

## La justificación del despido en derecho comparado europeo e internacional

The justification of law in European and international comparative law

Bárbara PALLI\*

**RESUMEN:** La exigencia de justificación del despido, constituye una garantía de máxima importancia en la medida que permite controlar la decisión del patrón. No obstante los últimos diez años, varios países europeos han reformado su derecho del despido para flexibilizarlo. Esas reformas son en su mayoría impuestas por las Instituciones de la Unión europea (sobre todo en los casos de Grecia, Italia, España, Portugal) como prerequisite de una ayuda financiera. De las medidas adoptadas parece resultar una devaluación de la exigencia de justificación vinculada a una teoría económica liberal según la cual: mas el derecho del despido sería flexible, más las empresas serán dispuestas a contratar nuevos empleados. Estas y otras problemáticas, serán analizadas en el presente trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** terminación de la relación de trabajo; causas justificadas del despido; Unión Europea; teoría económica liberal; derecho internacional.

---

\* Profesora en la Universidad de Lorena, Centro de investigaciones jurídicas IFG. Contacto: <barbara.palli@univ-lorraine.fr>. Fecha de recepción: 07/12/2018. Fecha de aprobación: 08/02/2019.

**ABSTRACT:** The requirement of justification for dismissal is a guarantee of maximum importance insofar as it allows to control the employer's decision. Despite the last ten years, several European countries have reformed their right of dismissal to make it more flexible. These reforms are mostly imposed by the European Union institutions (especially in the cases of Greece, Italy, Spain, Portugal) as a prerequisite for financial aid. The measures taken seem to result in a devaluation of the requirement of justification linked to a liberal economic theory according to which: but the right of dismissal would be flexible, more companies will be willing to hire new employees. These and other problems will be analyzed in the present work.

**KEYWORDS:** Termination of the employment relationship; justified reasons for dismissal; European Union; liberal economic theory; international right.

## I. INTRODUCCIÓN

El despido es definido como la ruptura unilateral del contrato de trabajo a tiempo indefinido por iniciativa del patrón<sup>1</sup>.

Según el derecho común (civil) la ruptura unilateral de los contratos a tiempo indefinido no es necesariamente un acto jurídico justificado. Lo que si se necesita es un preaviso, para que el empleado pueda prepararse ante la pérdida de su empleo. Sin embargo, la mayoría de los países europeos que se examinan en este papel exigen la justificación del despido y adjuntan a esa exigencia consecuencias jurídicas (sanciones) a falta de justificación.

La exigencia de justificación del despido, constituye una garantía de máxima importancia en la medida que permite controlar la decisión del patrón y asegurar que este no abusa su derecho de romper el contrato de trabajo.

No obstante los últimos diez años (es decir desde los principios de la crisis financiera), varios países europeos han reformado su derecho del despido para flexibilizarlo. Esas reformas son en su mayoría impuestas por las Instituciones de la Unión europea (sobre todo en los casos de Grecia, Italia, España, Portugal) como prerrequisito de una ayuda financiera<sup>2</sup>. De las medidas adoptadas

---

<sup>1</sup> Una excepción todavía: en derecho británico la ruptura unilateral de un contrato a tiempo determinado esta considerada como un despido (*dismissal*).

<sup>2</sup> KOVÁCS, E., *Individual dismissal law and the financial crisis: an evaluation of recent developments*, ELLJ, 7 2016, p. 368; LAULOM, S., *Dismissal law under challenge: new risks for workers*, ELLJ, 5, 2014, p. 231; PALLI, B., « Le droit du travail confronté à la faillite de l'État: le cas de la Grèce », *Dr. soc.* 2013. 4 ; SCHÖMANN, I., CLAUWERT, S., *The crisis and national law reforms : a mapping exercise*, ETUI, 2012 ; PIAZZA, G., MYANT, M., *Italy's Labour market reforms of 2012: did they reduce unemployment ?*, ETUI, 2016 ; HORWITZ, L., *Spain's Labour market reforms: the road to employment or to unemployment ?*, ETUI, 2015; CLASSEN, J., CLEGG, D., KVIST, J., *European Market policies in (the) crisis*,

parece resultar una devaluación de la exigencia de justificación vinculada a una teoría económica liberal según la cual: mas el derecho del despido seria flexible, mas las empresas serán dispuestas a contratar nuevos empleados.

Es inútil insistir de que aquella teoría económica influyente es difícil sino imposible comprobar. Lo que podemos establecer es que países como Alemania que tienen una economía robusta no necesitaron ese tipo de medidas de flexibilización. Aun que siguen exigiendo que el despido sea justificado han conseguido un crecimiento inviable y un nivel de desempleo de más bajos.

## II. LA JUSTIFICACIÓN DEL DESPIDO EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS: ENFOQUE COMPARATIVO

La Unión europea y más específicamente la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea<sup>3</sup> (integrada en el Tratado de Lisboa en 2007<sup>4</sup>) consagra en su artículo 30 el principio según lo cual cada trabajador tiene derecho a ser protegido ante el despido injustificado en el marco del derecho de la Unión y las legislaciones y practicas nacionales. Pues el artículo 153§1 del mismo tratado (TFUE) asegura que “la Unión toma las medidas necesarias para proteger el trabajador en el caso de ruptura de su contrato de trabajo”. Por finir, más recientemente el “sustrato de los derechos sociales fundamentales” del 22 de noviembre 2017<sup>5</sup>, prevé que la

---

ETUI, 2012; DE STEFANO, *A tale of oversimplification and deregulation : the mainstream approach to labour market segmentation and recent responses to the crisis in European countries*, ILJ 2014.

<sup>3</sup> Consultado en: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf)>.

<sup>4</sup> Consultado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>>.

<sup>5</sup> Consultado en: <[https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf)>

Unión Europea garantiza a todos los trabajadores el derecho de ser informados sobre los motivos de ruptura de su contrato de trabajo, lo que no significa que el despido debe ser necesariamente justificado.

A pesar de esas bases jurídicas a nivel europeo cuasi constitucional, la Unión no ha impuesto a los estados miembros, como habría podido hacerlo, directamente (es decir por reglamento) o indirectamente, (por directiva) una obligación jurídica concreta según la cual el despido, sea individual o colectivo, debe ser justificado. La directiva europea sobre el despido colectivo<sup>6</sup>, la única relativa a ese tema, impone, de manera mucho más pragmática pero tan bien limitada, una obligación de informar y consultar los representantes de los trabajadores antes que el despido vuelve efectivo con finalidad de concluir un acuerdo para evitar o limitar el número de despidos.

De lo anterior resulta que la exigencia de una justificación del despido encuentra su fomento en las disposiciones jurídicas de los estados miembros (A). Las sanciones de esa obligación jurídica son diferentes de un Estado a otro y muestran que cada uno de los países interesados no reconoce a la justificación del despido la misma importancia (B).

#### A) LA BASE JURÍDICA DE LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN

La mayoría de los países europeos seleccionados, exigen de manera explícita la justificación del despido como condición de su validez. En ese sentido un despido injustificado o sin motivo legítimo es inválido. En Portugal la base jurídica de esa condición se encuentra en la Constitución misma. Según el artículo 53 de la ley fundamental portuguesa (2 abril 1976) “los despidos sin motivo justificado (justa causa) o por motivos políticos o ideo-

---

<sup>6</sup> Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, Diario Oficial, núm. L 225 de 12/08/1998, pp. 0016-0021.

lógicos son prohibidos”. En el derecho alemán, la llamada ley de protección frente al despido (*Kündigungsschutzgesetz*) prohíbe el despido “socialmente injustificado” definido como el que no se justifica por causas vinculadas a la persona del empleado, a su comportamiento, o a las necesidades imperiosas de la empresa. La ley italiana (n° 604/1966) del 15 julio 1966 somete la validez del despido a una causa justa (*giusta causa*) y la ley francesa del 13 julio 1973 (artículo L.1232-1 C. Trab.) a una causa efectiva y seria (*cause réelle et sérieuse*). Al contrario, en derecho español no existe una interdicción general del despido injustificado. La prohibición resulta de la enumeración en varios artículos del estatuto de los trabajadores (artículos 51-54) de los motivos aceptables del despido tales como: el despido por motivos objetivos; el despido disciplinario ; por inaptitud; por inadaptación a la evolución del puesto de trabajo; por ausencias injustificadas. Por fin la ley británica (*Industrial Relations Act 1971*) ha introducido un derecho del empleado para que ese no sea despedido de manera injustificada (*unfair dismissal*).

De esa normativa dos excepciones se destacan: la del derecho griego y la de derecho belga. En efecto, la ley n°2112/1920 del 18 marzo 1920, hace el despido en Grecia un acto jurídico injustificado. Así el patrón puede romper el contrato de trabajo a tiempo indeterminado únicamente bajo condiciones de preaviso. Si no cumple con esa obligación (la del preaviso), tiene que indemnizar el trabajador proporcionalmente a la duración del preaviso. Sin embargo, si el empleador tiene una “causa importante” para romper el contrato del trabajo (como por ejemplo una falta de conducta), no tiene que respetar la obligación de preaviso y de indemnización.

El mismo principio se encuentra en Bélgica. La ley del 3 Julio 1978 (artículo 32) prevé que el contrato del trabajo puede romperse por la voluntad de una de las partes o por una falta de conducta grave. La duración del preaviso se calcula en semanas (de una a 70 semanas máximo por un empleado con 28 años de antigüedad). Sin embargo, el convenio colectivo nacional n°109 del 12 febrero

2014, sobre la motivación del despido, (artículo 3), impone al patrón la obligación de avisar su empleado (pero solo a posteriori) de los motivos concretos que han justificado su despido. En cuanto al artículo 9 del mismo acuerdo, si los motivos del despido son “manifiestamente irrazonables”, el empleado tiene derecho a una indemnización fija de 17 semanas de payo lo que acerca el modelo belga a una exigencia de justificación.

#### B) LAS SANCIONES DE LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN DEL DESPIDO

Las legislaciones que forman parte de nuestro muestreo se divisan en tres categorías respecto a las sanciones vinculadas a la ausencia de una causa justa del despido. Los países que privilegian la reintegración del trabajador (1); los países que privilegian la indemnización en detrimento de la reintegración (2) y por fin los países que distinguen entre el despido ilícito sancionado por la reintegración y el despido simplemente injustificado sancionado principalmente por una indemnización (3).

##### *La reintegración como sanción del despido injustificado*

La reintegración es seguramente la sanción más disuasiva en el caso del despido injustificado. Según el derecho alemán (§4 KSchG) el trabajador tiene un plazo de tres semanas desde su despido para impugnar su regularidad. Cuando el juez establece la ausencia de un despido “socialmente justificado” la reintegración es la única sanción prevista, acompañada por una indemnización completa, igual a los salarios extinguidos entre el despido y la reintegración. Sin embargo, el empleado puede pedir la substitución de la reintegración por una indemnización máxima de 12 meses de salario (§10 KSchG). Lo mismo puede hacer el empleador pero por eso necesita comprobar que la reintegración sería, dadas las circunstancias, imposible.

El derecho portugués cualifica como “ilícito” todo despido irregular, es decir no solo el despido prohibido o discriminatorio pero tan bien injustificado (improcedente) o irregular del punto de vista formal. Según el artículo 389 del código del trabajo portugués la ilicitud del despido implica: la indemnización del perjuicio patrimonial y extra-patrimonial del empleado; su reintegración en la empresa y el mantenimiento de su antigüedad y en tercer lugar, el pago de los sueldos extinguidos entre la fecha del despido y la de la reintegración. Como en derecho alemán, se puede pedir la sustitución de una indemnización a la reintegración. El artículo 391 del código del trabajo portugués distingue todavía el régimen de la sustitución según el que la pide. Cuando es el empleado quien pide la indemnización en lugar de la reintegración, esa se calcula dentro de un rango de 15 a 45 días de pago máximo por año de antigüedad con un mínimo de indemnización de tres mensualidades<sup>7</sup>. Cuando al contrario es el empleador que pide la sustitución: ese debe comprobar, en primer lugar, como en derecho alemán, que la reintegración perturbaría el buen funcionamiento de la empresa y en segundo lugar, debe pagar una indemnización dentro de un rango de 30 a 60 días de pago por cada año de antigüedad con un mínimo de seis mensualidades.

Según el derecho italiano (artículo 18 de la ley 300/1970 del 20 Mayo 1970), los trabajadores ya contratados antes del 7 marzo 2015 por una empresa de más de 60 empleados, cuyo despido resulta viciado (ilícito, abusivo, injustificado o irregular en la forma) obtienen su reintegración (tutela real) y el pago de una indemnización igual a los sueldos fallecidos entre el despido y la reintegración. Al contrario, si los mismos trabajadores son contratados por una empresa de menos de 60 empleados, es el empleador, y no el

---

<sup>7</sup> La ley portuguesa prevé una indemnización mínima pero no hay una cuantía máxima. Es decir que el perjuicio del trabajador esta libremente apreciado por el juez.



empleado, quien elige entre la reintegración y la indemnización (artículo 8 de la ley 604/1966, tutela obligatoria)<sup>8</sup>.

Aun que en Grecia el despido no sea un acto justificado<sup>9</sup>, cuando el juez establece su carácter abusivo (es decir cuando la decisión patronal supera los límites impuestos por la buena fe contractual y el objetivo social y económico del derecho según el artículo 281 del código civil griego) otorga la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo y una indemnización igual a los sueldos extinguidos hasta la reintegración. Sin embargo, el régimen de prueba es menos favorable en derecho griego dado que es el trabajador que tiene que comprobar el abuso por su empleador de su derecho de despedirle mientras que en los sistemas jurídicos que exigen una causa justa del despido, incumbe en principio al empleador de comprobar los motivos alegados<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Esas normativas no se aplican cuando la fecha de contratación del empleado es posterior al 7 marzo 2015 (*infra*).

<sup>9</sup> Sin embargo Grecia ha ratificado el 18 Marzo 2016 la Carta social Europea (*infra*). Desde entonces, algunos tribunales tales como el de la primera Instancia de Pireous (núm. 3220/2017) consideran que el artículo 24 de la CSE sobre la justificación del despido produce efectos directos dentro del orden jurídico griego de manera a que el despido necesita a partir de ahora justificación. GAVALAS, N., «Qu'est-ce qui change au droit du travail après la ratification de la CSE révisée?», *RDT hellénique*, núm. 75, 2016, pp. 129-164; VASILEIOU, D., «L'article 24 de la CSE révisée et son impact sur le droit hellénique du licenciement», *RDT hellénique*, núm. 76, 2017, p. 881; ver contra THEODOSIS, G., «La motivation de la dénonciation du contrat de travail à durée indéterminée», *RDT hellénique*, núm. 76, 2017, pp. 528-534 (en langue grecque); TSIMPOUKIS, C., «Le début de la fin du licenciement non causé: Le tribunal du Pirée applique l'article 24 de la CSE révisée et inaugure une aire nouvelle pour le droit hellénique du licenciement», *RDT hellénique*, núm. 76, 2017, pp. 1395-1424.

<sup>10</sup> Pero tan poco siempre. En derecho francés por ejemplo la carga de la prueba se comparte entre el empleador y el empleado (Art. L 1235-2 C. Trab.).

### *La indemnización como sanción del despido injustificado*

Entre los países de nuestra muestra solo dos privilegian de manera casi exclusiva la indemnización en detrimento de la reintegración. Se trata de la Gran Bretaña y de Bélgica. De un punto de vista teórico más que práctico, los artículos 112 y 113 de la *Employment Rights Act 1996*, prevén de manera explícita que en caso de despido injustificado (*unfair dismissal*) el juez puede otorgar la sanción de reintegración del trabajador a su puesto de trabajo con mantenimiento de su antigüedad previa. Sin embargo, el juez británico tiene un amplio poder discrecional para elegir la sanción más adecuada. Así, en la mayoría abrumadora de los casos que se presentan el (95%), elige la indemnización más bien que la reintegración. Esa indemnización tiene un plafón definido como lo más favorable al empleado entre £83.682 o un año de sueldos<sup>11</sup>.

Como vimos antes en derecho belga, el despido no es un acto justificado (*supra*). Sin embargo el convenio colectivo nacional núm. 109 de 2014 sobre la motivación del despido prevé que si el despido es “manifiestamente irrazonable” se le otorga al trabajador una indemnización máxima de 17 semanas de pago. En otras palabras, el sistema jurídico belga no prevé la reintegración como sanción del despido injustificado. Además la indemnización prevista es mucho más baja que los estándares europeos y se otorga solo cuando la decisión del empleador es irrazonable lo que constituye una exigencia mucho más restringida que la falta de causa justificada.

### *Los sistemas mixtos*

Llamamos mixtos, los sistemas jurídicos que distinguen el despido ilícito del despido injustificado. El primero constituye un vicio grave y tiene generalmente como sanción la reintegración mientras que el despido injustificado está sancionado más bien por

---

<sup>11</sup> DEAKIN, S., MORRIS, G., *Labour Law*, 4ª, Hart, Oxford, 2005, p. 521.

una indemnización. En esa categoría mixta pertenecen al derecho francés, español y italiano.

Según el derecho francés (artículo L1235-3-1 del Código del Trabajo) el despido ilícito causado por una discriminación o por una prohibición legal (como en el caso de un trabajador protegido: representante del personal, mujer embarazada, víctima de accidente del trabajo) involucra la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo obligatoria tanto por el juez como por el patrón a condición, evidentemente, que el trabajador la pide. Si al contrario el trabajador prefiere una indemnización, la ley prevé un mínimo de seis mensualidades (sin tomar en cuenta la antigüedad del trabajador o del número de empleados). En cambio la ley no prevé en este caso una indemnización máxima. Es decir que el juez francés aprecia libremente el perjuicio del asalariado cuyo despido esta nulo.

Al contrario, el despido injustificado (sin causa efectiva y seria) está sancionado generalmente por una indemnización. La ley prevé la reintegración pero solo como opción. En efecto, según el artículo L.1235-3 C trab. francés, el juez puede, pero no está obligado, proponer la reintegración del empleado injustamente despedido. Además, aunque el juez propone la reintegración, la dicha ley reconoce a cada una de las partes, es decir tanto al trabajador como al empleador el derecho de oponerse. En aquel caso, el trabajador beneficia de una indemnización cuya cuantía toma en cuenta de su antigüedad y oscila entre de un mínimo de medio sueldo y un máximo de 20 mensualidades.

Lo mismo sucede en derecho español. El despido calificado nulo se sanciona por la reintegración y el pago de una indemnización cubriendo el perjuicio desde el despido hasta la reintegración. Al contrario cuando el despido es injustificado<sup>12</sup>, es el empleador y no el empleado) quien elije entre la reintegración y la

---

<sup>12</sup> Por falta de forma escrita; por indeterminación del motivo del despido; porque el empleador no está capaz de comprobarlo o por falta de gravedad suficiente de la conducta reprochada al empleado.

indemnización dentro de un plazo de 5 días desde la notificación del juzgado<sup>13</sup>.

En derecho italiano, la reintegración sigue siendo la sanción más adecuada en caso de nulidad, incluso desde la adopción del decreto legislativo 23/2015. Sin embargo dentro de 30 días de la notificación del juzgado, el empleado puede elegir una indemnización en lugar de la reintegración con un techo máximo de 15 mensualidades. En caso de despido disciplinario injustificado, el empleado tiene derecho a reintegración y a una indemnización de un máximo de 12 mensualidades (tutela real y reducida). En cambio, cuando el despido es irregular del punto de vista formal (vicio procedural), el juez declara el contrato roto y otorga al trabajador una indemnización de dos a 12 mensualidades según su antigüedad. Por fin, en el caso del despido económico, le decreto ley n°23/2015 previa 4 a 24 mensualidades según la antigüedad del empleado. El cálculo era automático (dos meses de sueldo por año de antigüedad) de manera que el juez no tenía ninguna libertad para apreciar el perjuicio del trabajador. Esos límites han cambiado con el decreto León núm. 96 del 9 Agosto 2018. Este ha previsto un mínimo de 6 mensualidades y un máximo de 36. La diferencia con el régimen anterior (decreto ley 23/2015) no se sitúa únicamente al nivel de la amplitud de la indemnización. Más allá, el juez recobra la libertad para apreciar la cuantía del indemnizo dentro de esa banda (de 6 a 36 mensualidades).

### III. LAS REFORMAS DE LA JUSTIFICACIÓN DEL DESPIDO DE LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS

Durante la crisis financiera de los últimos diez años varios países perteneciendo a nuestro nuestro han reformado su derecho del despido para flexibilizarlo, en la mayoría de los casos, según las

---

<sup>13</sup> 33 días de pago por año de antigüedad con un máximo de 24 mensualidades.

recomendaciones de las instancias europeas<sup>14</sup>. Esas reformas sin tocar al principio mismo de la justificación del despido, que sigue existiendo, vuelven esa exigencia (la de justificación) menos vigorosa.

#### A) LA REDUCCIÓN DEL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN VALIDA

En primer lugar esas medidas tienen como objetivo de reducir el campo de aplicación del despido injustificado. Por ejemplo el derecho británico prevé (*Employment Rights Act 1996*) un “periodo de quilificación” mínimo para que un trabajador puede beneficiar de la protección ante el despido injustificado. Ese periodo ha sido aumentado por el decreto 2012/989 del 6 abril 2012 de uno a dos años y significa que los trabajadores con menos de dos años de antigüedad no pueden beneficiar de alguna protección frente al despido injustificado. Por supuesto, esa exigencia no se aplica en el caso del despido discriminatorio pero solamente al despido injustificado. Ese tipo de limitación del campo de aplicación del despido injustificado existía ya en derecho alemán desde 2004, (es decir antes de la crisis), con referencia a los trabajadores con menos de seis meses de antigüedad. En el mismo espíritu, la ley española núm. 3/2012 del 6 Julio 2012 (revisada por la ley 3/2017 del 27 junio 2017) prevé, que las empresas con menos de 50 asalariados pueden recurrir a un contrato a tiempo indeterminado dicho “de apoyo al empleador” con un periodo de prueba de un año. Durante ese año, el empleador puede romper el contrato sin justificación ninguna. La misma medida, pero mucho más amplia, ha sido introducida en derecho griego por la ley núm. 3899/2010. Según su artículo 17§5 en ausencia de clausula contraria, todos

---

<sup>14</sup> CHATZILAOU, K., «La dimension sociale de la gouvernance économique européenne», *RDT* 2018, 233; CLAUWAERT, S., *The country specific recommendations (CSRs) in the social field, an overview and comparison, Background analysis*, ETUI, 2017.

los contratos de trabajo a duración indeterminada se presumen incluir un periodo de prueba de un año. El objetivo de esas medidas es el mismo: fomentar la contratación evitando la aplicación de las garantías vinculadas al despido injustificado al inicio de la relación del trabajo.

## B) LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS MODALIDADES DE ACTUACIÓN JURÍDICA

En segundo lugar, algunas reformas recientes tienen como objetivo reducir, o incluso excluir, todo control de la motivación de la justificación del despido por el juez. En derecho francés por ejemplo el plazo de prescripción de la acción de impugnación del despido ha sido reducido de dos a un año (Ordenanza n°2017-1387, art. L.1471-1 C. Trab.) lo que constituye una reducción importante del plazo temporal permitiendo al trabajador impugnar su despido<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, en derecho italiano, el artículo 6 del decreto legislativo 23/2015 prevé la posibilidad de evitar la sentencia –en caso de litigio– proponiendo al trabajador en cambio una indemnización. Esa indemnización, aun que sea inferior a la del despido injustificado, no puede a pesar de ello estar inferior a dos ni superior a diez y ocho mensualidades (según la antigüedad del trabajador)<sup>16</sup>. Su aceptación por el empleado pone fin al contrato de trabajo y a toda posibilidad de impugnación de su ruptura. El mismo tipo de medida para evitar el juicio está prevista en derecho francés (artículo L.1235-1 C. Trab. Francés, Ordenanza del 22 septiembre 2017) con una indemnización que oscila entre

---

<sup>15</sup> En otros países ese plazo es todavía mucho más corto: 21 días en Alemania, 20 días en España y tres meses en Inglaterra o Grecia.

<sup>16</sup> El decreto ley dignidad (Decreto-Legge 12 luglio 2018, n. 87, Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese, GU Serie Generale n.161 del 13-07-2018) ha aumentado su monto mínimo de 2 a 3 mensualidades y su monto máximo de 18 a 27 mensualidades.

dos y veinticuatro mensualidades, lo que es más favorable que el plafón indemnizatorio previsto por un despido injustificado. El nivel elevado de esa indemnización muestra una voluntad clara de privilegiar la resolución extrajudicial de los litigios vinculados a la justificación del despido más bien que la sentencia judicial.

Más adelante, el derecho francés prevé (artículo L2254-2 C. Trab., ordenanza, del 22 septiembre 2017) que un acuerdo colectivo de empresa, llamado de “desempeño colectivo” puede flexibilizar las condiciones de trabajo, tales como la duración del trabajo, el salario o la movilidad, modificando así las cláusulas más favorables del contrato individual del trabajo. En este caso, si uno o más trabajadores resisten a la modificación de sus contratos individuales por el convenio colectivo de empresa se pueden ver notificar su despido presumido por la ley justificado... En otras palabras esos trabajadores no tienen más una posibilidad jurídica para impugnar el motivo de sus despidos ante el juez...

### C) LA PROMOCIÓN DE SANCIONES MENOS DISUASIVAS

En tercer y último lugar se observa una transformación profunda de las sanciones del despido injustificado. Antes del decreto ley 23/2015, el derecho italiano privilegiaba la reintegración del trabajador injustamente despedido. Desde esa reforma el despido económico injustificado no permite más la reintegración del trabajador pero solo su indemnización. Además esa indemnización estuvo enmarcada primero a veinticuatro mensualidades y desde hace poco a treinta seis<sup>17</sup>. Lo mismo ocurrió en derecho francés con la limitación de la indemnización del despido injustificado a un máximo de veinte mensualidades (L. 1235-1 C. Trab.). Además, mientras que en el pasado la ausencia de justificación suficiente se analizaba en derecho francés como una falta de justificación, desde la reforma de 2017, el empleador puede dentro

---

<sup>17</sup> Disposizioni urgenti per la dignita' dei lavoratori e delle imprese, GU Serie Generale n.161 del 13-07-2018.

de un plazo relativamente corto completar la motivación del despido y si no la completa por iniciativa propia, le corresponde al trabajador pedirlo. Si el trabajador no pide el complemento de justificación, su despido le da derecho a una indemnización mínima (una mensualidad) pero no se considera como antes injustificado<sup>18</sup>. En derecho español la indemnización por despido injustificado ha sido reducida igualmente a 33 días de pago por año de antigüedad (de 45 días de pago anteriormente) y en derecho portugués oscila entre 15 y 45 días de pago.

De lo anterior resulta que la exigencia de justificación aun que sigue siendo existente ha perdido mucha de su robusteza durante los últimos diez años. Una pregunta queda todavía: ¿cuál es la conformidad de esas reformas con los estándares europeos e internacionales más importantes?

#### IV. LA CONFRONTACIÓN DE LAS REFORMAS RECIENTES A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS Y INTERNACIONALES

Si la Unión europea non impone a todos los Estados miembros la exigencia de una justificación válida del despido, esa exigencia

---

<sup>18</sup> Art. L1235-2 C. trav. « Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement prévue aux articles L. 1232-6, L. 1233-16 et L. 1233-42 peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixés par décret en Conseil d'Etat.

La lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement.

A défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire<sup>20</sup>.



resulta de al menos dos estándares: uno internacional y otro europeo. Aun que la Unión Europea no ha firmado y ratificado en su propio nombre aquellos estándares, esos ejercen una gran autoridad en Europa dado que varios Estados miembros, pero tan poco todos, les han ratificado y así se han sometido a una obligación jurídica de observarlos.

Los dichos estándares son por un lado la Convención internacional del OIT n°158 sobre el despido de 1982 (A), y la Carta social europea (CSE) de 1996<sup>19</sup> (B). Mientras que obviamente esos dos estándares no tienen el mismo ámbito de aplicación geográfico, son en realidad complementarios: la Convención internacional n°158 influye sobre la interpretación de la CSE más reciente.

#### A) LA CONVENCION INTERNACIONAL DEL OIT NÚM. 158 SOBRE EL DESPIDO

Las disposiciones relevantes de la Convención internacional núm. 158 del OIT sobre el despido son las siguientes:

Artículo 4: No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Artículo 2§2: Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:(...) (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable.

Artículo 8§1: El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la

---

<sup>19</sup> Consultado en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf94>>.

misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.

Art. 8§3: Podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Art. 10: Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Merece la pena subrayar que dentro los países de nuestro nuestro solo España, Francia y Portugal han firmado y ratificado la dicha convención internacional. En cambio, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña, Grecia y Italia, no la han ratificado y entonces no son jurídicamente vinculadas por ella.

## B) LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA)

La Carta social europea (CSE) es un instrumento jurídico menos conocido que su gemelo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales del Consejo de Europa. Sin embargo es un instrumento cuya influencia y autoridad han aumentado desde que el protocolo adicional de 1995 abrió a los sindicatos y a otras formaciones jurídicas la posibilidad de impugnar frente a un comité de expertos (el comité europeo de derechos sociales) las medidas nacionales presuntamente non conformes a la dicha carta. Ese comité a diferencia de la Corte europea de los derechos humanos no es una plena Jurisdicción. Su poder es menos extendido pero su autoridad sigue aumentando.

El texto inicial de la Carta social europea fue firmado en Turín en 1961 y últimamente revisado en Estrasburgo en 1995. En esa versión revisada se encuentra el artículo 24 titulado “derecho a protección en caso de despido”. Según el texto,

para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer : a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones validas 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 tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.

La Carta social europea ha sido firmada y ratificada por Bélgica, Francia, Grecia, Portugal y Italia. En cambio Alemania, España y Gran Bretaña no la han ratificado.

### C) LAS REFORMAS LABORALES RECIENTES ENFRENTADAS A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS E INTERNACIONALES

Después de haber presentado, por un lado, las reformas de la justificación del despido de los últimos diez años y por otro el contenido de los dos estándares supranacionales más importantes, vamos a enfrentar, en tercer lugar, esas reformas a los dichos estándares aun que sin perder de vista que no todos los países de nuestro muestre son vinculados por aquellas normativas.

*El enfrentamiento de la disminución del campo de aplicación  
de la justificación a la convención internacional  
núm. 158 del OIT*

Como visto antes, según el artículo 2§2 de la convención internacional núm. 158, los Estados miembros de l'OIT, que han ratificado la dicha convención, pueden excluir de su campo “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”. De la confrontación de las reformas laborales recientes en los países de nuestra muestra a esa disposición, resulta que en principio el periodo de cualificación del derecho británico, el periodo de antigüedad mínima alemán (de seis meses), o el periodo de prueba griego o español (de un año), corresponden a ese tipo de exclusión de carácter temporal. Sin embargo, la convención internacional n°158 del OIT aclara que la duración de esa exclusión debe ser “razonable”. Así, si los seis meses de antigüedad del derecho alemán parecen “razonables”, los dos años de cualificación del derecho británico parecen en cambio demasiado largos. A este respecto merece la pena recordar la decisión del comité tripartito de l'OIT del 14 noviembre 2007 sobre el caso francés. Una ley francesa, la del 2 agosto 2005(núm. 2005-893) había introducido un contrato de trabajo a dirección de empresas con menos a 20 trabajadores con un periodo de prueba de dos años. El dicho comité ha estimado que ese periodo de dos años no era razonable, de manera que el dicho contrato ha sido abrogado por la ley núm. 2008-596 del 25 junio 2008. Sin embargo, si dos años de exclusión de una justificación válida son claramente demasiados, que pensar de un periodo de prueba obligatorio de un año –como es el caso en derecho griego y español–? Dado que Grecia no ha ratificado la convención núm. 158, no hubo hasta ahora una reacción alguna del dicho comité. Pero tan poco la hubo en el caso español aun que España haya ratificado la dicha convención.

Todavía la ley griega –la que prevé un periodo de prueba generalizado de un año– ha sido desaprobada por el Comité europeo de derechos sociales (CEDS), por su non conformidad al artículo 4§4 de la Carta social europea (non revisada), el que exige que el despido sea precedido por un preaviso razonable<sup>20</sup>. De lo anterior resulta que el derecho británico pero tan bien griego y español no parece respetar la convención internacional n°158. Sin embargo entre esos países solo España esta jurídicamente vinculada por esta convención.

*El enfrentamiento de la flexibilización de las modalidades de actuación a la convención internacional núm. 158 del OIT y al artículo 24 de la CSE*

Opuestamente, la disminución en derecho francés del plazo de prescripción de dos a un año no parece contrario al artículo 8§3 de la convención internacional núm. 158 según lo cual: “Podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación”. En efecto, un año después del despido parece un plazo razonable para actuar ante un tribunal. En cambio los plazos previstos por el derecho alemán (tres semanas), español (21 días), británico y griego (3 meses) parecen cortos y poco razonables. Sin embargo de los países previamente enumerados solo España ha ratificado la Convención Internacional núm. 158 y parece violar su contenido.

Asimismo, el último apartado del artículo 24 de la CSE prevé que “las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”. En el mismo sentido el artículo 8§1 de la convención n°158 del OIT prevé que “El

---

<sup>20</sup> CEDS, núm. 65/2012, del 25 mayo 2012, *GENOP-DEI* y *ADEDY*, c. Grecia.

trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”.

De la combinación de esas normativas supra-nacionales resulta que los estándares europeos y internacionales se oponen claramente a la exclusión por el derecho francés y italiano de la actuación jurídica del trabajador despedido a cambio de una indemnización más o menos generosa. Igualmente, el derecho francés contraviene la convención internacional núm. 158 del OIT en la medida que en caso de un acuerdo “de desempeño colectivo” la justificación del despido esta presumida legítima excluyendo todo control de su justificación por un tribunal u otro organismo imparcial.

Esta constatación parece bastante alarmante dado que tanto Italia que Francia han ratificado la CSE. Peor que Italia, Francia ha ratificado además la convención internacional n°158, que está por lo tanto violando.

*El enfrentamiento de sanciones menos disuasivas a la convención internacional núm. 158 del OIT y al artículo 24 de la CSE*

Según el artículo 10 de la convención núm. 158 del OIT,

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

De ésta disposición se desprenden dos consecuencias. Por un lado, la preferencia del OIT por la readmisión-reintegración del

trabajador injustamente despedido; por otro lado, la exigencia de una indemnización adecuada u de otra reparación apropiada.

Como ya visto, Alemania, Portugal y Italia<sup>21</sup> no distinguen entre el despido ilícito y el despido injustificado y los sancionan los dos por la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo, lo que constituye según la convención internacional núm. 158 la sanción más apropiada. Sin embargo, desde el decreto legislativo núm. 23/2015, Italia sanciona los despidos económicos injustificados solo por una indemnización sin posibilidad de reintegración del trabajador injustamente despedido. El derecho francés sigue la misma dirección aun que sea menos categórico. El trabajador francés cuyo despido económico no está justificado, puede pedir su reintegración pero el juez no está obligado aceptar su demanda. De ese punto de vista, parece discutible si el rechazo de la reintegración –aun que sea previsto por la ley– está conforme a la convención internacional n°158 de l'OIT. Pues una vez la reintegración rechazada en beneficio de una indemnización, se observa una tendencia a la disminución de la cuantía máxima de esta. Así merece la pena preguntar si los techos de 24 mensualidades del derecho francés y de 20 mensualidades (entre tanto aumentado a 36) del derecho italiano son conformes a la exigencia de una “indemnización adecuada”, expresión utilizada tanto por la convención internacional núm. 158 que por el artículo 24 de la CSE revisada?

En una decisión relativa al derecho finlandés (núm. 10/2014), el Comité europeo de derechos sociales (CEDS) ha juzgado el 14 Junio 2017, que un mecanismo de indemnización (del despido injustificado) se considerara adecuado cuando prevé: en primer lugar, el reembolso de la pérdidas financieras entre el día del despido y el del juzgado; en segundo lugar, la posibilidad de reintegración y en tercer lugar una indemnización de un importe suficientemente elevado para desalentar al empleador y para compensar

---

<sup>21</sup> Solo por los empleados en empresas de más de 60 asalariados contratados antes del 7 marzo 2015.

el perjuicio sufrido por el empleado. Así concluye el Comité que todo sistema de indemnización máxima que no toma en cuenta el perjuicio realmente sufrido y que no está disuasivo lo suficiente, es contrario a la CSE a no ser que la víctima pueda pedir por otros medios la reparación de su perjuicio moral. Le CEDS acabó por concluir que la indemnización máxima del despido injustificado finlandés violaba el artículo 24 de la CSE.

A la luz de esa sentencia, dos sindicatos, uno francés y otro italiano, han impugnado ante la CEDS<sup>22</sup> la conformidad de sus sistemas de indemnización del despido improcedente (sin justificación válida) al artículo 24 de la dicha Carta. Las sentencias deberían ser adoptadas finales de 2019.

---

<sup>22</sup> *CGIL c. Italia*, núm. 158/2017, 20 marzo 2018 y *CGT-FO c. Francia*, n°160/2018, 26 marzo 2018.