

INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO EN EUROPA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido, derecho comparado

El debate sobre los costes y la regulación del despido en España acude a menudo a las comparaciones internacionales y, en concreto, con los países miembros de la Unión Europea. En ocasiones, la comparación puede resultar inapropiada o incompleta por limitarse a la perspectiva de los “costes” o por disociar las instituciones examinadas del sistema jurídico y del sistema de relaciones laborales en los que se integran. Por otra parte, la referencia a los datos numéricos de comparaciones como las realizadas por la OCDE –construidas, sin embargo, a partir de datos cualitativos– debe completarse con un conocimiento más detallado de las diferencias cualitativas.

En este contexto, el presente informe pretende simplemente recopilar, describir y sistematizar la información básica acerca de la regulación del despido en siete países: Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Austria, Dinamarca y Holanda. Aunque no puede hacerse en este trabajo un análisis en profundidad de los distintos ordenamientos, se ha intentado captar la lógica básica del sistema de protección del empleo en cada uno de estos países, señalándose algunas pautas de contraste con el modelo español.

ABSTRACT

Key Words: Dismissal, comparative Law

The debate about costs and dismissal regulation in Spain is usually compared internationally, but mainly with the rest of the European countries. This comparison could be inappropriate or incomplete because it is based on “costs” or because it looks at the judicial and labour law institutions. Also, the OECD data comparison is based on qualitative data and shall be completed with a detailed view, considering as well, those qualitative differences.

In this context, the present study simply aims to gather, describe and expose the information about the dismissal regulation in seven Member States: United Kingdom, France, Italy, Germany, Austria, Denmark and The Netherlands. Even if the analysis is not exhaustive, the focus of the study is based on these countries’ welfare state system while highlighting key factors to compare those systems with the Spanish one.

ÍNDICE

1. LOS COSTES DE DESPIDO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
 2. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS PARA LA REGULACIÓN DEL DESPIDO
 3. REINO UNIDO: EL MODELO DEL “EMPRESARIO RAZONABLE”
 4. FRANCIA: LA “CAUSA REAL Y SERIA”
 5. ITALIA: LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS TUTELAS
 6. ALEMANIA Y AUSTRIA: EL PAPEL DEL COMITÉ DE EMPRESA
 7. DINAMARCA: EL PODER DEL SINDICATO
 8. HOLANDA: EL CONTROL *EX ANTE* DEL ESTADO
 9. CONCLUSIONES GENERALES EN LA CONFRONTACIÓN CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
- TABLA RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES EXAMINADOS
BIBLIOGRAFÍA

1. LOS COSTES DE DESPIDO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La insuficiencia de la perspectiva de los “costes”

No cabe duda de que, desde la perspectiva empresarial, los “costes del despido” constituyen una materia de enorme interés. En efecto, para cualquier gestor empresarial es esencial el control de la fuerza de trabajo como factor productivo; en este contexto, cobra una enorme importancia la *flexibilidad numérica*, es decir, la adaptación de la dimensión de la plantilla o del total de horas de trabajo a las exigencias productivas, así como la posibilidad de hacer cambios en la composición de la fuerza de trabajo si las cualificaciones no se adaptan a sus necesidades, o si algún trabajador es percibido como “defectuoso” por su conducta o por el deterioro de sus aptitudes. Por otra parte, para el interés empresarial es importante la certidumbre acerca de los efectos jurídicos de sus decisiones sobre la fuerza de trabajo: ello implicaría, en principio, unos niveles adecuados de seguridad jurídica respecto de las causas que justifican la ruptura del contrato y, por otra parte, una cierta certeza acerca de los eventuales costes derivados de las indemnizaciones atribuidas por la ley a los despidos justificados. Por supuesto, en abstracto, el estado de cosas ideal para el empresario individualmente considerado sería la ausencia total de costes; cuestión distinta es que la desregulación general pueda finalmente terminar perjudicando sus intereses, siguiendo el esquema del “dilema del prisionero” en la teoría de juegos.

Ahora bien, para analizar la institución del despido, la perspectiva de los “costes” es sumamente incompleta, porque analiza el despido únicamente desde el punto de vista de la maximización del beneficio en la gestión empre-

sarial, olvidando el interés de los trabajadores y otros intereses sociales que pueden proyectarse también sobre los empresarios.

Para el trabajador, su empleo constituye en la inmensa mayoría de los casos su medio principal de vida, bienestar y consumo y, en muchos casos, también el medio principal de acceso al bienestar de algunas personas a su cargo; en un contexto de desempleo estructural, la pérdida del empleo supone una amenaza evidente para el bienestar del trabajador y de su familia. Además, es muy probable que, de encontrar otro empleo, disminuyeran sus condiciones de trabajo. Por otra parte, el empleo mismo y el estatus social a él asociado, constituyen elementos de suma importancia para la configuración de la identidad personal del trabajador y su autoestima.

Por último, pero no menos importante, el “coste del despido” y, en particular, el coste del despido arbitrario, constituye el elemento más importante de reequilibrio de poderes entre las partes del contrato de trabajo; esto es particularmente cierto en las pequeñas empresas, donde el déficit de representación y el predominio de las relaciones personales y directas hacen muy difícil el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico durante el tracto de la relación laboral a través de los mecanismos formales. Pero también en las empresas de mayor dimensión, la garantía de estabilidad real en el empleo es una condición importante para el disfrute efectivo de los derechos individuales y colectivos. Así pues, en la medida en que el empresario pueda despedir arbitrariamente a los trabajadores, podrá degradarse de manera muy significativa la eficacia real del Derecho del Trabajo tanto en su dimensión individual como colectiva.

Los intereses sociales en el marco de la regulación de despido

Además de los intereses de trabajador y empresario, la regulación del despido puede afectar a diversos intereses sociales, a veces de manera ambivalente o contradictoria.

En primer lugar, la estabilidad en el empleo permite, en principio, una mayor productividad del trabajo al facilitar una mayor inversión en formación y cualificación profesional y un mayor interés en la motivación de los empleados. Ciertamente, aunque la regulación estatal fuera escasa, los propios empresarios podría establecer relaciones de trabajo estables donde les resultara oportuno si su estrategia se concentrara en la obtención de beneficios a largo plazo, pero debe tenerse en cuenta que la estructura de las instituciones jurídicas puede influir sobre las estrategias empresariales. En segundo lugar, la estabilidad en el empleo estimula la demanda agregada porque incentiva el consumo, especialmente de bienes con un valor elevado (compra de vivienda o automóviles). En tercer lugar, si los costes de despido son muy bajos, pueden favore-

cerse fenómenos de deslocalización de la producción o de reducción del uso del factor trabajo, generando mayores niveles de desempleo, lo que podría conllevar un incremento del gasto público o un incremento de la exclusión social.

No obstante, si los costes de despido son “excesivamente” elevados, o si éstas son las expectativas que tienen los empresarios, esto puede repercutir negativamente en los niveles de empleo. Ello es así porque el encarecimiento del factor trabajo puede afectar al cálculo de coste–beneficio que harían los empresarios antes de proceder a cada contratación. Si las expectativas acerca del coste son muy elevadas, los empresarios podrían sustituir capital por trabajo o simplemente contraer la inversión –o desplazarla, una vez más, al extranjero– “negándose a crecer” o renunciando a crear nuevas empresas. Los estudios empíricos no permiten establecer una relación lineal entre costes de despido y niveles de empleo; teóricamente, la desregulación puede aumentar las contrataciones, pero también las extinciones, de manera que el efecto real depende de toda una serie de factores del contexto, incluyendo la coyuntura económica.

Problemas metodológicos para la comparación internacional

Los “costes de despido” deben contemplarse en el marco de la “regulación de despido”, no sólo para poder ponderar adecuadamente los intereses en juego, sino también porque en realidad sólo pueden entenderse cabalmente en el marco de esta regulación. Como ya se ha señalado, los costes directos vendrían determinados, en primer lugar, por las eventuales indemnizaciones que los ordenamientos nacionales establecieran para los despidos emprendidos conforme a la ley. Estas indemnizaciones pueden tomar en consideración criterios como la antigüedad, la edad o verse influidas por el poder de negociación –a nivel individual o colectivo– de los trabajadores, de manera que no es posible proporcionar una cifra única. A esta cantidad deben añadirse los costes administrativos derivados del cumplimiento de las formalidades que exige la regulación, cuyo importe depende de las características de la situación y de la empresa. Pero además hay otros elementos que pueden afectar indirectamente a los costes de la extinción, de manera aún más variable, como el retraso en la eficacia del despido, debido al establecimiento de plazos de preaviso o a la exigencia de llevar a cabo procesos de consulta y negociación.

Por otra parte, la descripción anterior se refiere únicamente a los costes de un despido lícito. Pero la regulación de la “causa legítima” para despedir tampoco es uniforme en los distintos países y necesariamente hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados que terminan interpretando en cada caso los jueces. La *incertidumbre* que pudiera tener el empresario acerca de la legalidad de la medida extintiva debido a la regulación abstracta de la causa y a su

interpretación por los tribunales podría también considerarse como un coste. En la medida en que la incertidumbre sea “excesivamente” elevada, la regulación de la causa sea “demasiado” rígida o, en cualquier caso, los jueces o los empresarios lo consideren así, la cuestión de los costes puede desplazarse al problema de la cuantía de las indemnizaciones por despido ilegítimo o de la compensación derivada de infracciones de procedimiento. Esto sucede de manera muy señalada en España, donde el “problema” de los “costes de despido” se asocia invariablemente a las indemnizaciones y salarios de tramitación derivados del despido “improcedente”. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, estas indemnizaciones son la consecuencia jurídica de un ilícito, de manera que lo procedente sería discutir sobre si son suficientemente eficaces, disuasorias o proporcionadas (como sucede con una sanción administrativa o penal) o si compensan de manera suficiente o excesiva los daños causados al trabajador; el hecho de que *en la práctica* pueda asumirse la indemnización del despido ilícito como el coste económico de una acción socialmente legítima se trata, sin duda, de una disfunción del sistema, pero esta disfunción tiene que ser tenida en cuenta.

En otro orden de cosas, para que la comparación se lleve a cabo con profundidad, no basta con conocer la normativa de despido, dado que una regulación relativamente “rígida” puede soslayarse a través de otros medios, oficiales o extraoficiales como el uso –y el abuso– de modalidades de contratación temporal, el recurso a trabajo autónomo –fraudulento o no–, los acuerdos individuales de extinción o el período de prueba. De manera menos obvia, otras instituciones jurídicas y del sistema de relaciones laborales interaccionan con la regulación del despido: así, por ejemplo, como se verá la presencia y fortaleza sindical en los lugares de trabajo puede reducir enormemente la arbitrariedad del empresario –en la extinción y en otros aspectos de la relación laboral–; de la misma manera, el sistema de protección social y las políticas activas de empleo y formación profesional pueden reducir o eliminar los perjuicios causados al trabajador sin afectar a la regulación del despido.

En último término, no basta con conocer las normas legales, sino también la protección proporcionada por los convenios colectivos, la aplicación jurisprudencial y la *práctica* real. Por otra parte, cuando la preocupación se centra en la posibilidad de que los empresarios no contraten trabajadores debido a las expectativas de coste, hay que tener en cuenta también las *creencias* de los empresarios o de sus asesores, respecto del sistema de protección (MALO y TOHARIA, 1999).

Todos estos factores dificultan enormemente las comparaciones internacionales desde la perspectiva de los “costes de despido”, especialmente cuando abarcan varios países. Estas dificultades se multiplican cuando todos estos datos cualitativos se intentan convertir en datos numéricos, como sucede con

las estadísticas de la OCDE. Este tipo de trabajos cuantitativos puede ser de enorme utilidad, pero para usarlos apropiadamente es preciso tomar conciencia de sus limitaciones; aunque la presentación numérica de los datos produce al lector una apariencia de “objetividad”, para construir estas cifras hay que tener en cuenta un gran número de factores puramente cualitativos. Como muestra de ello se señalan algunas limitaciones de los datos de la OCDE en particular:

–En primer lugar, estas cifras no toman en consideración, la protección de convenios colectivos, excepto cuando no existen mecanismos legales de carácter general.

–En segundo lugar, tampoco toman en consideración la *práctica* real de las empresas, lo que resulta aún más problemático; así, por ejemplo, España aparece paradójicamente como uno de los países europeos donde la rigidez en la contratación temporal es mayor, a pesar de que es evidente que es una de las principales vías a través de las cuales se han articulado las necesidades de flexibilidad, al margen del cumplimiento estricto del principio de causalidad en la contratación temporal y las tasas de temporalidad son muy altas en términos comparativos.

–En tercer lugar, se toman en consideración las indemnizaciones por despido improcedente o la previsión de reingreso del trabajador para un despido injusto; esto es completamente lógico desde una perspectiva puramente económica, pero, como ya se ha explicado, es cuanto menos discutible desde un punto de vista jurídico (aunque debe conectarse con la incertidumbre o rigidez en la regulación de la causa).

–En cuarto lugar, lógicamente, no pueden incluirse todos los aspectos relevantes; por ejemplo, en España constituye un mecanismo de restricción muy intensa la necesidad de que los despidos colectivos tengan que ser autorizados previamente por la autoridad laboral si no hay acuerdo con los representantes de los trabajadores (sobre todo porque entonces el despido no puede ser nunca “improcedente”, sino procedente o nulo), pero este elemento no se toma en consideración en las tablas; de la misma manera, no se toman en cuenta algunas matizaciones que pueden llegar a ser importantes como la exclusión o la reducción de la protección en las pequeñas empresas o la consideración de la antigüedad en las indemnizaciones para los despidos improcedentes.

–En quinto lugar, la ponderación de los distintos elementos es discutible, aunque esto es inevitable cuando se atribuyen valores numéricos a variables cualitativas; por ejemplo, la necesidad de notificar el despido a un tercero (comité de empresa o autoridad laboral) que, en sí misma considerada –si no retrasa la aplicación del despido– podría implicar, dependiendo de las circunstancias, un coste casi nulo para el empresario, se equipara a un preaviso de 1’6, 2’5 ó 9 meses, en función de la antigüedad.

–Por último, sólo puede tomarse en consideración la legislación relativa al despido y a la contratación temporal, pero no el sistema de protección social o la presencia y fuerza de la representación de los trabajadores, variables que podrían afectar al control de la arbitrariedad empresarial y a la protección efectiva del trabajador.

Con este trabajo pretendemos aportar algunos detalles cualitativos más al análisis comparativo de las regulaciones del despido en Europa y, en concreto, a la comparación con el ordenamiento español. No obstante, el estudio no puede ser exhaustivo ni en cuanto al número de países examinados (en este caso, serán Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Austria, Dinamarca y Holanda) ni en cuanto a la profundidad del análisis de cada ordenamiento jurídico. En todo caso, se procura incidir, en la medida de lo posible, en el examen de la aplicación efectiva de las disposiciones legales.

2. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS PARA LA REGULACIÓN DEL DESPIDO

La regulación del despido de varios países está condicionada por el *Convenio OIT n.º 158 de 1982* sobre terminación de la relación de trabajo. No obstante, este convenio ha sido ratificado por un número relativamente bajo de países de la Unión Europea (Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Suecia). El convenio establece que, como regla general, el despido debe estar justificado en una causa relacionada con la capacidad del trabajador, su conducta o las necesidades de la empresa. También se establecen una serie de motivos que en ningún caso pueden justificar la extinción (discriminación, maternidad, represalias, afiliación sindical, etc.) El despido por enfermedad está también prohibido, pero se admiten excepciones en la aplicación del convenio. En lo que refiere al procedimiento, se exige un preaviso “razonable”, que podrá excluirse en casos de falta grave. Se prevé también el establecimiento de un procedimiento específico para despidos por causas económicas, tecnológicas o estructurales que alcancen una cierta dimensión; este procedimiento consiste en el establecimiento de consultas con los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad laboral. En caso de que los despidos se consideren ilegítimos, se permite al legislador –o, en su caso, al juez– optar por la readmisión o por el establecimiento de una indemnización “apropiada”. Por último, el Convenio permite la exclusión de determinados tipos de trabajadores o de las empresas de pequeña dimensión de su ámbito de aplicación, previa consulta con los interlocutores sociales.

La *normativa comunitaria*, por su parte, no establece con carácter general una limitación a la “causa” de los despidos, aunque sí que existen algunas

prohibiciones específicas. Así, la Directiva 2001/23/CE, sobre traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, el hecho del traspaso, en sí mismo considerado, no puede justificar el despido, que podrá producirse, sin embargo, por razones económicas o empresariales. Por otra parte, las Directivas antidiscriminatorias (2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE) prohíben los actos de discriminación en el empleo, incluyendo los despidos discriminatorios por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad (con posibles matizaciones) u orientación sexual y los que se lleven a cabo como represalias por el ejercicio de derechos de paternidad y adopción o por la defensa jurídica del principio de igualdad de trato. La Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad prohíbe el despido de la trabajadora embarazada y en permiso de maternidad, salvo por razones excepcionales definidas por los Estados miembros no inherentes a su estado. Por último, la citada Directiva 2002/14/CE que establece un marco general de información y consulta establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de la protección y garantías suficientes para el ejercicio de su actividad, sin nombrar efectivamente la protección frente al despido.

Como es sabido, la normativa comunitaria establece condicionamientos al procedimiento a través de la Directiva 98/59/CE de despidos colectivos, que determina un procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores y de comunicación a la autoridad laboral cuando los despidos por causas no inherentes a la persona del trabajador superan determinados umbrales en relación con la dimensión del establecimiento. Asimismo, la directiva marco de información y consulta (Directiva 2002/14/CE), que se aplica a las empresas que tengan al menos 50 trabajadores o a los centros de trabajo que cuenten con 20 empleados, establece la obligación de consulta a los representantes respecto de las medidas para evitar riesgos de destrucción de empleo y sobre las “decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y en la organización del trabajo”.

Por otra parte, la Directiva 1999/70/CEE prevé, de manera muy abierta, el establecimiento de medidas que limiten la utilización abusiva de la contratación temporal; estas limitaciones pueden articularse a través de distintas estrategias, que no son incompatibles entre sí: la restricción de los motivos de la contratación temporal, los límites máximos de duración y la determinación del número de renovaciones posibles.

3. REINO UNIDO: EL MODELO DEL “EMPRESARIO RAZONABLE”

Aunque la regulación del despido del Reino Unido es conocida por ser relativamente poco restrictiva en términos comparativos, esto no quiere decir que

no exista o que no sea significativa. Aunque reconoce un alto grado de libertad al empresario, se dirige de manera muy clara a eliminar la arbitrariedad en el ejercicio de esta libertad. Al parecer, los estudios empíricos reflejan un alto grado de cumplimiento y eficacia de la normativa (HONEYBALL, 2008: 198), por lo que probablemente en algunos aspectos, la protección real puede ser superior a la de aquellos países con regulaciones aparentemente más restrictivas, pero sistemáticamente incumplidas.

La idea central de esta regulación es que los trabajadores tienen derecho a no ser “ilegítimamente despedidos” por su empleador. Este principio se concreta en una serie de exigencias causales y de procedimiento. No obstante, debe tomarse en consideración que los trabajadores de antigüedad inferior a un año están formalmente excluidos de este sistema de protección; en todo caso, la exclusión no opera en los casos de despido automáticamente ilegítimo que se mencionan más adelante.

En cuanto a la causa, los empleadores deberán alegar y acreditar la razón o la principal razón en la que se fundamenta el despido; si no se alegara ningún motivo, el despido resultaría automáticamente ilícito. La ley establece una serie de motivos que son ilícitos en todo caso: embarazo o parto, ejercicio de derechos de conciliación, transmisión de empresa en sí misma, pertenencia a sindicato, defensa de un derecho legal, etc. Por otra parte, también menciona una serie de motivos que potencialmente pueden ser legítimos: capacidad y cualificaciones, enfermedad, conducta del trabajador, acatamiento de normas legales, jubilación o despido por causas empresariales (“*redundancy*”); esta última lista no es cerrada, dado que se incluye una cláusula de apertura (“*some other substantial reason*”).

En estos supuestos de motivos “potencialmente legítimos”, el juez debe apreciar en cada caso concreto la validez de las razones tomando en consideración las circunstancias concurrentes; esto quiere decir que como regla general no vinculan los precedentes jurisprudenciales y que, de facto, pueden plantearse soluciones distintas para casos similares. El aspecto más llamativo en la apreciación de la causa es que la jurisprudencia no pone el énfasis en la concurrencia de un hecho real o en la “injusticia material” cometida respecto al trabajador, sino en la valoración de la conducta del empresario: se trata de determinar si actuó como un “empresario razonable”, por lo que se otorga valor a sus creencias, siempre que sean razonables, más que a la realidad objetiva; así, por ejemplo, si un empresario ha actuado adecuadamente en la investigación de una infracción laboral y ha llegado razonablemente a la conclusión de que ha sido cometida por un trabajador concreto, el despido puede ser legítimo aunque se demuestre que realmente no había cometido la falta. Esta es una clara manifestación de que el objetivo del legislador británico es simplemente limitar la arbitrariedad del poder del empresario.

En este sentido, las exigencias de causa de los despidos económicos no se refieren necesariamente a una situación patológica de la empresa, sino que se condicionan a la realidad efectiva del cierre de la empresa, del cierre del centro de trabajo o de la disminución de las necesidades de la plantilla. Esto implica que se exige la amortización del puesto de trabajo y que, por tanto, no se permite la sustitución de unos trabajadores por otros.

El ordenamiento jurídico británico establece también exigencias de procedimiento, cuyo incumplimiento supone, como regla general la calificación del despido como ilegítimo. En particular, es preciso que la extinción asuma la forma escrita, señalando los motivos justificativos; asimismo, se establece un *preaviso* a partir de dos años de antigüedad que varía de 1–12 semanas en función de los años de servicio. De manera más ambigua, el modelo de “actuación razonable” del empresario, dependiendo del contexto, puede exigir que aquél haya llevado a cabo algunos pasos previos; por ejemplo, haber advertido al trabajador suficientemente de un eventual descenso del rendimiento, tratando de conseguir mejores resultados, o haber ofrecido un cambio de puesto antes de llevar a cabo un despido económico. Con independencia de estos criterios generales, existen reglas formales específicas para el despido disciplinario y para el despido económico.

El procedimiento del despido disciplinario ha sufrido un cambio normativo muy reciente, que entrará en vigor el 6 de abril de 2009 y que simplifica los trámites vigentes. En el modelo vigente, existe un procedimiento estándar en tres fases y un procedimiento abreviado para casos extremos; el procedimiento estándar consiste en a) informe escrito del empleador anunciando el posible despido y convocando una reunión, b) reunión para dar audiencia al trabajador, que podrá venir acompañado de un representante, c) posible recurso del trabajador frente a la decisión del empleador, que llevaría a otra reunión antes de la comunicación de la decisión definitiva; en el procedimiento simplificado, el empresario comunica el despido, pero el trabajador tiene derecho a recurrir, en cuyo caso, se convocaría una reunión como en el supuesto anterior. En el nuevo régimen, se establece un Código más flexible de prácticas disciplinarias; los jueces tomarán en consideración este código para determinar si el empleador actuó o no razonablemente para calificar el despido, pero la calificación de “ilegítimo” no derivará automáticamente del incumplimiento del código, como sucede en el régimen vigente. El comportamiento de las partes durante el procedimiento podrá, además, suponer un aumento o reducción –si es el trabajador el que obra de modo inapropiado– de la indemnización de despido ilegítimo de entre el 0 y el 25% (en el régimen vigente, las posibilidades de variación son mayores, de entre el 10% y el 50%). A pesar de su reciente flexibilización, este procedimiento es bastante más garantista que el previsto ordenamiento español, donde no hay audiencia previa al trabajador, sino comunicación escrita y a los

representantes y donde la infracción de requisitos procedimentales no altera la cuantía de la indemnización si el despido carece de causa. Estos procedimientos, que han tenido un alto grado de cumplimiento real, incluso en las pequeñas empresas y en su forma más rígida, constituyen también una garantía frente a la eventual arbitrariedad del empresario.

En cuanto al procedimiento para el despido económico, si el número de despidos es superior a 20 en un período de 30 días o 100 en un período de 90 días el empleador deberá consultar al sindicato por él reconocido, a otra forma de representación adecuada elegida por los trabajadores (incluyendo representantes *ad hoc*) o, en su defecto, a los trabajadores afectados. Las consultas tienen que prolongarse durante un tiempo, que dependerá del número de trabajadores despedidos. Siguiendo los patrones de la Directiva de despidos colectivos, también será preciso notificar a la Autoridad laboral si el despido afecta a 20 personas en un período de 30 días o 100 en un período de 90.

En el ordenamiento inglés sólo se prevén indemnizaciones por despido legítimo en el caso del *despido económico*; esta indemnización recibe el nombre de “*redundancy payments*” y excluye a los trabajadores que tengan una antigüedad inferior a 2 años. Su cuantía se calcula multiplicando los años de servicio por un número de semanas que depende de la edad que tenía el trabajador en cada uno de estos años (menos de 22, 0’5 semanas, entre 22 y 41, 1 semana, a partir de 41, 1’5 semanas), hasta un máximo de 30 semanas. Esta indemnización es en todo caso inferior a la prevista en el ordenamiento español de 20 días de salario por año de servicio, aunque no necesariamente si se deduce la cantidad que paga el Fondo de Garantía Salarial en el caso de las empresas de menos de 25 trabajadores.

En lo que refiere a las consecuencias del despido ilícito existen formalmente tres alternativas: la reintegración del trabajador injustamente despedido a su puesto de trabajo, la nueva contratación (no necesariamente en el mismo puesto) o la compensación económica. El juez, en principio, da a elegir al demandante la solución, aunque tiene una cierta discrecionalidad para decidir si la reintegración o la nueva contratación son impracticables. En la práctica los dos primeros remedios son casi inexistentes, porque generalmente los propios trabajadores optan por la compensación, por haber encontrado un nuevo empleo o sencillamente por la ruptura de las relaciones personales con el empresario; los estudios empíricos parecen mostrar que cuando optan por la readmisión lo hacen por motivos estratégicos, para tratar de obtener una compensación mayor (sobre estos dos extremos de aplicación práctica, véase HONEYBALL, 2008).

La compensación económica por el despido ilícito se compone de una parte básica, que opera en todo caso, sin demostración especial de daños y otros elementos que dependen de las circunstancias del caso. La compensación

básica es la misma que se ha señalado anteriormente para los *redundancy payments*, con un máximo de 20 años y de 9.900 £, en el supuesto general; esta percepción puede reducirse por la conducta del empleador previa o posterior al despido y las cantidades que ya hubieran sido pagadas por el empleador. A ello se suma un *compensatory award*, que depende de la demostración de perjuicios concretos: pérdida inmediata de ingresos (con el equivalente a los “salarios de tramitación”), pérdida futura de ingresos (desempleo, infraempleo, consideración de la diferencia de ingresos en el nuevo empleo multiplicada por el tiempo que se prevé va a durar la situación), pérdida de beneficios adicionales (*fringe benefits*), gastos de búsqueda de empleo, derechos de pensión o perjuicios en el régimen de protección por desempleo; existe un máximo para esta cantidad que varía cada año (para el año 2009 es de 66.200 £). Por último, en caso de que el empleador se negara irrazonablemente a la readmisión se aplica un *additional award* de 26 a 52 semanas de salario, con independencia del tiempo de servicios. Como hemos señalado anteriormente, la indemnización puede reducirse o aumentar hasta un 25% en función del comportamiento de las partes en el procedimiento. Así pues, la indemnización, en comparación con la legislación española es muy variable, no está predeterminada (aunque existen unos valores máximos) y depende en gran medida de los perjuicios causados y el comportamiento razonable de las partes y no tanto de la antigüedad. Por consiguiente, para los trabajadores de poca antigüedad, pero siempre con al menos un año de servicios en la empresa, podría ser más eficaz en la interdicción de la arbitrariedad empresarial que la regulación española, aparentemente más protectora.

Los contratos temporales se regulan a partir de la transposición de la Directiva comunitaria; el contrato puede ser declarado indefinido si no hay razones objetivas para la contratación temporal o si se encadenan contratos por 4 años. Se aplica el principio de igualdad de trato, incluyendo, en principio, toda la protección por despido.

- La regulación de la causa otorga mucha libertad al empresario para la extinción, pero supone un compromiso real por la interdicción de la arbitrariedad del empleador si la antigüedad del trabajador es superior a un año.
- La regulación del procedimiento está igualmente comprometida con la interdicción de la arbitrariedad. El régimen es más intenso que el español en lo que refiere a los despidos individuales y bastante menos en los colectivos.
- Existen compensaciones por despidos legítimos cuando son de naturaleza económica y el trabajador tiene más de dos años de antigüedad en la empresa. Son relativamente pequeñas y dependen de la antigüedad.

- Las compensaciones por despidos ilegítimos tienen una base que depende de la antigüedad y una parte variable, pero sometida a límites legales, que toma en consideración los perjuicios causados y las irregularidades procedimentales.

4. FRANCIA: LA CAUSA “REAL Y SERIA”

El aspecto en el que el derecho francés se diferencia del español de manera más llamativa es la regulación de la extinción de los contratos temporales, que es especialmente rigurosa. Si el contrato finaliza por haber llegado a término, el empresario deberá pagar una indemnización equivalente al 10% de la remuneración total bruta (lo que equivaldría a 36 ó 37 días de salario por año de servicio), aunque por convenio colectivo puede reducirse hasta un 6%, cantidad que sigue siendo superior a las indemnizaciones por despido objetivo procedente en el ordenamiento español. La temporalidad del contrato implica una cierta estabilidad, porque la extinción antes del término sólo puede producirse por fuerza mayor (en sentido estricto), falta grave (noción que, como se verá, es más restringida que la del incumplimiento contractual acreedor del despido disciplinario) o acuerdo entre las partes; de lo contrario, el empresario deberá pagar una indemnización equivalente a la totalidad de las remuneraciones que el trabajador habría percibido hasta llegar al término del contrato.

En el marco de la regulación de los contratos indefinidos, se sigue el esquema habitual de exigencia de causa y de determinados requisitos procedimentales. La causa debe ser un motivo objetivo, materialmente verificable y vinculado a la esfera profesional. Cuando se trata de un motivo basado en la persona del trabajador la causa debe ser *real y seria*; el órgano judicial aplica este criterio teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el papel de unificación de la *Cour de Cassation* es muy limitado. Por otra parte, existen una serie de causas prohibidas que vician el despido y que se vinculan a la vulneración de derechos fundamentales (discriminación, represalias por huelga o ejercicio de acción judicial, vulneración libertad religiosa y de expresión, etc.) o a la situación de personas especialmente protegidas (trabajadoras embarazadas o suspensión del contrato por accidente de trabajo).

La causa económica (*motif économique*) también se define como “real y seria”, pero en este caso sí existe una labor unificadora de la *Cour de Cassation* que ha ido delimitando en gran medida su contenido. Se trata de una causa no inherente a la persona del trabajador que implica una supresión de empleo; a este supuesto se asimila la situación del trabajador que no acepta la modificación de un elemento esencial del contrato por causas empresariales. Como en el ordenamiento español, se

consideran reducciones de actividad, coste elevado del trabajo en relación con la situación financiera de la empresa, pérdida de mercados, introducción de nuevas tecnologías o reorganizaciones de la empresa necesarias para salvaguardar la competitividad. No se admite la concurrencia de la causa económica cuando la situación de la empresa se debe a la conducta culpable del empleador. Por último, se considera que el despido tiene que operar en último extremo, cuando no ha sido posible la recolocación del trabajador en el marco de la empresa o el grupo al que pertenece.

En cuanto al procedimiento, se exige la convocatoria del trabajador afectado a una entrevista, en la que se le da audiencia y a la que puede ir asistido por un representante o equivalente; posteriormente, en su caso, debe notificarse el despido indicando los motivos alegados. El defecto en la enunciación de los motivos equivale a la ausencia de causa; por otra parte, el incumplimiento de las pautas del procedimiento apareja una indemnización adicional. Además de estas reglas, se exige un preaviso cuya duración depende de la antigüedad: si lleva más de dos años en la empresa, será de 2 meses; si lleva entre 6 meses y 2 años, de un mes; para una antigüedad inferior a 1 mes, será la que señalen los convenios colectivos o las costumbres. La obligación de preaviso sólo desaparece en el caso de “*falta grave*”, que no se identifica con cualquier despido disciplinario justificado, sino con una causa que hace imposible el mantenimiento, incluso temporal, de la relación de trabajo.

El procedimiento de los despidos empresariales depende del número de despidos. Si se pretende extinguir un solo contrato, se siguen las formalidades anteriormente mencionadas, debiendo mediar al menos 7 días entre la entrevista y el despido. Cuando son varios los despidos que se pretenden llevar a cabo, deberá consultarse a los representantes de los trabajadores, proporcionándoles una serie de datos, e informar a la administración; si el número de despidos es superior a 10, deberán celebrarse al menos dos reuniones separadas por un intervalo máximo de 14 días.

Para un número de 2–9 despidos en un período de 30 días, se deberá consultar a los representantes de los trabajadores, aportando obligatoriamente una serie de datos, e informar a la administración. Si el número de despidos es de 10 o más en un período de 30 días, las consultas se llevarán a cabo en al menos dos reuniones separadas por un intervalo máximo de 14 días. Este intervalo máximo será de 21 días si la medida afecta a entre 100 y 250 trabajadores y de 28 si afecta a más de 250 trabajadores. Las empresas de más de 50 trabajadores que despidan a al menos a 10 deberán presentar un *plan de salvaguarda del empleo* destinado a evitar los despidos y facilitar la recolocación de los trabajadores.

Los despidos no tienen que ser autorizados por la administración; el papel de la Autoridad laboral se limita a un control “blando” sobre la regularidad del procedimiento y las medidas sociales de compañía; si considera que existe

alguna irregularidad, lo comunica a la empresa, que debe contestar razonadamente. También podrá hacer proposiciones para completar el plan. La sanción de las posibles irregularidades, en cambio, corresponde determinarla únicamente al juez.

En cuanto a los efectos indemnizatorios, existe una indemnización general para cualquier despido, por causas personales o económicas, salvo caso de *falta grave*, a la que tienen derecho todos los trabajadores a partir de un año de antigüedad. Estas cantidades se determinan reglamentariamente y son de 1/5 de mes o 1/10 (dependiendo de si el despido es económico o por causa real o seria) por año de servicio, con un incremento adicional por encima de los 10 años de antigüedad. Si el despido es fundado pero se lleva a cabo con infracción de los requisitos de *procedimiento* –como la entrevista–, se añadirá una indemnización de un máximo de un mes de salario; si la empresa tiene menos de 10 trabajadores o el trabajador una antigüedad menor a dos años, la indemnización tasada se sustituye por una compensación de los perjuicios causados. Además existe una *prioridad de cobertura de vacantes apropiadas* por parte de los trabajadores despedidos por causas empresariales (el empresario puede elegir entre ellos, pero debe informarlos), que implica una cierta carga administrativa sobre la empresa pero facilita el control de la efectiva amortización de los puestos de trabajo.

Si el despido carece de causa suficiente el juez podrá imponer la *readmisión*, pero, en la práctica, como en el ordenamiento inglés, esta posibilidad no se aplica nunca debido a que no es aceptada ni por el trabajador ni por el empleador (FANNEVEC–HÉRY, 2009: 537). Así pues, se aplica una *compensación económica* mínima correspondiente al salario de los 6 últimos meses, que podría ser mayor para reparar íntegramente el perjuicio causado y no excluye indemnizaciones adicionales por las condiciones vejatorias que se hubieran impuesto al trabajador. Una vez más, si la empresa tuviera menos de 10 trabajadores o el empleado una antigüedad inferior a dos años, la indemnización tasada se sustituye por la compensación de los perjuicios acreditados y la readmisión no puede imponerse. Debe hacerse notar que, salvo por este requisito de acceso a uno u otro medio de tutela, la indemnización del despido sin causa no se ve afectada por la antigüedad del trabajador. Así, la indemnización mínima, sin contar los perjuicios adicionales, la compensación por defectos de procedimiento procedimentales y la indemnización que se paga en todo caso es superior a la prevista en el ordenamiento español cuando el trabajador tiene entre 2 y 4 años de antigüedad (unos 5 años y medio aproximadamente en el contrato español de fomento de la contratación indefinida), pero no para antigüedades más elevadas.

El despido por causa ilícita normalmente se califica como nulo y básicamente se refiere a vulneraciones de derechos fundamentales o al despido de

personas especialmente protegidas. La ausencia del plan de salvaguarda del empleo en los despidos colectivos implica también la nulidad de las extinciones. La sanción de la nulidad es la *reintegración*, pero si el trabajador, como es habitual, no desea ser reintegrado, deberá proporcionarse una indemnización equivalente, como mínimo, a los 6 últimos meses de salario, pudiendo incrementarse para adaptarse a los perjuicios causados; en este caso, con independencia de la antigüedad y la dimensión de la empresa.

- La regulación de la extinción de los contratos temporales es muy rigurosa.
- El despido tiene que estar justificado por una causa objetiva, real y seria.
- El procedimiento para los despidos individuales es más intenso que en el ordenamiento español y su incumplimiento genera normalmente una sanción pecuniaria.
- El juez puede imponer la readmisión en los despidos sin causa, pero normalmente, la sanción consiste en una indemnización de al menos 6 meses de salario, independiente de la antigüedad a partir de 2 años.
- Para antigüedades inferiores a un año o empresas de menos de 10 trabajadores, desaparecen las indemnizaciones tasadas y se compensan únicamente los perjuicios demostrados.
- Los despidos económicos procedentes o no, generan una indemnización de 6 días por año de servicio; los disciplinarios, de 3 días, salvo en casos muy graves.
- En el procedimiento de despidos colectivos, el ámbito de aplicación es más amplio que en el caso español, pero la administración no tiene que autorizar los despidos.

5. ITALIA: LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS TUTELAS

En Italia se aprecia una cierta “huida” del empresario hacia contratos temporales o el trabajo autónomo o parasubordinado, con objeto de eludir las restricciones al despido. La contratación temporal requiere causa, pero su ausencia, en principio, produce efectos indemnizatorios antes que la conversión del contrato en indefinido; esta conversión sí se produce cuando el trabajador ha pasado 36 meses al servicio del mismo empresario, incluso de modo interrumpido. En todo caso, la extinción *ante tempus* de los contratos temporales, salvo en el caso de la “justa causa”, que tiene el mismo sentido que en el ordenamiento francés la “falta grave”, genera una indemnización equivalente a la retribución que habría percibido durante el resto de la duración del contrato,

deduciendo la que haya podido percibir efectivamente en otra ocupación si actuara con la debida diligencia.

En el ordenamiento italiano, toda extinción, procedente o improcedente, así como las extinciones de los contratos temporales generan una indemnización denominada "*trattamento di fine rapporto*", que tiene un carácter de retribución diferida (en algunos casos se puede anticipar) y la finalidad de afrontar el riesgo de la pérdida de empleo. Esta indemnización se sumaría a las eventuales compensaciones derivadas de la eventual calificación del despido como ilegítimo. Su cuantía es el resultante de dividir por 13'5 la retribución de cada año, tomando en consideración la inflación, por lo que podría considerarse equivalente, a efectos de la comparación con el sistema español, a una indemnización de 27 días por año de servicio.

Asimismo, para que el despido sea legítimo tiene que tener un "motivo justificado" o una "justa causa"; la "justa causa" se vincula a determinados incumplimientos de especial gravedad que impiden el mantenimiento, incluso temporal de la relación y eximen de la obligación de preaviso. También como en el caso anterior, los despidos discriminatorios son calificados como nulos. La consideración del "motivo justificado" se hace tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

En cuanto a la causa del despido económico, la regulación legal y su interpretación jurisprudencial es similar a la española. Se exige una determinada situación de dificultad de la empresa, una efectiva amortización del puesto de trabajo y un nexo de causalidad entre ambos elementos; esta situación puede ser una crisis de empresa, una reorganización o la introducción de nuevas tecnologías, pero no basta para justificar el despido el aumento de beneficios, sino que es preciso hacer frente a situaciones desfavorables. Además, como en el derecho francés, se entiende que el despido sólo puede operar en defecto de otras medidas menos intensas.

El procedimiento de despido requiere la comunicación por escrito de la decisión empresarial, indicando la causa; en caso contrario, el despido será ineficaz. También se exige un preaviso (salvo en el caso de la "justa causa"), que dependerá del convenio colectivo, la costumbre o la equidad. El incumplimiento del preaviso conlleva el pago de las retribuciones correspondientes, pero la jurisprudencia ha interpretado también que el contrato debe considerarse en vigor a otros efectos.

El procedimiento de despido colectivo se debe aplicar cuando se produzcan al menos 5 despidos en un período de 120 días en la misma unidad productiva o en la misma provincia, formando parte de la misma reducción de actividad, siempre que la empresa tenga más de 15 empleados. El procedimiento tiene dos fases, una primera de consulta a los representantes sindicales y unitarios y al sindicato de categoría, debiendo aportar el empresario información suficiente,

y una segunda fase ante la Autoridad laboral para el caso de que no se alcanzara un acuerdo, en la que ésta actuará como mediadora. En el ordenamiento italiano no se exige a las empresas la aportación de un “Plan Social”. La negociación debe desarrollarse en el plazo máximo de 45 días y la intervención de la autoridad laboral en 30 días; estos plazos se reducen a la mitad si el número de despidos es inferior a 10. El incumplimiento de la forma escrita o de las reglas de procedimiento produce también en este caso la ineficacia del despido. Por último, la norma establece una serie de criterios de selección de los trabajadores afectados para ser tomados en consideración conjuntamente: cargas familiares, antigüedad, exigencias productivas. Los trabajadores despedidos se encuentran en situación de *mobilità*, lo que implica la percepción de percepciones económicas por parte de una institución pública y la inclusión en una lista que otorga derecho de preferencia en próximas contrataciones.

Como ya se ha señalado, los trabajadores despedidos tienen derecho, como compensación al *trattamento di fine rapporto*; además, cuando se trate de un despido económico, podrán disfrutar de las prestaciones aportadas por fondos públicos (*Cassa Integrazione Guadagna*) financiados con cotizaciones del empresario o de empresario y trabajador.

Respecto a las consecuencias del despido ilegítimo o ineficaz existen dos formas de tutela –denominadas “real” y “obligatoria”– que dependen básicamente de la dimensión del centro de trabajo y de la empresa. La *tutela real* se aplica a todas las empresas de más de 60 trabajadores y también a las de menor tamaño que empleen a más de 15 personas en la misma unidad productiva o en el mismo municipio (o bien a las empresas agrícolas que empleen a más de 5 trabajadores en el mismo ámbito territorial); también se aplicará si el despido es discriminatorio o, en todo caso a las Administraciones Públicas. La *tutela obligatoria* se corresponde, por tanto, con las empresas que no alcancen estos umbrales de plantilla, siempre que el despido no sea discriminatorio. Debe tomarse en consideración que en Italia el tejido productivo está formado principalmente por empresas de pequeña y mediana dimensión, por lo que esta última forma de tutela afectará a la mayor parte de las empresas en términos absolutos y a una proporción importante de la fuerza de trabajo.

En la *tutela obligatoria*, el *empleador* puede elegir entre la readmisión o el pago de una indemnización que oscilará entre los 2’5 y los 6 meses de salario en función del número de trabajadores, la dimensión –suponemos que económica– de la empresa, la antigüedad y el comportamiento de las partes. En comparación con la compensación establecida en el ordenamiento español, el papel de la antigüedad es muy reducido y, en contrapartida, se toman en consideración otros aspectos, como el comportamiento de las partes o la capacidad económica de la empresa. Debe recordarse que a esta cantidad debe añadirse el *trattamento di fine rapporto*, que equivale aproximadamente a 27 días de

salario por año de servicio. La variabilidad de la indemnización italiana dificulta una comparación de costes, pero, a título aproximativo podríamos decir que, sumando el *trattamento di fine rapporto* y la indemnización, la compensación prevista por el ordenamiento español es más baja para los trabajadores de entre 2'3 y 4'6 años de antigüedad, 3'1 y 6'27 para los contratos de fomento de la contratación indefinida.

La *tutela real* implica *teóricamente* la readmisión al puesto de trabajo y el pago de una indemnización equivalente a los daños causados y que, como mínimo será de 5 meses de salario. No obstante, el trabajador puede optar por abandonar la empresa con una *compensación* equivalente a 15 meses de salario (sin tomar en consideración la antigüedad); esta indemnización es más elevada que la prevista en el ordenamiento español para los trabajadores de menos de 10 años de antigüedad, 13'6 en el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida. Como hemos visto que sucede en Francia y en el Reino Unido, en realidad, los trabajadores no optan prácticamente nunca por la readmisión (GARÓFALO, 1990; CARINCI, 2003), de manera que la “*tutela real*” consiste verdaderamente en un incremento de la indemnización económica correspondiente a la “*tutela obligatoria*”.

- Se exige un “motivo justificado” o una “justa causa” para el despido. La suficiencia de la causa está relativamente determinada para los despidos económicos y depende de las circunstancias de cada caso en el resto.
- El procedimiento para los despidos individuales es similar al caso español.
- El procedimiento de despidos colectivos tiene un ámbito más amplio que en el ordenamiento español, y puede retrasar notablemente los efectos de la decisión extintiva, pero en él la intervención mediadora de la Autoridad Laboral no es vinculante para las partes.
- Las consecuencias del despido ilícito varían en función de la dimensión de la empresa, pero en la práctica se concretan en una indemnización. En las pequeñas empresas, esta indemnización varía en función del comportamiento de las partes, la dimensión económica y laboral de la empresa y la antigüedad. En el régimen general, se trata de una indemnización de 15 meses de salario.

6. ALEMANIA Y AUSTRIA: EL PAPEL DEL COMITÉ DE EMPRESA

En el ordenamiento alemán, como en los casos anteriores, el empleador deberá, como regla general justificar adecuadamente el despido. Quedan

excluidos de la limitación de la causa los trabajadores que tengan menos de 6 meses de antigüedad y los que presten sus servicios en empresas de hasta 10 trabajadores –sin contar los aprendices y computando los trabajadores a tiempo parcial en función del tiempo trabajado–, si bien en estos casos podría aplicarse el Derecho Civil, argumentando que la extinción es “contraria a las buenas costumbres” si resulta especialmente arbitraria, discriminatoria o se trata de una represalia (DÄUBLER, 1994: 674). Para que el despido se considere *socialmente justificado* debe fundarse en una causa o motivo importante (*wichtiger Grund*). Los Tribunales interpretan con rigor la exigencia de causa, puesto que en 4 de cada 5 procesos judiciales, fallan a favor del trabajador, que impugna el despido en el 27% de los casos (GRUND, 2006).

A estos efectos, se distingue entre tres grupos de causas o motivos: los inherentes a la persona del trabajador (en la mayoría de los casos, la enfermedad), los que se basan en el comportamiento del trabajador (se trataría del equivalente al despido disciplinario) y los fundados en necesidades “urgentes” (*dringende*) de la empresa. En todos los casos, se controla la proporcionalidad de la medida extintiva haciendo una ponderación de los intereses de ambas partes; no existen reglas fijas para efectuar esta ponderación, lo que implica una cierta incertidumbre. En cualquier caso, se entiende que el principio de proporcionalidad implica que el despido sólo puede operar en defecto de una solución menos lesiva para los intereses del trabajador (como la modificación de las condiciones de trabajo). Por otra parte, en el *despido económico*, la selección de los trabajadores afectados debe hacerse tomando en consideración criterios sociales, haciendo un examen conjunto de elementos como la edad, la antigüedad o las responsabilidades familiares.

Algunos colectivos (mujeres embarazadas, personas de permiso por maternidad o para el cuidado de hijos, miembros del comité de empresa, etc.) gozan de una protección especial frente al despido que generalmente implica la exigencia de una autorización administrativa o del comité de empresa.

En lo que refiere al procedimiento, resulta especialmente significativo el *deber de audiencia previa al comité de empresa*, que se aplica en todos los casos (siempre que exista este órgano de representación), antes de la notificación del despido. El comité deberá pronunciarse en una semana o en tres días, dependiendo de si el despido es ordinario o extraordinario. La extinción carecerá de eficacia si no se lleva a cabo este trámite de consultas. Si el trabajador impugna judicialmente el despido y el comité de empresa se ha opuesto a la extinción, podrá seguir trabajando en la empresa hasta la decisión final (sólo en casos excepcionales puede solicitar el trabajador este mismo efecto si no cuenta con la oposición del comité al despido); asimismo, esta oposición se tendrá en cuenta en la decisión acerca de la proporcionalidad de la medida.

En cambio, en el ordenamiento alemán no se exige una entrevista personal con el trabajador. Tampoco son muy elevadas las exigencias formales de la comunicación, que en principio ni siquiera debe incluir en todo caso la determinación escrita de los motivos. Probablemente, esto se debe a que el control colectivo sustituye en parte a las garantías individuales. En todo caso, sí que se exige, como regla general, un período de *preaviso* relativamente largo: la duración mínima del preaviso es de 4 semanas, pero puede ampliarse hasta un máximo de siete meses en función de la antigüedad del trabajador. La exigencia de preaviso desaparece en el “*despido extraordinario*”, que, al igual que en los casos francés e italiano, se refiere a la concurrencia de un motivo importante que hace intolerable el mantenimiento, siquiera temporal, de la relación de trabajo; este “despido extraordinario” debe notificarse en un máximo de dos semanas desde que se tuvo noticia de los hechos.

El procedimiento de despidos colectivos se aplica cuando el empresario pretende despedir, en un período de 30 días a un número determinado de trabajadores en función de la dimensión de la empresa: más de 5 extinciones en empresas de 20–60 empleados, 25 extinciones o el 10% de la plantilla en empresas de hasta 500 trabajadores y 30 extinciones en todo caso. La consulta incluye la “compensación de intereses” –que se refiere a la oportunidad y al número de los despidos– y, si el número de extinciones rebasa una determinada cifra en función de la dimensión de la empresa, la negociación de un *plan social*, destinado a paliar los efectos de la reestructuración.

Además de la obligación de consulta con el comité de empresa, existe la obligación de notificar a la Autoridad laboral, al menos 30 días antes de la decisión extintiva (así como de las posibilidades de que pudieran emprenderse despidos en los siguientes 12 meses); este órgano podrá suspender durante un mes más la efectividad de los despidos si lo considera necesario.

En el ordenamiento alemán *no se prevén* con carácter general indemnizaciones para los despidos procedentes. No obstante, los *planes sociales* sí que incluyen compensaciones económicas para los trabajadores despedidos, que no están condicionadas por patrones legales.

En cuanto a los efectos del despido ilegítimo, teóricamente se aplica como regla general la *readmisión* del trabajador injustamente despedido. Como en los casos anteriores, esta solución es irreal en la práctica (sólo alrededor del 9% de los casos terminan en readmisión, según EMIRE, 2007). En la práctica, las partes suelen llegar a un acuerdo antes de la finalización del proceso, con objeto de evitar la incertidumbre y las consecuencias negativas del alargamiento del conflicto. Las indemnizaciones no están tasadas para estos acuerdos pero las cantidades que se señalan a título orientativo en diversas fuentes oscilan entre el 30% de un mes de salario y un mes entero por año de servicio; según algunos estudios empíricos, la media se situaría en 0'5 meses de salario por año de

servicio (GRUND, 2006). En todo caso, el juez puede sustituir la readmisión –considerada irrealmente como la solución por defecto– por una indemnización económica que puede llegar hasta los 12 meses de salario (y la media también se sitúa en los 0'5 meses por año de servicio). Así pues, en realidad, la readmisión es simplemente un instrumento para que los empleadores tengan que justificar el despido.

En cuanto a la contratación temporal, en el ordenamiento alemán, los límites son teóricamente menos estrictos que en el caso español. Así, a partir de la flexibilización de los años 80, se permite el establecimiento de contratos temporales sin causa hasta un límite de 2 años, sin que existan especiales límites para la contratación temporal causal. Sin embargo, esto no ha provocado una generalización de la contratación temporal, como sucedió en España a partir de 1984. Esto puede atribuirse a factores diversos, como las diferencias en el modelo productivo (con un mayor énfasis en la cualificación y en la productividad del trabajo en el caso de Alemania) o la mayor fortaleza de los sindicatos y las representaciones unitarias.

En Austria, el sistema de protección frente al despido es muy similar al alemán en su estructura, variando los detalles de la regulación. Así, por ejemplo, el umbral que determina la exclusión es de 5 trabajadores, como sucedía anteriormente en el derecho alemán; también varían los umbrales para determinar si el despido es colectivo, de manera más favorable a esta cualificación. Los plazos de preaviso previstos en la ley son también diferentes, haciéndose la distinción entre trabajadores de “cuello blanco”, donde puede variar desde 6 semanas para una antigüedad de 2 años a 5 meses si el trabajador lleva más de 25 años en la empresa, y trabajadores de “cuello azul”, para los que se establece una regla general de 14 días de preaviso; por otra parte, estos plazos pueden variar por convenio colectivo. En todo caso, los rasgos diferenciados más significativos del derecho austríaco se refieren a la intervención del comité de empresa y a las indemnizaciones por despido precedente.

El esquema de intervención del comité de empresa es el mismo que en Alemania (con un plazo de 5 días para emitir su informe), pero la objeción del comité implica que éste tiene en principio preferencia sobre el trabajador para impugnar el despido, por lo que en estos casos primaría la dimensión colectiva sobre la individual.

En el ordenamiento jurídico austríaco, al contrario que en Alemania, se han previsto tradicionalmente indemnizaciones para los despidos procedentes para los trabajadores que tuvieran al menos 3 años de antigüedad, salvo en caso de “despido sumario” (el equivalente al “despido extraordinario” alemán). Actualmente, esta regulación sólo se aplica a los contratos pactados antes del 2003 y comprende unas indemnizaciones que oscilan entre los 2 y

los 12 meses de salario, en función de la antigüedad del trabajador. En el régimen vigente, las indemnizaciones a cargo del empleador se sustituyen por el establecimiento de un *fondo público* al que contribuyen los empresarios con cotizaciones del 1,53% del salario del trabajador. En caso de despido, el trabajador tendrá derecho al pago de una cantidad, a partir de los 36 meses de cotización (con uno o varios empleadores) y su importe dependerá de las cotizaciones efectuadas. La ventaja que supone este sistema es que de esta manera, el coste de despido no se hace progresivamente mayor con la antigüedad en la misma empresa, lo que incentivaría la rotación involuntaria y desincentivaría la rotación voluntaria (efectos que, en último término, pueden perjudicar la productividad del trabajo). Debe recordarse que esta sustitución opera únicamente respecto de las indemnizaciones por despido procedente, no para las eventuales compensaciones que pudieran sustituir a la readmisión.

En cuanto a la contratación temporal, en el ordenamiento austriaco no existen, en teoría, limitaciones a la causa del contrato, pero sí al encadenamiento, que sólo puede justificarse por razones objetivas.

- Se exige una causa suficientemente seria para el despido, excepto en el caso de los trabajadores de menos de 6 meses de antigüedad y en las empresas de hasta 10 trabajadores (5 en Austria), donde subsiste la prohibición de discriminación. La determinación de la concurrencia de la causa implica una ponderación de intereses que debe hacerse en cada caso.
- El procedimiento para los despidos individuales no es particularmente estricto, salvo por las exigencias de preaviso, que pueden llegar a ser muy intensas para los trabajadores antiguos (sobre todo en Alemania) y la audiencia previa al comité de empresa. Los efectos jurídicos que despliega la intervención del comité pueden facilitar un control informal por parte de los representantes de la arbitrariedad del empresario.
- Los despidos colectivos incluyen un *plan social*, donde se establecen indemnizaciones. Por lo demás, en Alemania no se prevén expresamente compensaciones para los despidos procedentes y en Austria se sustituyen por el pago de un fondo financiado con cotizaciones empresariales.
- Los despidos ilegítimos terminan teóricamente con la readmisión y en la práctica con una indemnización. En el cálculo de la indemnización intervienen factores como la antigüedad y el salario pero su determinación es más flexible –y provoca más incertidumbre– que en el caso español.

7. DINAMARCA: EL PODER DEL SINDICATO

El sistema de protección contra el despido danés debe situarse en el contexto de su peculiar modelo de relaciones laborales. Las tasas de afiliación a los sindicatos y organizaciones empresariales son extraordinariamente altas (incluso a pesar del predominio de empresas pequeñas y medianas); estas organizaciones, en términos comparativos están muy bien estructuradas y sus pautas de negociación están muy institucionalizadas. Debido al interés de los interlocutores sociales por canalizar por sí mismos el conflicto, la regulación legal en materia laboral es muy escasa –prácticamente sólo se establece para satisfacer determinadas exigencias del Derecho Comunitario–, e incluso los sistemas judiciales de resolución de conflictos están muy influidos por los interlocutores sociales. Por el contrario, el sistema de protección social es muy intenso y también las políticas activas de empleo; en todo caso, los sindicatos participan de manera muy significativa en la gestión –o, en su caso, gestionan directamente– las prestaciones por desempleo.

En Dinamarca no existe una norma de rango legal que regule con carácter general la protección por despido, aunque sí existen leyes que prohíben determinadas formas de despido, como el despido discriminatorio por razón de sexo o el que vulnera el derecho de afiliación sindical positiva o negativa. Ciertamente, los trabajadores del sector público y, con carácter general, los de “cuello blanco” se encuentran protegidos por la normativa legal, pero en para el resto de los trabajadores, la protección viene dada por los convenios colectivos; así pues, algunos trabajadores quedan excluidos de la protección, si bien hay que tener en cuenta que las tasas de cobertura de la negociación colectiva en Dinamarca son superiores al 80% (debido a las altas tasas de afiliación sindical y empresarial y a la extensión a través de contratos individuales que se remiten al convenio) y, en términos comparativos, son relativamente elevadas incluso en empresas muy pequeñas. El convenio que se aplica a estos efectos para la mayor parte de los trabajadores es el *Acuerdo Básico* entre la central sindical LO y la patronal DA, pero existen otros acuerdos en determinados sectores (por ejemplo, la Agricultura) que establecen sistemas de protección equivalentes; por otra parte, los convenios colectivos en ámbitos más concretos suelen incluir garantías adicionales para reforzar la protección frente al despido de los representantes de los trabajadores.

En las diversas regulaciones, se exige de una manera u otra que el despido esté justificado en una “causa razonable” (*saglig grund*) vinculada al trabajador o a las necesidades de la empresa; en el Acuerdo Básico DA/LO esta necesidad de justificación se hace derivar de una prohibición general de arbitrariedad. En todo caso, la interpretación que se hace de la “justa causa” es *muy poco restrictiva*, especialmente cuando se alegan razones empresariales. En la mayor parte

de los casos, las causas económicas se consideran razonables cuando se amortiza efectivamente el puesto de trabajo, porque se considera que es prerrogativa del empleador decidir el volumen de empleo necesario para su empresa, si bien podría demostrarse que el motivo real de la extinción es otro; no existen reglas particulares para la selección de los trabajadores, ni una obligación de que el despido sea un “último recurso”, aunque es frecuente que, sin obligación convencional, se emprendan medidas alternativas al despido como el reparto de trabajo (EMIRE, 2007), debido seguramente a la presencia y fortaleza sindical. Si la causa se refiere a la conducta o a los resultados del trabajador, la decisión empresarial se somete a un mayor escrutinio y se exige que se haya advertido suficientemente bien al trabajador de sus obligaciones o de la posibilidad del despido; por último, en este ordenamiento se admite la “enfermedad” como causa de despido.

En cuanto al procedimiento, normalmente se exige un período de preaviso, muy variable en función de la profesión del trabajador, su antigüedad y el sector de actividad (desde 6 meses en el caso de empleados públicos y trabajadores de cuello blanco con cierta antigüedad hasta la ausencia de preaviso). Cuando no hay disposiciones específicas, se suele aplicar el preaviso que se estime razonable en función de la buena fe contractual. En todo caso, existe la posibilidad de llevar a cabo un *despido extraordinario*, sin cumplir el plazo de preaviso, en caso de “incumplimiento grave” (*grov misligholdese*). Los convenios colectivos también prevén reducciones del preaviso, o su sustitución por una compensación económica en casos específicos, como la fuerza mayor. No existe un deber general de consulta previa con los representantes de los trabajadores, sino que las negociaciones pueden producirse una vez que se impugna el despido, de la manera que se explica más adelante; tampoco se prevé un deber de audiencia al trabajador, aunque, si tiene cierta antigüedad, en el ámbito del Acuerdo Básico DA/LO, éste puede solicitar a la empresa la comunicación de las razones para el despido.

El procedimiento de despidos colectivos se encuentra regulado por ley, en transposición de la Directiva comunitaria, dado que la transposición a través de los convenios colectivos no garantizaba una cobertura total; en cualquier caso, la regulación convencional puede superponerse a la legal, e incluso sustituirla, en su caso (respetando, claro está, la Directiva). El despido será colectivo cuando en un período de 30 días afecte a 10 trabajadores en empresas de hasta 100 trabajadores, el 10% en empresas de hasta 300 trabajadores o a 30 en todo caso. Existe un régimen específico para despidos colectivos de especial significación, que afectan al menos al 50% de los trabajadores de empresas que cuenten con más de 100 empleados. En consonancia con la regulación comunitaria, será preciso consultar a los representantes y posteriormente informar a la Autoridad laboral, suspendiéndose temporalmente los efectos de la medida

extintiva durante 30 días; en los despidos de mayor significación, el período de consultas que antecede a la comunicación debe durar al menos 21 días. El incumplimiento de estas formalidades implica una sanción civil (de un mes de salario u 8 semanas en caso de despidos de mayor significación), así como una sanción penal de carácter pecuniario.

En cuanto a los efectos del despido, no se prevén con carácter general indemnizaciones para los despidos procedentes, salvo en el caso de trabajadores públicos o empleados “de cuello blanco” de elevada antigüedad y los primeros dos días de desempleo, a cargo del empresario. En todo caso, el sistema de protección por desempleo y las políticas activas de empleo contribuyen a evitar que el despido provoque disfunciones sociales importantes.

En el ámbito del Acuerdo Básico DA/LO, cuando un trabajador considera que el despido es arbitrario, no reclama ante los tribunales ordinarios, sino ante un tribunal especial, creado por el Acuerdo, denominado el Tribunal de Despidos, formado por miembros nombrados por los interlocutores sociales y por magistrados del Tribunal Supremo. No obstante, un trabajador no afiliado a un sindicato al que se aplica el Acuerdo Básico a través de una remisión en su contrato de trabajo podría acudir a los tribunales ordinarios. Fuera del ámbito del Acuerdo Básico, los convenios colectivos establecen sistemas muy similares. El Tribunal de Despidos funciona más bien como un organismo de mediación y arbitraje que como un órgano judicial, aunque sus resoluciones no admiten ningún tipo de recurso; el procedimiento completo de impugnación de los despidos está concebido para funcionar de manera especialmente rápida, y habitualmente, la solución se lleva a cabo en semanas antes que en meses (VAN PEIJPE, 1998); más que una reclamación de derechos individuales, opera como un proceso de negociación entre sujetos colectivos que puede terminar en un arbitraje en los casos más extremos. En primer lugar, se llevan a cabo negociaciones a nivel de empresa o local con los representantes sindicales por un máximo de dos semanas; si no se llega a un acuerdo, se traslada la negociación al nivel de las organizaciones. En último término, si no hay acuerdo, el trabajador puede dirigir la reclamación ante el Tribunal de Despidos en un plazo máximo de 7 días.

El Tribunal puede decidir anular el despido, reintegrando al trabajador a su puesto de trabajo o establecer una compensación si existen dificultades para la convivencia de las partes. En la práctica, es muy raro que se llegue al arbitraje (así, según VAN PEIJPE, 1998, la media de casos estaría por debajo de 10 al año). Esto se debe probablemente a la eficacia del proceso de negociación anterior. Así pues, las eventuales arbitrariedades del empresario están controladas, en realidad, por la intervención de los sindicatos y de las organizaciones empresariales; por otra parte, aunque exista una causa real, especialmente de carácter económico, como ya se ha señalado, el sistema relativamente generoso de protección por desempleo y la importancia de las políticas activas hacen que el

trabajador no quede en una posición muy desventajosa y no precise de ulteriores compensaciones. En caso de que se decida la reincorporación del trabajador (lo que es aún menos habitual que la indemnización), la obligación no puede ejecutarse en sus propios términos, aunque se establecen sanciones muy elevadas por incumplimiento de convenio colectivo.

La indemnización derivada de la extinción del contrato por un despido ilegítimo tiene un límite máximo, previsto en el Acuerdo Básico, de 52 semanas de salario. Para determinar su cuantía, el Tribunal de Despidos toma en consideración los daños causados, el comportamiento de las partes y la antigüedad del trabajador. En comparación con la regulación española, se trata de un mecanismo más flexible, que puede tener en cuenta factores diversos pero que por eso mismo produce una mayor incertidumbre; no pueden hacerse comparaciones cuantitativas exactas, puesto que el Tribunal de Despido danés considera también la antigüedad, pero las 52 semanas de salario máximas serían equivalentes a la indemnización que en España se establece para los trabajadores de unos 8 años de antigüedad (11 en el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida). En cualquier caso, generalmente, las cantidades que determina el Tribunal danés son inferiores al máximo convencional. En las leyes que protegen a determinados tipos de trabajadores se establecen asimismo topes máximos distintos para las indemnizaciones por despido ilegítimo: 78 semanas en supuestos de discriminación por razón de sexo y 24 meses en el despido contrario a la libertad sindical, 6 meses para los empleados “de cuello blanco” y funcionarios.

Por último, en lo que refiere a la contratación temporal, no existe una tradición de limitación legal o convencional de su utilización, hasta la transposición de la Directiva comunitaria 1999/70/CEE (a partir del año 2003). En la práctica, las modalidades de contratación temporal no han sido muy utilizadas y las arbitrariedades del empresario se han corregido a través de la doctrina jurisprudencial del “abuso de derecho” (NUMHAUSER–HENNING, 2002). En cualquier caso, dado que el despido por razones económicas es relativamente flexible para los contratos indefinidos, no existe una marcada polarización entre trabajadores temporales o indefinidos.

- El sistema danés está muy condicionado por la fortaleza de los sindicatos y las organizaciones empresariales y la amplitud del sistema de protección social y las políticas activas de empleo. La protección frente al desempleo no es suficiente para limitar la arbitrariedad del poder empresarial, pero en este caso la limitación viene dada también por la presencia del sindicato.
- No existe una protección legal general para todos los trabajadores, sino algunas leyes relativas a determinados tipos de trabajadores y la regu-

lación de los convenios colectivos. La cobertura de la negociación colectiva es muy amplia, pero no total.

- En el ámbito de protección frente el despido, se exige una causa razonable, aunque su consideración es flexible, especialmente en el caso de las causas empresariales.
- La regulación del procedimiento previo al despido tampoco es muy estricta. En caso de impugnación, se lleva a cabo un procedimiento de negociación y arbitraje donde predominan los elementos colectivos respecto a los individuales.
- En último término, cuando el sistema no consigue canalizar el conflicto, si el despido no está injustificado se puede establecer la reincorporación o una indemnización de hasta 52 semanas de salario.

8. HOLANDA: EL CONTROL *EX ANTE* DEL ESTADO

El sistema holandés de protección frente al despido está muy condicionado por el procedimiento para llevar a cabo la extinción, que por tanto debe exponerse en primer lugar. En efecto, como regla general para llevar a cabo cualquier despido –individual o colectivo–, el empresario debe obtener antes una *autorización administrativa (ontslagvergunning)*. Los despidos que no cumplan este requisito son nulos y carecen de efectos jurídicos. No existe posibilidad de recurrir la autorización, aunque el trabajador puede impugnar judicialmente un despido autorizado; normalmente los jueces no cuestionan la decisión administrativa. Sólo quedan fuera de la protección algunas categorías de trabajadores, como los trabajadores domésticos o los profesores de entidades privadas. La Autoridad laboral toma su decisión con ayuda de un informe realizado por una comisión compuesta por representantes de las organizaciones sindicales y empresariales; en la mayor parte de los casos, este informe es unánime y la Autoridad laboral se ciñe a él (VAN PEIJPE, 1998). Este procedimiento normalmente dura entre 4 y 6 semanas.

En todo caso, también se establece un *preaviso*, cuya duración será la pactada, siempre que sea superior a unos mínimos legales, determinados en función de la antigüedad: el preaviso mínimo es de un mes, pero puede llegar hasta 4 meses en caso de trabajadores con más de 15 años de servicio. El incumplimiento del preaviso normalmente no apareja la nulidad del despido, sino una compensación económica.

En todo caso, el empresario puede evitar el preaviso y la autorización administrativa si extingue el contrato durante el período de prueba (que no puede ser superior a dos meses) o si se trata de un *despido sumario*. El despido sumario se aplica cuando concurre una “causa urgente”, es decir, cuando un

acto, una cualidad o el comportamiento de la otra parte hace irrazonable la continuación de la relación laboral. La ley proporciona un listado no exhaustivo de causas no urgentes; no obstante, el empleador se arriesga a que finalmente el despido sea considerado nulo por falta de autorización si la causa no era urgente, de manera que puede preferir la rescisión judicial del contrato de la que se habla más adelante.

Por otra parte, cualquiera de las partes puede solicitar, sin necesidad de preaviso la rescisión judicial del contrato alegando una causa razonable o un cambio en las circunstancias, estableciéndose en su caso una compensación económica por los daños causados; el empleador puede hacerlo incluso si la autoridad laboral le ha denegado la autorización administrativa. La resolución del juez civil de primera instancia no admite recurso. Aunque esta vía estaba inicialmente concebida para casos excepcionales, es muy utilizada como una alternativa a la solicitud de la autorización administrativa y al cumplimiento de los plazos de preaviso. Los posibles problemas de acceso a las prestaciones por desempleo han motivado que los juzgados se hayan saturado de casos en los que no existe un verdadero conflicto entre las partes, que en todo caso se resuelven muy rápidamente pero producen una disfunción en la aplicación del sistema.

Los despidos colectivos son aquellos que afectan a más de 20 empleados en un período de tres meses. A los requisitos administrativos se añaden los elementos previstos por la Directiva: retraso de 30 días en la aplicación de la medida desde la información a la autoridad laboral y procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores. El sistema de control *ex ante* garantiza el cumplimiento de las formalidades del despido colectivo, que son necesarias para obtener la autorización administrativa.

Como ya se ha señalado, se exige una causa legítima para proceder al despido. La autoridad laboral considera válido el despido basado en diversas circunstancias concurrentes en el trabajador o en *razones económicas o empresariales*; en este último caso, el permiso se concede con cierta facilidad; en lo que refiere a la selección de los trabajadores, se aplica una regla general de preferencia de los empleados de mayor antigüedad, que admite algunas excepciones. Por otra parte, la exigencia de autorización administrativa se solapa con la regulación del Código Civil holandés, que permite la impugnación del despido “obviamente irrazonable” (*kennelijk onredelijk*); con carácter general, si el despido es irrazonable no se concederá la autorización y ésta se concede, el juez no cuestionará demasiado la decisión, aunque puede hacerlo. Como ya se ha señalado, la “causa urgente” o sustancial, permitiría al empleador despedir sin necesidad de autorización ni preaviso. En otro orden de cosas, como en los demás ordenamientos europeos, existen una serie de *circunstancias que impiden*, en todo caso que se autoricen los despidos: enfermedad durante los dos primeros años, embarazo, servicio militar, afiliación sindical o

pertenencia a un comité de empresa, discriminación, etc.; en estos casos, no se concederá la autorización, aunque en teoría podría utilizarse, si procede, el despido sumario (por ejemplo, una falta muy grave cometida por una trabajadora embarazada). Por último, como ya se ha señalado, la rescisión judicial del contrato exige, en principio, una “causa razonable” (*gewichtige redden*) o un cambio sustancial en las circunstancias en las que se pactó el contrato.

En cuanto a los efectos del despido, no se establecen con carácter general *indemnizaciones por despidos procedentes*. Éstas suelen, sin embargo, pactarse, en el seno de los procesos de consulta de los despidos colectivos y, en el marco de cualquier despido, el ofrecimiento por parte del empresario de una compensación puede ser un elemento que se tome en consideración en la ponderación de la razonabilidad de la extinción. Por otra parte, en la rescisión judicial del contrato –al margen de la autorización administrativa–, incluso cuando existe causa suficiente, se genera el derecho del trabajador a una indemnización, salvo en el caso de la “causa urgente” imputable al trabajador.

Como se ha dicho ya, el despido *sin autorización* es considerado nulo y el trabajador podrá solicitar la reintegración al puesto de trabajo o la extinción con una compensación económica; en todo caso el juez podrá decidir también aplicar la compensación en lugar de la reintegración si considera que este último remedio es inviable. También en caso de rescisión judicial a iniciativa del empleador podría generarse una compensación económica para el trabajador, o, en su caso, para el propio empresario. La reintegración puede producirse siempre que el trabajador esté dispuesto a seguir trabajando para el empleador que lo había despedido, pero sus efectos reales se limitan al mantenimiento del pago de los salarios; la jurisprudencia ha limitado en la práctica el período en el que se pueden seguir cobrando los salarios, de manera que, en la práctica, como en otros países, la readmisión se sustituye por una compensación económica.

La cuantía de la indemnización para la rescisión del contrato en sede judicial no está, en principio, determinada por la ley y tampoco existe unificación de la jurisprudencia en sentido estricto, dado que las sentencias no admiten recurso. En cualquier caso, los órganos judiciales han establecido una serie de “recomendaciones” o pautas comunes de coordinación. La fórmula para calcular la compensación en el contexto de estas pautas comunes se basa en la antigüedad del trabajador y el salario; básicamente, se determina una indemnización de un mes de salario por año de servicio, aplicando un factor de corrección por tramos de edad de cada año, similar al que se ha analizado en el Reino Unido. Hasta hace muy poco, este factor de corrección sólo aumentaba la indemnización en los tramos de edad más elevado, pero recientemente, los Tribunales han establecido nuevos criterios

que también lo reducen en los primeros tramos de edad (EIRO 2009). Se aplica asimismo otro factor de ponderación cuando la rescisión puede atribuirse a la conducta del empleador o del trabajador, de manera que el mes de salario por año de servicio podría aumentar en función de la calificación de la responsabilidad del empresario. Así pues, el sistema de indemnizaciones es similar al español, aunque más flexible en la consideración de las circunstancias del supuesto concreto. Por otra parte, en otoño de 2008 los interlocutores sociales han acordado con el Estado un cambio en la legislación (EIRO 2009) que establecerá un máximo de un año de salario para las indemnizaciones debidas a los trabajadores que perciben mayores ingresos (más de 75.000 € al año).

Por último, la ley permite en principio la libertad de las partes para pactar contratos de duración determinada, sin condicionamientos en la causa, salvo que vengan determinados por convenio colectivo. En tal caso, el contrato termina automáticamente al final del período fijado o de la tarea específica señalada; en cambio, la terminación *ante tempus* del contrato supone la aplicación de las reglas anteriormente expuestas respecto del despido. El contrato temporal se transformará en indefinido si los contratos sucesivos se prolongan durante un período de 36 meses, sin que las interrupciones duren más de 3 meses; el mismo efecto se produce cuando se suceden más de tres contratos temporales sin interrupción en un período de 3 meses.

- No se limita la causa de los contratos temporales, sino la sucesión de contratos de duración determinada.
- La regulación del despido presenta una cierta complejidad, al solaparse el Decreto Extraordinario de Relaciones Laborales, que exige autorización administrativa, con las disposiciones del Código civil frente a los despidos injustos y con la previsión de la rescisión del contrato.
- Salvo en caso excepcional de la “causa urgente” todo despido exige una autorización administrativa, o bien la intervención del juez.
- Se prohíbe la arbitrariedad del despido controlando la causa; en todo caso, el control sustancial de la causa no es muy estricto, de manera que el rigor de la protección se materializa más bien en la necesidad de un control *ex ante*.
- Como en otros países, la readmisión es una solución irreal en la mayoría de los casos, que se sustituye por una compensación económica. En la práctica, las compensaciones que establecen los tribunales para los rescisos toman en consideración la antigüedad y el salario, pero de un modo más flexible que en el caso español.

9. CONCLUSIONES GENERALES EN LA CONFRONTACIÓN CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

- En todos los casos objeto de estudio se controla la arbitrariedad del ejercicio del poder empresarial a través de la limitación de la causa. La regulación de la causa puede consistir simplemente en una proscripción de arbitrariedad, o pueden establecerse exigencias más intensas que, en definitiva, establecen una ponderación de intereses entre empresario o trabajador.
- Es relativamente frecuente que la protección se excluya o matice para los trabajadores de escasa antigüedad y para los que prestan sus servicios en microempresas. En España no operan estas exclusiones, aunque la conexión entre antigüedad e indemnización, el uso y abuso de la contratación temporal y, en menor medida, el período de prueba, producen un efecto similar en lo que refiere a la antigüedad. También en ocasiones se excluye a determinadas categorías o grupos de trabajadores como los empleados domésticos o quienes prestan determinados servicios en organizaciones de tendencia, aunque en este trabajo no se profundiza en ello.
- En todos los países estudiados, los despidos discriminatorios son automáticamente ilícitos. Asimismo, se regulan otros supuestos equiparables de despido automáticamente ilícito (como el que opera como represalia por el ejercicio de una acción judicial). Por otra parte, el despido de determinadas personas especialmente protegidas puede considerarse prohibido o aplicarse una serie de limitaciones adicionales. Todos estos condicionamientos operan al margen de las exclusiones o matizaciones derivadas de la antigüedad del trabajador o la dimensión de la empresa.
- Es difícil generalizar expectativas en la regulación legal de la causa disciplinaria y los ordenamientos suelen dejar su apreciación a la discrecionalidad del juez en cada caso concreto, resultando difícil a estos efectos una unificación jurisprudencial.
- Respecto de las causas económicas es más fácil establecer algunos criterios legales. Uno de ellos es la exigencia de amortización efectiva del puesto de trabajo, que resulta suficiente en otros países; otro más intenso, es la exigencia de que el despido sólo opere en defecto de otras medidas menos traumáticas. Las definiciones legales o jurisprudenciales de la gravedad de la situación de la empresa –como sucede en España– se plantean en algunos casos, resultando más difícil en este caso establecer certidumbres. En todo caso, el énfasis en la situación de la empresa es más importante en España (situación económica

negativa/ amenaza a la viabilidad / dificultades empresariales), mientras que otros ordenamientos se concentran más en otros factores, como la aplicación de medidas alternativas, la amortización del puesto de trabajo o la prioridad de cobertura de nuevas vacantes.

- La regulación de las causas objetivas concurrentes en el trabajador es, en general, menos precisa que en España. La posibilidad del despido por *enfermedad* –prohibido como regla general por el Convenio 158 OIT– varía significativamente de unos países a otros.
- El procedimiento para el despido individual es generalmente más exigente en los países estudiados que en España; en algunos ordenamientos se exige audiencia previa al trabajador, en otros se da especial protagonismo al comité de empresa; los plazos de preaviso son, en general, mayores y sólo se excluyen en casos excepcionales. Es muy frecuente la previsión de un “despido extraordinario” que permite omitir el preaviso y otros requisitos formales cuando la gravedad de la causa es tal que no es razonable continuar con la relación; aunque la consideración de la causa de despido extraordinario varía en los distintos países, no coincide exactamente con la figura del despido disciplinario del ordenamiento español.
- Es habitual que existan sanciones específicas para infracciones de procedimiento o que éstas se tengan en cuenta en la cuantía de la compensación. En el ordenamiento español esto no sucede, salvo en lo que refiere al preaviso del despido por causas objetivas; en el ordenamiento español el despido disciplinario permite sustraerse al plazo de preaviso incluso cuando no existe causa en absoluto, lo que no sucede en ninguno de los ordenamientos estudiados. Como consecuencia de todo ello, en el ordenamiento español, si un despido es arbitrario, la causa es insuficiente o el empresario reconoce de antemano su improcedencia (lo que es bastante frecuente incluso cuando existe causa), puede recurrirse a la figura del despido disciplinario “improcedente”, evitando así cualquier requisito de forma, cuyo incumplimiento queda sin sanción.
- El procedimiento de despidos colectivos es muy similar en todos los ordenamientos estudiados, debido lógicamente a la regulación del Derecho Comunitario; las diferencias se plantean únicamente en la determinación de los umbrales y en la interacción con instituciones nacionales previas al a transposición de la directiva. La *autorización administrativa* que se aplica en España no está prevista en ninguno de los países estudiados (en Francia desapareció a mediados de los ochenta), salvo en Holanda, donde se exige para todo tipo de despidos, excepto en los sumarios.

- En varios de los países estudiados no existen indemnizaciones legales para el despido procedente, aunque éstas pueden acordarse en el marco de las consultas relativas a los despidos productivos. La finalidad de protección social que pudieran tener estas indemnizaciones puede afrontarse alternativamente a través de las prestaciones por desempleo o de la creación de un fondo específico (esto se hace parcialmente en el ordenamiento español con las pequeñas empresas). Estas indemnizaciones también pueden cumplir la función de incentivar que el empresario sólo acuda al despido como último recurso pero, en cualquier caso, en algunos ordenamientos, la propia legislación o la jurisprudencia le obligan a ello.
- El control efectivo de la arbitrariedad empresarial depende principalmente de dos factores: la *eficacia de las sanciones para el incumplimiento* y la *presencia e influencia de los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores*.
- La readmisión se muestra en todos los países como una sanción ineficaz en la práctica (salvo en empresas de gran dimensión o en la Administración), que se termina convirtiendo en una indemnización económica. En cualquier caso, en ninguno de estos países el énfasis en la readmisión es tan disfuncional como en el ordenamiento español, en el que se “obliga” a las víctimas de despidos contrarios a derechos fundamentales a reclamar únicamente la readmisión y se permite al empresario –sin ningún control del juez– imponer la readmisión al trabajador sin su consentimiento.
- La indemnización por despido improcedente es la principal garantía jurídica frente a la arbitrariedad empresarial. En todos los ordenamientos estudiados, su modo de cálculo es mucho más flexible que en el caso español (donde sólo se considera el salario y la antigüedad), lo que facilita tomar en consideración algunas circunstancias, como el comportamiento de las partes, el grado de insuficiencia de la causa, el cumplimiento de los trámites procedimentales o la dimensión de la empresa. Esto produce una mayor incertidumbre tanto para el trabajador como para el empresario, pero que se ve limitada para este último a través del establecimiento de topes máximos.
- Como consecuencia de este énfasis en la antigüedad, la cuantía de la indemnización en el ordenamiento español es, en términos comparativos, muy elevada para los trabajadores que lleven muchos años trabajando en la empresa. En cambio, puede ser muy reducida para los trabajadores de poca antigüedad, aunque ciertamente en algunos países es preciso contar con un tiempo determinado de servicios en la empresa para acceder a la protección del despido.

TABLA RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES EXAMINADOS

	Reino Unido	Francia	Italia	Alemania	Austria	Dinamarca	Holanda
Causa	Comportamiento razonable del empleador	Causa real y seria	Justa causa o motivo justificado	Socialmente justificado	Socialmente justificado	Causa razonable	Causa razonable
Exclusiones causa (salvo) categorías específicas	Antigüedad 1 año	No	No	Empresas - 10 trabajadores Antigüedad -6 meses	Empresas -6 trabajadores Antigüedad -6 meses	Trabajadores de cuello azul sin cobertura de la neg. colectiva	No
Procedimiento individual	Audiencia al trabajador en comp. razonable Comunicación escrita con motivos a partir de 1 año ant. o temporales	Audiencia al trabajador Comunicación escrita con motivos	Por escrito indicando motivos	Intervención relevante del comité de empresa	Intervención relevante del comité de empresa	Poco regulado. Control posterior del sindicadoto	Autorización administrativa rescisión judicial salvo extraordinario
Preaviso	De 1-12 semanas según antigüedad desde 2 meses	Costumbre o 1 mes o 2 meses, según antigüedad salvo extraord.	Si. Convenio, costumbre o equidad salvo extraord.	4 semanas - 7 meses, según antigüedad salvo extraord.	6 semanas-5 meses (cuello blanco) 14 días (cuello azul) o convenio. Salvo	Variable en función de categoría y sector Salvo extraordinario	1 mes - 4 meses en función de antigüedad

Garantías adicionales despido col.	No	Plan de salvaguarda del empleo Preferencia vacantes	Periodo de consultas largo vacantes Preferencia vacantes	Plan social	Plan social a demanda del comité	Régimen especial 50% trabajadores empresas +100	Autorización administrativa
Indemnización despido procedente	Sólo <i>económico</i> : 7 días de salario / año desde 2 años varía con edad	Todos: 3-6 días /año según casusa varía con antigüedad	Todos: aprox. 27 días / año + fondos públicos	No legales Pactadas en planes sociales	Fondo público en función de cotización	Sólo si se pactan	Sólo si se pactan o en rescisión judicial no imputable al t/dor
Readmisión despido improcedente	Decide el trabajador con control del juez	Decide el juez Microempresas excluidas Nulo: decide el trabajador	-Empresa pequeñas: decide el empresario -Resto de empresas: decide el trabajador + indemniz. <i>mínimo</i> de 5 meses	Regla general teórica salvo acuerdo Control del juez	Regla general teórica + Salario de tramitación - ganancias trabajador	Decisión del juzgador si no hay acuerdo	Decide el trabajador con control del juez

Indemnización despido improcedente	7 días /año/varia edad + Daños y perjuicios con tope legal + 26-52 semanas de salario de sanción por no readmisión +/- 0-25% comport. partes	Daños con tope mínimo de 6 meses de salario (microempresas sin tope) + precedente + procedimiento (1 mes o daños en microemp.)	27 días proced + -Empresas pequeñas: 2-6 meses en función de circunstancias diversas -Resto de empresas: 15 meses salario	Máximo 12 meses salario	Sin condicion. Legales	Máximo 52 semanas de salario (78 semanas o 24 meses en otros supuestos)	Tope máximo de 1 año para empleados de elevados ingresos Pautas judiciales (30 días/año) con aumento por imputación al empresario y variaciones edad
Contratos temporales despido col.	Causa + límite de 4 años para sucesivos	Causa + indemniza. rigurosa	Causa + lim 36 meses sucesivos	Libertad de la causa hasta dos años Límite	No límites causa Límites encadenamiento	Regulación escasa, pero transposición Directiva	No límites causa. Límites encadenamiento y duración máxima 36 meses

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale, Cacucci Editore, Torino, 2001.
- AAVV (dir. Katherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), *La rupture du contrat de travail en droit français et allemande*, Centre d'Étude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail, Université Nancy 2, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007.
- CARINCI, F., "Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori" *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2003.
- DÄUBLER, W., *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1994.
- FAVENNEC-HÉRY, F., *Droit du Travail*, 2ª Ed., LGDJ, Paris, 2009.
- GAROFALO, M.G., "La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 1990.
- GHERA, E., *Diritto del Lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2000.
- GRUND, C., "Severance payments for dismissed employers in Germany", *European Journal of Law and Economics*, vol 22, n° 1, 2006.
- HONEYBALL, S., *Honeyball & Bowers Textbook on Employment Law*, Oxford University Press, 10ª Edición, 2008.
- MALO, M.A., TOHARIA, L., "Costes de despido y legislación laboral en Europa: ¿qué podemos aprender de las comparaciones internacionales?", *Cuadernos de Información Económica*, n° 150, 1999.
- NUMHAUSER-HENNING, A., "Fixed-term work in nordic Labour Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 18/3, 2002.
- ROCCOLA, M., *Manuale di Diritto del Lavoro*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- VAN PEIJPE, T., *Employment Protection under Strain: Sweden, Denmark, the Netherlands*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n° 33, 1998.

Bases de datos de organismos oficiales en Internet:

- *Emire*. Glosario sobre relaciones laborales en Europa en el marco de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo:

<http://www.eurofound.europa.eu/emire/emire.htm>

- *Eiro*. Observatorio sobre relaciones laborales en Europa en el marco de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo:

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/>

- *Eiro*. Informe específico (general y por países) sobre despidos económicos y costes del despido económico

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/thematicfeature12.htm>

- Base de datos sobre extinción de la relación de trabajo en el marco de la OIT

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/>

Legislación en Internet en fuentes oficiales:

Francia: <http://www.legifrance.gouv.fr>

Reino Unido: http://www.opsi.gov.uk/legislation/about_legislation

Comentarios de Jurisprudencia

