*, cit., p. 9.

⁸⁴ En relación con el sistema de Países Bajos, BORGHOUTS, I. y VAN DRONGELEN, H., *Dismissal legislation and the transition payment in the Netherlands*, cit., p. 12.

⁸⁵ Para una teorización de este posible -ambito de la autonomía individual, DAVIDOV, G. y ESHET, A.E., *Intermediate Approaches...*, cit., pp. 179-180.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 181-2.

Asimismo, es preciso discernir sistemas en los que hay un control causal propiamente dicho de otros en los que no existe como tal. Por ejemplo, en torno al despido por motivos objetivos, hay ordenamientos -como el británico- en los que se considera una prerrogativa empresarial, sin que los órganos judiciales puedan asumir una función que le corresponde a la empresa. Como mucho, les cabe un control externo de razonabilidad⁸⁷. Pero, en contradicción con ellos, se encuentran otros que conciben el despido por causas no inherentes a la persona del trabajador como una *ultima ratio* a la que solo es posible acudir cuando no son factibles otras alternativas menos lesivas⁸⁸. Incluso, dentro de éstos, deben destacarse aquellos que incluyen unos requisitos muy exigentes, tanto desde el punto de vista de la situación de la empresa, como de la atención singularizada a las personas cuyo contrato puede ser extinguido, como del procedimiento que debe seguirse y los plazos que han de atenderse⁸⁹. Enseguida se vuela a este asunto.

Hay modelos que, en relación con algunas o todas las modalidades de despido, apelan a que la causa sea socialmente justificada, recurriéndose así a las convicciones sociales imperantes⁹⁰. O, en una orientación sin duda próxima, exigen que, además de existir causa suficiente, ésta debe ser razonable desde el punto de vista del sentido común de la sociedad⁹¹. En otros, se apela a una conducta socialmente responsable del empresario. Por ejemplo, en relación con las decisiones extintivas relacionadas con la salud de la persona trabajadora, se plantea en ciertos sistemas comparados la exigencia de desarrollar un esfuerzo suficiente y adecuado para mantener su trabajo y su profesionalidad⁹². Lo cual, por otra parte, no se encuentra muy alejado de los deberes actuales de adaptación del puesto de trabajo que recorren la espina dorsal de los instrumentos internacionales, regionales e internos de prohibición de la discriminación por discapacidad.

⁸⁷ HEPPLER, B., *European rules on Dismissal Law*, cit., p. 213.

⁸⁸ En relación con los modelos escandinavos, SIGEMAN, T., *op. cit.*, cit., p. 265. Y, con el sistema japonés, KIM, M.H., *op. cit.*, p. 425.

⁸⁹ KIM, M.H., *op. cit.*, p. 425, describiendo la legislación de Japón.

⁹⁰ Como es el caso de Alemania. Al respecto, vg., BIJ DE VAATE, V., *Achieving flexibility...*, cit., p. 9.

⁹¹ En cuanto al Derecho japonés, KIM, M.H., *op. cit.*, p. 425.

⁹² SIGEMAN, T., *op. cit.*, p. 266.

Es importante destacar la posibilidad de que los ordenamientos internos distingan entre una falta de justificación simple de otra cualificada, concurriendo esta última cuando las causas alegadas, si es que se alegan, sean evidentemente inexistentes o de total falta de relieve⁹³. Igualmente, debe diferenciarse la omisión de la motivación de la violación del requisito de la motivación. Es decir, no debería situarse al mismo nivel la inexistencia de causa que la falta de exteriorización de la misma o su defectuosa expresión⁹⁴.

En dialéctica con todas estas modulaciones, se erigen modelos teóricos, que, con intensidades variables, son acogidos por legislaciones internas de relaciones laborales, y que tienden a abstraer la causa del despido, de tal modo que pugnan por dejar fuera del análisis la existencia de motivaciones, suficientes o insuficientes, de la decisión extintiva adoptada por la empresa⁹⁵.

Desde una perspectiva diferente, desde el prisma de protección de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales, la justificación del despido -o más bien, su falta- puede conducir a la conclusión de que algunas lesiones de unos y otras resultan inaceptables. Es decir, la causa actúa en este caso a los efectos de neutralizar la violación de algunos derechos protegidos por los instrumentos internacionales. Esto sucede, por ejemplo, en el Convenio de Roma de 1950, en cuanto al derecho a la vida privada, que puede quedar lesionado a través de un despido ilegal⁹⁶.

De modo que el problema de la causalidad es multifacético y, sobre todo, de gran complejidad cualitativa y cuantitativa. Normalmente, aparece entrecruzado con otras exigencias que se superponen a él, pero sin que se le diferencien nitidamente. No necesariamente la protección de un mismo sistema es armónica en todas las causas extintivas -objetivas y sustantivas, con variaciones de intensidad incluso dentro de cada una de ellas-. Además, no es factible aislar la causa de otras exigencias materiales y formales del despido, pues todas ellas conforman un ecosistema particular que dota de perfiles propios cada Derecho interno. A este respecto las comparaciones tienen una

⁹³ En cuanto al sistema italiano, ZOLI, C., *Il puzzle dei licenziamenti...*, cit., p. 7.

⁹⁴ *Ibid*, p. 23.

⁹⁵ En relación con el modelo del *no fault dismissal*, HOWE, J., *Poles apart?...*, cit., p. 150.

⁹⁶ COLLINS, H., *An emerging human right...*, cit., p. 30.

gran complejidad. Pero, cuando menos, un análisis comparado permite situar cualquiera de ellos en el contexto internacional y, seguramente, difuminar su pretendida excepcionalidad.

VI. EN CONCRETO, SOBRE LAS CAUSAS EMPRESARIALES

Como se ha puesto de manifiesto, el tópicico acerca de la *ultima ratio* es casi inmanente al despido por necesidades de la empresa. En éste, como ha puesto de manifiesto la doctrina, se produce una particular fusión entre la *job security* y la *employment security*, que, de alguna manera, fuerza los límites entre los modelos de flexiseguridad y los más clásicos de protección del contrato de trabajo⁹⁷. En principio, resulta adecuado atribuir a la empresa la responsabilidad por los despidos individuales o colectivos derivados de razones económicas, pero es indudable que los criterios propios de los despidos basados en razones subjetivas atinentes al trabajador no pueden importarse mecánicamente a este tipo de extinciones. Más bien habría que tener en cuenta otros parámetros indemnizatorios, tales como los derivados de los costes para encontrar nuevo empleo, las dificultades añadidas que se les producen a los trabajadores mayores, la necesidad de observar un preaviso determinado o los daños derivados de una extinción del contrato no prevista ni previsible⁹⁸. Se trata de una serie de conceptos que, en parte, entroncan con los que podrían proponerse desde el marco teórico de la flexiseguridad. Además, se plantean otros problemas superpuestos, derivados de asuntos adyacentes e íntimamente relacionados con los motivos del despido. Entre ellos, vg., el establecimiento de unos criterios objetivos de selección de trabajadores o de un derecho de reingreso cuando concurren determinadas circunstancias⁹⁹.

No por casualidad, la Directiva 1998/59/CE elude “causalizar” el despido colectivo. Antes bien, opta por el expediente de motivarlo en negativo –“causas no inherentes a la persona del trabajador”-. Es más, resulta totalmente

⁹⁷ ZEKIC, N., *Job security or employment security...*, cit., p. 557.

⁹⁸ HEPPLER, B., *European rules...*, cit., pp. 226-7.

⁹⁹ Sobre ambos, en relación con la tutela real, ZOLI, C., *Il puzzle del licenziamenti...*, cit., p. 23.

ajeno a la norma de la UE establecer la pertinencia de unos remedios u otros en caso de que no se cumpla la normativa interna, incluso cuando sea transposición inmediata de la Directiva. En este último caso, basta con que las medidas previstas garanticen “una tutela judicial efectiva y eficaz en virtud del artículo 47 de la Carta y tener un verdadero efecto disuasorio”¹⁰⁰.

Sin embargo, los sistemas internos sí que se han empeñado en la definición de la causa económica, como paradigma de las que afectan al funcionamiento de la empresa. Al respecto, debe constatarse que el despido por estos motivos está contemplado expresamente en la mayoría de los sistemas europeos, como medida de contención de pérdidas. Ello no obstante, no se ha generalizado una exigencia alta, en la que hubiera que constatar un problema financiero extremadamente grave. Se ha afirmado que la empresa no tiene que llegar hasta el límite de sacrificar su futuro para evitar despidos. Si esta idea puede admitirse como un denominador común, los propósitos de racionalización de plantillas, a los efectos de obtener unos determinados resultados, admiten algún mayor grado de discusión¹⁰¹.

En cualquier caso, los órganos judiciales de estos sistemas han de enfrentarse a una tarea complicada, como es evaluar la eficacia de unas causas económicas esgrimidas por la parte empleadora. Además, en esa valoración está ínsita la seguridad en el trabajo de terceras personas no afectadas por la decisión de la empresa, la cual incluso presiona hacia una consideración a la baja de las indemnizaciones en favor de las afectadas. Por otra parte, en la ponderación de todos los elementos también tiene su espacio -desde luego, debería tenerlo en la valoración judicial- la facilidad de esas personas en conseguir una recolocación aceptable o un tránsito adecuado hacia la jubilación¹⁰². Así pues, las perspectivas de la seguridad en el contrato y de la flexiseguridad no son en este caso precisamente antagónicas, sino complementarias y superpuestas.

Claro que las opciones de política legislativa de los sistemas internos de relaciones laborales varían más intensamente en relación con estas modalidades de extinción del contrato, si se ponen en relación con los despidos

¹⁰⁰ Asunto C-652/19, *Consulmarketing SpA*, sentencia de 17 marzo 2021.

¹⁰¹ En este sentido, expresando una postura flexible desde el mundo escandinavo, SIGEMAN, T., *op. cit.*, p. 271.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 564-5.

basados en motivos subjetivos. En cuanto al sistema británico se ha expresado -en expresión de un fuerte valor inter-temporal- que la regulación de la *redundancy* promueve facilitar los ajustes de plantilla y reducir las retenciones entre los trabajadores, pero sacrificando desde luego la estabilidad en el empleo¹⁰³. Sin embargo, incluso desde la perspectiva de este modelo se ha enfatizado la necesidad de tener en consideración los intereses de los trabajadores¹⁰⁴, por más que, en su versión originaria, se trataba sencillamente de compensar la pérdida del trabajo con un *redundancy payment*, pero sin escrutinio externo de la decisión empresarial y de sus motivos¹⁰⁵. Como no podía ser de otro modo, de esa norma se desencadenó una doctrina judicial extremadamente liberal¹⁰⁶.

Con todo, la mera exigencia de la Directiva 1998/59/CE de evitar o reducir despidos o la encomienda a la autoridad pública de buscar otras soluciones a los problemas planteados evoca de nuevo la consideración de la decisión extintiva como la *ultima ratio*¹⁰⁷. Más en general cabe afirmar que el principio de proporcionalidad, que implica la búsqueda de soluciones alternativas a la extinción del contrato -como la formación profesional, el re-empleo¹⁰⁸ en la misma empresa o la recolocación en otra- formar parte de la misma lógica del despido como *ultima ratio*¹⁰⁹. Aunque tal vez sea más plausible afirmar simplemente que en este contexto el principio de proporcionalidad cuenta con ingredientes distintos y más complejos que en el despido por razones subjetivas. Porque, en última instancia, las medidas alternativas al despido solo se impondrán cuando sean razonablemente exigibles, de modo que, entre esta razonabilidad y la consideración del despido como la última solución se ubica

¹⁰³ COLLINS, H., *The meaning of job security*, cit., p. 229.

¹⁰⁴ HEPPLER, B., *Dismissal Law in context...*, cit., p. 214.

¹⁰⁵ En la *Redundancy Payments Act* de 1965. Así lo describió, HOWE, J., *Poles apart...*, cit., p. 143.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 143-4. La autora incluye una cita de Lord Denning en el asunto *Johnson v Nottinghamshire Combined Police Authority* (1974): "an employer is entitled to reorganise his business so as to improve its efficiency and in so doing to propose to his staff a change in the terms and conditions of their employments: and to dispense with their services if they disagree".

¹⁰⁷ ZEKIC, N., *op. cit.*, p. 565.

¹⁰⁸ Sobre los exigentes deberes legales de reemplazo en el Derecho finés, SIGEMAN, T., *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁹ VAN VOSS, G.H. y TER HAAR, B., *Common ground in European Dismissal Law*, cit., p. 227. Otras medidas más heterogéneas en el contexto de los despidos económicos y que pueden funcionar como alternativas a los mismos, en KIM, M.H., *op. cit.*, p. 425.

propiamente el punto de equilibrio de su adecuada motivación¹¹⁰. En una afirmación acaso más clarificadora, se ha expresado que la Directiva establece, a través de la fase de consultas y de la intervención de la autoridad pública, una lógica preventiva, que se destina en última instancia a evitar consecuencias más lesivas para el empleo y para los trabajadores contratados¹¹¹.

Se ha sugerido, desde una perspectiva eminentemente liberal, que el despido por causas empresariales forma parte, al menos hasta cierto punto, de una prerrogativa empresarial de tomar las medidas adecuadas para el buen fin del negocio. De modo que el mayor o menor escrutinio que los sistemas internos establezcan ante las decisiones extintivas implica una limitación a la misma¹¹². En un espectro más de confrontación de derechos, se ha expresado, desde la óptica del Derecho español, la incidencia del derecho a la libre empresa¹¹³, como contrapeso al derecho al trabajo. Ambos tienen su incidencia en los despidos por causas empresariales, en una confluencia que, desde luego, se resuelve a través de limitaciones recíprocas. La libre empresa, expresada desde la perspectiva de la doctrina judicial del TJUE aplicada en desarrollo del art. 16 de la CDFUE, tiene sus repercusiones importantes en cuanto a sus obligaciones laborales: *“el artículo 16 de la Carta supone, en particular, que una empresa debe tener la posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus intereses en un proceso contractual en el que participe y de negociar los elementos que determinen la evolución de las condiciones laborales de sus trabajadores con vistas a su actividad económica futura”*¹¹⁴. Y, en el concreto campo del despido colectivo, una actuación de la autoridad laboral absolutamente impeditiva de la decisión extintiva constituye una injerencia en dicho derecho fundamental¹¹⁵, pero que

¹¹⁰ SIGEMAN, T., *op. cit.*, p. 265, pero predicando esta idea en relación con los sistemas escandinavos, comparativamente muy laxos en la protección frente a los despidos por causas empresariales. Como expresa este autor -pp. 268-9- los Tribunales no examinan desde un punto de vista causal las decisiones de las empresas, de tal modo que los despidos colectivos se tiñen de una amplia flexibilidad. Por consiguiente, es excepcional que los órganos judiciales declaren los despidos ilícitos -p- 273-.

¹¹¹ NAVARRO NIETO, “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, *cit.*, p. 258.

¹¹² VAN VOSS, G.H. y TER HAAR, B., *op. cit.*, p. 227.

¹¹³ Vg. NAVARRO NIETO, F., *op. cit.*, *cit.*, p. 251.

¹¹⁴ Asunto C-426/11, *Alemo Herron*, sentencia de 18 julio 2013.

¹¹⁵ *“No puede negarse que el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores*

puede estar justificada por la protección de los derechos de los trabajadores, en una limitación proporcionada de uno y otros¹¹⁶. Aunque tal justificación exige una suficiente precisión de las circunstancias en las que la autoridad pública puede ejercer una potestad impeditiva¹¹⁷.

Hay que aludir a este respecto a una finalidad de la Directiva que no siempre ha sido suficientemente destacada: la de equiparación de las cargas que existen en los distintos ordenamientos internos. Es decir, la armonización de la norma de la UE no se concibe en exclusiva como un establecimiento de mínimos que pueden mejorar las legislaciones nacionales, sino como una aproximación de los Derechos de los distintos Estados Miembros que persigue el resultado de una protección equiparable entre ellos en materia de despidos colectivos. Lo que se pretende, así pues, es producir un acercamiento entre las obligaciones que cada uno de los 27 impone a las empresas que se planteen la decisión de realizar despidos colectivos. Se trata de un planteamiento que se aleja un poco del clásico que es característico de las Directivas de política social y se acerca a una Directiva de defensa de la competencia¹¹⁸. Bien es cierto que,

a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo..." (asunto C-201/15, *Iraklis*, sentencia de 21 diciembre 2016).

¹¹⁶ "...Ha de señalarse, en primer lugar, que el mero hecho de que un Estado miembro establezca en su legislación nacional que, antes de llevarse a cabo, los proyectos de despido colectivo deben notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse, en determinadas circunstancias, a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 TFUE ni a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta... Así pues, un régimen nacional como el descrito en el apartado 83 de la presente sentencia debe tener como objetivo, en este ámbito sensible, la conciliación y el justo equilibrio entre los intereses vinculados a la protección de los trabajadores y del empleo, especialmente contra despidos injustificados y contra las consecuencias de los despidos colectivos para los trabajadores, y los relativos a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa de los operadores económicos que reconocen los artículos 49 TFUE y 16 de la Carta..." (ibid.)

¹¹⁷ "Aunque la normativa nacional controvertida en el litigio principal dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. Tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad" (ibid.)

¹¹⁸ Doctrina del TJUE al respecto en NAVARRO NIETO, F., *op. cit.*, p. 256.

además, aparecen adheridos otros objetivos más propios de aquéllas, como el derecho a la participación de los trabajadores en la empresa a través de sus representantes, o que la Directiva, en su art. 5, contempla expresamente la admisión de normas más favorables para los trabajadores. Sin embargo, ese sesgo pro-competencia despliega unos importantes efectos que también afectan al propio entendimiento de la medida extintiva como *ultima ratio*.

En realidad, quizá lo más adecuado fuese seguir la lógica más tradicional de distinguir un debate estrictamente centrado en la causalidad de otro referido a las medidas dirigidas a disminuir o atenuar las consecuencias del despido. Sin embargo, tal escisión sería inadecuada, porque las perspectivas convergen y complican el análisis separado. Por ejemplo, un asunto central de debate actual en Derecho español se refiere al fortalecimiento de las medidas no extintivas de la relación laboral cuando existan causas empresariales o de fuerza mayor. Es decir, se plantea la hipótesis de “arrinconar” el despido mediante un ensanchamiento de la reducción de jornada o de la suspensión del contrato, que no tienen que circunscribirse necesariamente a hipótesis coyunturales o pasajeras¹¹⁹. Lo cual se ha traducido, en el reciente Real Decreto-ley 32/2021, de 28 diciembre, que ha modificado en profundidad dichas medidas no extintivas, ampliando sus márgenes, pero no ha reformado la regulación del despido. No es, evidentemente, lo mismo que expresar que éste es la *ultima ratio*, pero pone de relieve que el juego de distintos factores es muy importante para abordar la causalidad de las medidas extintivas.

VII. UNA REFLEXIÓN PARCIAL

Un ensayo como el de estas características es siempre un ejercicio inacabado. Hay, sin duda, más asuntos pendientes. Por ejemplo, uno esencial es el de las garantías formales de las que debe estar rodeada la decisión extintiva de la empresa. Y, como prolongación necesaria, las garantías procesales que deben producirse a fin de que haya una igualdad material de las partes en

¹¹⁹ Planteando esta hipótesis, CABEZA PEREIRO, J., *Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis*, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, nº extra 149, 2021, pp. 251 ss., en particular en pp. 276 ss.

el proceso. Esta última finalidad, por otra parte, también requiere de normas sustantivas que acompañen a las reglas de procedimiento y que permitan al trabajador ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva.

Conectada estrechamente con el asunto de las garantías formales, habría que aludir a la institución del preaviso, que en varios sistemas internos está en el núcleo de los requisitos legales del despido. Desempeña, en particular, un papel reparador frente a la falta de previsibilidad de la extinción, sobre todo cuando la decisión de la empresa se produce por razones objetivas. Del mismo modo, en su proximidad lógica al preaviso, habría que profundizar sobre la indemnización -más allá del debate acerca de su carácter tasado o no- para identificar las circunstancias que se deben ponderar a los efectos de alcanzarse una verdadera *restitutio in integrum* cuando el despido es injustificado.

Previamente, en relación con la alternativa entre una tutela real -readmisión- y una tutela obligacional -reparación económica del daño causado-, el campo de aplicación de una y otra y sus espacios relativos es un asunto fundamental. La especial ilegitimidad de la causa subyacente -apreciada mediante pruebas directas, indiciarias, inversiones de la carga de la prueba o mecanismos similares-, la inexistencia de causa o su absoluta insignificancia, o el fraude de ley producido por la empresa son posibles escenarios de la tutela real. Aunque debe matizarse que algunas legislaciones tienen en cuenta esos factores no tanto para imponer la readmisión de la persona despedida, sino para ponderar la reparación económica correspondiente.

Vinculado con estos temas, está el de la extinción de los contratos temporales y el de las propias garantías de los trabajadores con vinculaciones a término ante el despido. En su seno se plantean algunos de los problemas aludidos a lo largo de estas páginas acerca de los mecanismos de tutela del Derecho del Trabajo y, sobre todo, el reto de producir sistemas de relaciones laborales menos duales. Si las reformas derivadas de la Gran Recesión de 2008 se destinaron sobre todo a reducir la seguridad en el empleo de los trabajadores con contratos ordinarios, quizá ahora se empieza a entrever una tendencia hacia la mejora de los derechos de los trabajadores precarios.

Sin perjuicio de todos los temas eludidos, con estas páginas que ahora se cierran se ha pretendido plantear una reflexión actual sobre el despido,

eludiendo el análisis de un sistema jurídico concreto. Las singularidades de todos los ordenamientos nacionales producen que casi siempre se ponga el acento en las diferencias y, a la postre, se produzca una doctrina académica fragmentada en cada país. No pueden negarse las particularidades, pero las grandes tendencias son comunes, del mismo modo que son concurrentes los distintos valores e intereses que se buscan proteger en los derechos internos, por más que estos los protejan con distinta intensidad o hagan hincapié en unos por encima de otros.