

La Reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad

Comunicación - XXIII Jornades Catalanes de Dret Social

Alexandre de le Court

Àrea de Dret del Treball i de la Seguretat Social

Universitat Pompeu Fabra

I. Exposición de motivos y objetivos de la reforma

En la exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2012, se presenta como objetivo de las medidas del Capítulo IV (reforma de varios artículos relativos al despido) “favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”. Prosigue la argumentación, exponiendo que la ineficiencia del mercado de trabajo español está vinculada a la acusada rotación y la segmentación provocada por la falta de flexibilidad interna, afectando a los trabajadores indefinidos mediante despidos.

Ahora bien, después de haber planteado el problema del mercado en estos términos, explica que para ayudar a solucionarlo, es decir, si se entiende la argumentación tal como está expuesta, para que la ineficiencia del mercado afecte menos a trabajadores “mediante despidos”, el Real Decreto recoge una serie de medidas flexibilizando las causas de despido objetivo y disminuyendo las indemnizaciones por despido improcedente.

La incongruencia entre lo que se plantea y lo que se consigue nos invita a cuestionar otras motivaciones de los cambios introducidos.

Así, en el mismo capítulo, el Gobierno afirma que “las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos”. Además de darnos una pista sobre lo que el redactor de la norma entiende por eficiencia del mercado de trabajo (asumiendo por un lado que el coste del despido afecta la eficiencia del mismo, cuando al principio del capítulo identificaba la falta de flexibilidad interna como el núcleo del problema, y añadiendo por otra parte un elemento de competitividad con otros países europeos, reforzando a nuestro parecer las teorías sobre el dumping social en el seno de la Unión Europea), el Gobierno justifica su reforma por rebajar la protección contra el despido a niveles “más

Europeos”, refiriéndose sobre todo a la disminución de la indemnización por despido improcedente (cuando la verdadera disminución del coste del desempleo se debe a la liberalización de las causas por despido objetivo).

El argumento reviste también importancia por el uso político que se hace del mismo para justificar la supresión de toda una serie de garantías que el trabajador seguía teniendo, a pesar de la puerta abierta por la reforma de 2010.

Ahora bien, en una perspectiva de comparación jurídica, no se puede reducir una institución (en nuestro caso, la protección contra el despido) a un mero aspecto cifrado. Lo que está haciendo el Gobierno, es importar a nivel español un aspecto de una institución, sin tener en cuenta ningún elemento de contexto, tan relativo a la institución misma (protección contra el despido) como relativo al contexto en el cual se inscribe (protección contra el desempleo, flexibilidad interna,...). Además, en referirse la argumentación política y jurídica de la reforma al entorno europeo, se tiene que analizar la misma a la luz de los objetivos de la Unión Europea en materia de protección contra el desempleo. Esta última pretende, a través de la Estrategia 2020, profundizar el modelo de flexiguridad, lo que supone una modernización y un reforzamiento de los sistemas de soporte e acompañamiento de los desempleados.

Partiendo de estas constataciones, la presente comunicación se propone analizar la protección contra el despido en algunos países de nuestro entorno. Se han escogido 3 países que se caracterizan por la relativa resistencia que opuso su mercado laboral a la crisis (como elemento de contribución a la definición de la noción de eficiencia del mismo). El paisaje así retratado permitirá valorar los cambios introducidos por el capítulo IV del Real Decreto-Ley 3/2012 desde una perspectiva comparada que tenga en cuenta diversos elementos de la institución compleja que es la protección contra el despido, en lugar de reducir la comparación a un concepto tan simplificador como el coste que supone producir y que no podría servir en sí de fundamentación jurídica de la norma. También se hará, una breve referencia a la protección contra el desempleo, como vertiente “seguridad” del modelo de flexiguridad en el cual toda reforma del despido se tendría que insertar. Debido al formato de este trabajo, no se entrará en consideraciones sobre las llamadas políticas activas de empleo, aunque se hará una breve comparación al respecto en las conclusiones.

II. Alemania: proporcionalidad e implicación de la representación de los trabajadores

Despido individual

En Alemania, el despido se regula en la Ley de Protección contra el Despido de 10 de Agosto de 1951, o *Kündigungsschutzgesetz*, que afirma en su artículo 1.1 que la extinción de la relación laboral de un trabajador “socialmente injustificada” no tiene efecto jurídico. En declarar la ausencia de efecto jurídico del despido sin causa, la legislación alemana no diferencia entre nulidad e improcedencia del mismo, atribuyéndole en todos los casos las consecuencias de una declaración de nulidad radical¹. Esto quiere decir que la única consecuencia de la ausencia de causa es la obligación para el empresario a readmitir el trabajador “socialmente injustamente” despedido². Ahora, bien, si la única consecuencia es la obligación de readmisión, las partes suelen llegar a acordar una indemnización compensadora. Esta última, al no estar regida por ninguna disposición legal, suele depender de la antigüedad y de las probabilidades de las partes de ganar el pleito. Diferentes fuentes indican que en caso de incertidumbre total sobre el resultado del proceso, la compensación suele elevarse a 15 días por año trabajado, pero en muchos casos, dependiendo también del interés del empresario en deshacerse del trabajador en cuestión, se eleva a un mes por año, y no es totalmente excepcional ver compensaciones de 2 ó 2 meses y medio por año trabajado. La ley también prevé mecanismos para que el juez sustituya, en algunas circunstancias, la obligación de readmisión por una indemnización “apropiada”, con un tope de 12 meses de salario, o más para trabajadores más mayores y con más antigüedad³.

¹ Jesús Martínez Girón, La Protección contra el Despido, in Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Leyes Laborales alemanas*, Netbiblo, La Coruña, 2007, 61

² La readmisión puede ser condicionada (es decir, efectiva una vez haya un sentencia firme) o provisional, a la espera de una sentencia, si el trabajador lo pide y el juez, de manera interlocutoria, estima que las desventajas que padece el trabajador al ser alejado de su puesto de trabajo sobrepasan el interés del empresario a no emplear al trabajador durante el proceso de despido, teniendo en cuenta que el interés del último ha de ser considerado más fuerte y más urgente, preeminencia que desaparece en caso de sentencia en primera instancia, aunque todavía no sea firme. Ver Jesús Martínez Girón, La Protección contra el Despido, in Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, *Leyes Laborales alemanas*, Netbiblo, La Coruña, 2007, 66-67

³ Arts. 9 y 10 Ley de Protección contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 10 de agosto de 1995.

En cuanto a las causas, se refieren a la persona del trabajador (lo que se podría comparar con la ineptitud sobrevenida), a su conducta (despido disciplinario) y a necesidades empresariales urgentes. A todas las causas se les aplica el principio de proporcionalidad, considerado como un elemento esencial del concepto de justificación social del despido. Esto implica, entre otros, de manera particular, que el empresario tiene que probar que el despido es la *ultima ratio*, por ejemplo, que el trabajador no puede ser empleado en un puesto comparable de la empresa, o en un puesto diferente con costes de formación razonables. Pero implica, de manera general, que el juez proceda a hacer el balance de los intereses de las partes, teniendo un papel importante en la calificación del despido⁴.

Las necesidades empresariales urgentes pueden ser basadas primero en circunstancias externas a la empresa. En este caso el empresario tiene que probar, no sólo estas circunstancias, que generalmente serán económicas (pérdida de beneficios etc.) sino también que están directamente relacionadas con la necesidad de suprimir el puesto de trabajo en cuestión. Sin embargo, estas necesidades también pueden ser basadas en decisiones empresariales relacionadas con la organización de la empresa (introducción de nuevas tecnologías, métodos de producción, *outsourcing*,...), en cuyo caso el juez tiene que respetar el poder discrecional del empresario, y sólo puede entrar en el análisis del posible carácter manifiestamente irrazonable, subjetivo o arbitrario de la decisión⁵, sin perjuicio de la aplicación de las consecuencias del carácter de *ultima ratio* del despido⁶. De todos modos, en ambos casos, el empresario tiene la obligación suplementaria de tener en cuenta en la llamada “selección social” del trabajador a despedir, circunstancias como la antigüedad, la edad, las cargas familiares y la discapacidad, debiendo despedir primero los trabajadores con menos necesidades de protección social. El trabajador despedido por causa relacionada al empresario tiene derecho a una indemnización de ½ mes por año trabajado. Además, y de manera general, el artículo 622 del Código civil prevé períodos de preaviso que van de 1 mes (hasta el final del mes siguiente) para trabajadores con una antigüedad de hasta 2 años o en empresas de menos de 25 trabajadores, a 7 meses para trabajadores con una antigüedad de 20 años.

⁴ Achim Seifert y Elke Fünken-Hötzl, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 25, Number 4, Summer 2005, pp. 487-518.

⁵ Stefan Lingeman, Robert von Steinau-Steinrück y Anja Mengel, *Employment & Labor Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2003, 31; Manfred Weiss y Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4a edición, Wolters Kluwer, 2010, 128

⁶ Tampoco se puede olvidar que el comité de empresa está involucrado en muchas de estas decisiones a través de procedimientos de consulta

Además, esta protección se ve modulada por muchos convenios colectivos, en los cuales se acuerdan períodos de preaviso o indemnizaciones más generosas, protección absoluta de ciertas categorías de trabajadores contra el despido, o van hasta contener la renuncia del empresario a recurrir a despidos económicos en cambio de rebajas salariales u otras concesiones por parte de los trabajadores⁷.

El comité de empresa también juega un papel en el despido. La Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*) de 15 de enero de 1972, que regula los comités de empresa, prevé en su artículo 102 una competencia de “cogestión” en el despido, consistente en un procedimiento de información y consulta⁸, a través del cual el comité puede oponerse al despido, por razones definidas en la Ley. En caso de oposición no manifiestamente infundada del comité, el trabajador puede pedir ante el juez la readmisión provisional a la espera de una sentencia definitiva. La oposición del comité de empresa también es necesaria para contestar el despido en base a las posibilidades de recolocación dentro de la empresa⁹.

Ahora bien, un elemento importante a tener en cuenta en este sistema de protección, es que no se aplica a empresas de menos de 10 trabajadores¹⁰, excepción controvertida pero considerada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como justificada por la situación y los problemas específicos de las mismas¹¹. A estos trabajadores se les aplica el derecho civil interpretado a la luz de la Constitución. Así, la misma sentencia del Tribunal Constitucional declara la obligación del empresario de respetar un nivel de protección social mínima al despedir, habiendo de tener en cuenta, entre otras cosas, las expectativas del trabajador en la continuación de una relación de trabajo de cierta duración. En todo caso, se tienen que respetar los períodos de preaviso del art. 622 del Código civil, y se aplican las disposiciones de protección del empleo en materia de discriminación o para ciertas situaciones (embarazo, permiso parental, discapacidad, representación de trabajadores, etc.)

Finalmente la mayor parte de la Ley de Protección del Despido se aplica a partir del séptimo mes de la relación laboral, instituyendo un período de prueba *de facto* de 6 meses.

⁷ Achim Seifert y Elke Fünken-Hötzel, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 25, Number 4, Summer 2005, pp. 503-504.

⁸ La ausencia de información y consulta del comité entraña la “nulidad” del despido

⁹ Art. 1.2 Ley de Protección contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 10 de agosto de 1995.

¹⁰ Art. 23 Ley de Protección contra el despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 10 de agosto de 1995.

¹¹ Sentencia de 27 de enero de 1998, 1 BVL 15/87, citada por Achim Seifert y Elke Fünken-Hötzel, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volumen 25, nº 4, Summer 2005, p. 495

Despido colectivo

La legislación alemana en materia de despido colectivo, contenida en la Ley de Protección contra el Despido (artt. 17 y siguientes) y la Ley de Organización de la Empresa (artt. 111 y siguientes).

Las reestructuraciones en las empresas, entre las cuales se incluye el despido colectivo, se organizan en torno al concepto legal de “modificaciones del centro de trabajo que puedan tener como consecuencias perjuicios esenciales para la plantilla o partes relevantes de la plantilla”. Cuando se planifica tal cambio, e incluye despidos, se tiene que consensuar un plan social entre el comité de empresa y el empresario en paralelo con el periodo de información y consulta, regulado en la línea de la Directiva 98/59/CE, que puede abocar en una “conciliación de intereses” o arreglo económico (*Interessenausgleich*). La “conciliación de intereses” es un acuerdo que versa sobre elementos como las razones del cambio sustancial, criterios para la selección de los empleados a despedir, medidas de reducción del tiempo de trabajo, creación de una empresa de recolocación,... En caso de ausencia de acuerdo entre el empresario y el comité de empresa, se prevé un procedimiento de conciliación, pero no de arbitraje, de tal manera que el primero tiene la última palabra sobre las medidas a tomar. Sin embargo, el empresario tiene la obligación de negociar de manera seria y sólo puede apartarse de la regulación aplicable (indemnización en caso de despido, cambios en los contratos, etc.) si motiva suficientemente su decisión¹². En todos los casos, siguen aplicables las reglas y principios en relación con la causalidad del despido¹³, las indemnizaciones, los períodos de preaviso (además del hecho que durante el período de consultas, los despidos se encuentran congelados) etc.

Respecto a la cobertura por desempleo como elemento de la seguridad

Se tiene que haber trabajado 12 meses en los 2 años precediendo la situación de desempleo. El subsidio se eleva a 60% de salario (67% en caso de tener hijos), y se tiene derecho al subsidio durante 6 a 32 meses en función de los períodos de cotización y la edad.

¹² Las negociaciones sobre el plan social, al contrario, se rige por criterios más afines al principio de co-determinación. La falta de acuerdo entre las partes sobre el contenido del mismo se resuelve mediante arbitraje obligatorio

¹³ En este contexto, se puede ordenar la readmisión si las circunstancias a la base del despido han cambiado durante el juicio, como por ejemplo una mejora de la situación económica de la empresa.

Al terminar la duración del derecho a subsidio, el desempleado tiene derecho a una protección por desempleo que se podría llamar asistencial (*Arbeitslosengeld II*), dependiendo de los ingresos y las necesidades del desempleado de larga duración. Constituye en un subsidio fijo por persona (aumentado en función de las personas a cargo), además de una vivienda “adecuada”, de cierta manutención y de la asistencia sanitaria. En ciertos casos, esta prestación asistencial se puede combinar con un salario, en cuyo caso parte de este último (entre 80% y 90% menos 100 €) se ve disminuido por la prestación, a favor del empresario.

En resumen

Este breve análisis nos permite hacer aparecer tres rasgos dominantes del sistema de protección contra el despido de la economía presentada como la más potente de la Unión. Primero el sistema tiene un carácter negociado importante, no sólo a nivel de la terminación negociada de la relación de empleo, pero también a nivel de la determinación de elementos de protección a través de los convenios colectivos. Segundo, la representación colectiva también tiene un papel en el despido, y no sólo de los trabajadores protegidos, y su intervención puede condicionar el alcance de la tutela judicial en materia de despido individual. Finalmente, está caracterizado por principios, como la proporcionalidad, que dan herramientas a los jueces para entrar en consideraciones de oportunidad sobre las decisiones empresariales¹⁴.

III. Francia: libertad de los tribunales en la calificación de las causas

Despido individual

El artículo L. 1232-1 del Código del Trabajo exige una causa real y seria (*cause réelle et sérieuse*) tanto para el despido por razones personales como el despido por razones económicas, las dos clases de despidos legalmente previstas. La ley también prohíbe una serie de despidos, la sanción de los cuales es la nulidad.

En caso de despido sin causa real y seria, el juez puede proponer la reintegración. En caso de oposición de una de las partes, se debe al trabajador una indemnización que tendrá un mínimo de 6 meses de salario (el trabajador puede obtener una

¹⁴ No se puede hablar del modelo de empleo en un contexto de crisis sin hacer referencia al hecho de que muchos analistas atribuyen la resistencia del mercado de empleo a las crisis al principio de *Kursarbeit*, según el cual el gobierno financia 67% de la pérdida de salario neto del trabajador en caso de reducciones salariales temporales en el contexto de expedientes de regulación temporales, además de la diferencia en el nivel de contribución del trabajador.

indemnización superior si consigue probar un perjuicio superior), sin perjuicio de la indemnización debida, en su caso, por el despido procedente correspondiente, incluyendo una indemnización en caso de preaviso no prestado¹⁵. No se deben salarios de tramitación, pero cabe subrayar que el juez puede condenar al empresario a indemnizar el servicio de desempleo para compensar el importe de las prestaciones de desempleo abonadas al trabajador durante la espera del juicio o antes de una eventual acuerdo entre las partes, con un máximo de 6 meses¹⁶.

Ahora bien, los artículos sobre los efectos de la ausencia de *causa real y seria* no se aplican en empresas de menos de 11 trabajadores, o cuando el trabajador tiene menos de 2 años de antigüedad¹⁷. Sin embargo, estos trabajadores pueden pedir en aplicación de los principios generales, una indemnización por el perjuicio sufrido, que puede llegar a 6 meses de salario si el juez precisa que corresponde al perjuicio causado por el despido. Se considera que la ausencia de *causa real y seria* crea por sí mismo un perjuicio¹⁸.

La noción de *cause réelle et sérieuse* no tiene definición legal, ni jurisprudencial, en la medida que la *Cour de Cassation* siempre ha rechazado pronunciarse claramente sobre la misma. Según la doctrina, por “real” se entiende que la causa debe ser objetiva (tiene que ser verificable y referirse a hechos precisos), existente y cierta (no puede ocultar otra causa). La noción de seriedad implica que la causa ha de revestir cierta gravedad, imposibilitando una continuación del empleo sin perjuicio para la empresa y haciendo el despido necesario¹⁹.

Al contrario del despido por razones personales, en el caso del despido por razones económicas, la ley define con un poco más de concreción la causa. Según el artículo L. 1233-3 del código del Trabajo, se trata el despido por razones económicas es el despido “fundado en motivos no inherentes a la persona del trabajador, resultando de la supresión o transformación del trabajo o de la modificación de un elemento esencial

¹⁵ Art. L1235-3 Código del Trabajo; en caso de despido improcedente nulo por falta de presentación de plan de recolocación a los representantes de los trabajadores, la indemnización tendrá que tener un mínimo de 12 meses de salario (Art. L.1235-11 Código del Trabajo)

¹⁶ Art. L1235-4 Código del Trabajo; En relación con este tema, se puede hacer referencia a la voluntad del legislador español de evitar la mutualización de las consecuencias de la decisión del empresario que expresa en relación con la limitación de la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el resarcimiento de parte de la indemnización por despido procedente, pero que no parece preocuparle tanto cuando utiliza como argumento a favor de la supresión de los salarios de tramitación, la posibilidad para el trabajador de cobrar las prestaciones de desempleo a la espera de la sentencia.

¹⁷ Art. L1235-5 Código del Trabajo

¹⁸ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 491.

¹⁹ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 536-540

del contrato de trabajo rechazada por el trabajador, consecutivas, entre otras cosas, a dificultades económicas o a cambios tecnológicos”.

La combinación de esta definición y de la noción de causa seria y real tiene diferentes consecuencias.

Primero, las dificultades económicas tienen que tener cierta gravedad, y el juez tiene que valorar la realidad de la situación económica alegada. Así se considera generalmente que tiene que presentarse una disminución persistente²⁰ e importante de la facturación por la empresa o todo el sector de actividad si hace parte de un grupo. En estos casos, el juez parece limitarse (con algunas excepciones) a hacer un control marginal, limitándose a averiguar la gravedad y la realidad de las dificultades económicas alegadas. Sin embargo, en caso de despidos ligados a reorganizaciones, el empresario tiene que probar que la reorganización es necesaria para aumentar la competitividad en el sector de actividad y enfrentarse de manera eficaz a la competencia, el juez habiendo de entrar en consideraciones sobre la oportunidad, o, más precisamente, la necesidad, de la medida. Según el Tribunal de Casación, de no hacerlo se abriría la puerta a la arbitrariedad de los despidos, dado que estas decisiones dependen únicamente de la voluntad del empresario²¹.

Segundo, el empresario tiene que probar también la existencia de un doble vínculo de causalidad. El primero entre el despido y la supresión o transformación del empleo, y el segundo entre la supresión y la causa económica. El primero crea para el empresario una obligación de recolocación del trabajador (consagrado en el artículo L1233-4 del Código del Trabajo, que integra también el principio de *última ratio*), incluyendo una obligación de formación si existen puestos de trabajo necesitando una adaptación del trabajador afectado. El segundo implica que las dificultades económicas no pueden ser debidas a decisiones de una levedad reprochable por parte del empresario o que la reorganización causando despidos tiene que prevenir

²⁰ No parecen tenerse en cuenta períodos de menos de un año. La noción contable de “chiffre d'affaires” (facturación), concepto utilizado por la jurisprudencia, implica que se tomen en cuenta las ventas de todo el ejercicio contable. Se puede contrastar con las dificultades contables que provoca la referencia en la nueva regulación española a la unidad trimestral para concretar la noción de “persistencia” de la dificultades. A este respecto, conviene citar la sentencia de 8 de junio de 2005 de la sala social de la *Cour de Cassation*, *recueil de Jurisprudence de la Cour de Cassation*, 2005, nº 822, que rechazo la disminución de la facturación durante dos años.

²¹ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 605

consecuencias negativas sobre el empleo, además de poder mejorar la competitividad para la prevención de consecuencias económicas²².

La indemnización en caso de despido con causa real y seria, excepto en caso de falta grave del trabajador, se determina por vía reglamentaria, y se eleva a 1/5 de mes (6 días) de salario por año trabajado (a partir de un año de antigüedad) más 2/15 de mes por año de antigüedad superior a 10 años²³. Convenios colectivos suelen prever indemnizaciones más favorables, tanto en su importe como en las condiciones de acceso y cálculo²⁴. Además, se tiene que respetar un preaviso de 1 mes si el trabajador tiene una antigüedad de 6 meses a 2 años, y de 2 meses para antigüedades superiores a 2 años. La inobservancia del mismo da derecho a una indemnización equivalente al salario correspondiente.

Despido colectivo

Finalmente, la regulación del despido colectivo sigue los principios de la Directiva 98/59/CE, introduciendo un sistema de información y consulta específico para despidos de 2 a 9 personas en un periodo de 30 días, que por ser los afectados inferior a 10, no puede ser calificado legalmente de despido colectivo²⁵. En caso de despido de más de 10 personas, el periodo de consultas tiene como objeto no sólo las causas del despido y los criterios de selección de los trabajadores a despedir, pero también un plan de salvaguardia del empleo (*plan de sauvegarde de l'emploi*) en empresas de más de 50 trabajadores, que tiene que incluir, entre otras cosas, un plan de recolocación. El contenido del corrientemente denominado plan social está sometido a control judicial, la *Cour de Cassation* habiendo desarrollado criterios de calidad mínima del mismo²⁶. La necesidad de autorización administrativa de los despidos colectivos fue suprimida en 1986. Su intervención se limita a emitir un informe si estima que hay irregularidades en la decisión del empresario, en el procedimiento o en relación con el plan social, informe que el empresario tiene la obligación de contestar antes de poder proceder a los despidos. Ahora bien, a través

²² Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 607-608.

²³ Art. R.1234-2 del Reglamento de desarrollo del Código del Trabajo

²⁴ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 631-632 ; Françoise Favennec-Héry y Pierres-Yves Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 2007, 455

²⁵ Art. L.2325-15 y 2313-7 C.ódigo del Trabajo ; Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 570-573 ;

²⁶ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 201, 590 ; Sergio Canalda y Alexandre de le Court, « La empleabilidad dentro de la flexiseguridad : Reflexión comparada sobre los planes de acompañamiento social”, comunicación presentada en las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, <http://www.iuslabor.org>

del manejo de fondos de ayuda y competencias en materia de seguimiento de los planes sociales, tiene cierta influencia de hecho sobre las decisiones en materia de despidos colectivos²⁷. Por lo demás, siguen aplicables las reglas generales en materia de despido por causa económicas, lo cual permite el control del juez. Este último se ve reforzado en cuanto a la elaboración, el contenido y la ejecución del plan social, en relación con los cuales la Ley prevé motivos de nulidad de los despidos, y los trabajadores tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales en procedimiento provisional y de urgencia.

No se puede acabar la descripción de los rasgos importantes de la regulación del despido en Francia sin mencionar algunos mecanismos legales que abiertamente se presentan como mecanismos de prevención de los despidos. Este punto reviste cierta importancia en la medida que la Unión Europea, en materia de reestructuración de empresas, ha acabado poniendo el énfasis en la anticipación, entre otros motivos algunos relacionados a la preservación del empleo²⁸. Así, en las empresas de más de 300 trabajadores, el empresario tiene la obligación de informar anualmente el comité de empresa sobre las previsiones de los próximos años en materia de empleo, y consultar el comité cada tres años la estrategia de la empresa y sus efectos sobre el empleo y la creación de medidas de gestión previsional del empleo y de las competencias y eventuales medidas de acompañamiento. También tiene que informar y consultar el comité de empresa sobre todos los proyectos de reestructuración, incluso cuando todavía no incluye un proyecto de despido colectivo²⁹.

Respecto a la cobertura por desempleo como elemento de la seguridad

El derecho a subsidio de desempleo (llamado *allocation de retour a l'emploi*, o “subsidio para la vuelta al empleo”) presupone un período previo de cotización de 4 meses en los últimos 28 meses (36 meses para los mayores de 50 años). El subsidio se calcula según la fórmula más favorable al beneficiario: 57,4% del salario o 40% del salario más unos 330 € por mes, con un mínimo de unos 800 € al mes y un tope de 75% del salario de los últimos 12 meses de empleo. Tiene una duración de entre 4 y 2 años, y es igual a la duración del período de cotización previa al desempleo (con un máximo de 3 años para los mayores de 50 años a la pérdida del empleo).

²⁷ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 581

²⁸ Libro Verde, “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? » SEC(2012) 59 final

²⁹ Jean Pélissier, Gilles Auzero y Emmanuel Dockès, *Droit du Travail*, 25ª ed., Dalloz, Paris, 2010, 568-569

Al acabar la prestación, se puede cobrar un subsidio asistencial, con tipos más bajos, pero con una ayuda de vivienda garantizada y posibilidades de combinarlo con un salario bajo ciertas condiciones en caso de vuelta al empleo.

En Resumen

El sistema francés se caracteriza por la indefinición legal de las causas, dejando así un margen de apreciación bastante amplio a los jueces, que parecen actuar con bastante deferencia hacia los poderes empresariales, al mismo tiempo que tienen como objetivo evitar la arbitrariedad en el despido económico, permitiéndose entrar en el control de la oportunidad de ciertas decisiones empresariales. Esta consideración se tiene que inscribir en el contexto del carácter lego de los *conseils des prud'hommes*, la jurisdicción social de primera instancia, compuesta de representantes de las partes sociales.

IV. Países Bajos: tutela preventiva del poder empresarial

Despido individual

El sistema holandés de protección contra el despido se parece en parte a los otros sistemas, en la medida que se basa en la causalidad del despido, clasificando las causas en causas relacionadas con el trabajador y causas económicas y/o organizativas. Pero es el único sistema en Europa en el cuál el empresario no goza de la autotutela de su decisión, excepto durante el período de prueba, en caso de acuerdo con el trabajador, quiebra o falta grave del trabajador. Existen dos posibilidades. Primero, las causas pueden ser verificadas de manera preventiva por la autoridad laboral (más particularmente, el servicio administrativo igualmente competente en materia de colocación de demandantes de empleo) que tiene que autorizar el despido para que el empresario pueda proceder al mismo. Segundo, el empresario tiene la posibilidad de pedir la rescisión del contrato en sede judicial. El sistema se aplica a todas las empresas, sin consideraciones de tamaño u otras circunstancias³⁰.

En caso de autorización administrativa, las causas están definidas en una Orden Ministerial (llamada *Ontslagbesluit*, o Orden sobre el despido) de desarrollo del Decreto Extraordinario sobre Relaciones Laborales de 1945 (*Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945*). Las causas pueden dividirse en causas económico-

³⁰ Antoine T.M. Jacobs, *Labour Law in The Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, 100

empresariales y otras (relacionadas con el trabajador). La autoridad administrativa tiene que comprobar si el despido es razonable, teniendo en cuenta las posibilidades e intereses tanto de la empresa como del trabajador³¹. También puede tener en cuenta otros intereses si la normativa lo especifica.

En materia de despido económico, el artículo 4.1 de la Orden de despido precisa que el empresario tiene que probar (además de la razonabilidad de la medida), que la situación de la empresa hace necesaria la supresión del o de los puestos de trabajo afectados (esta prueba no tiene que ser aportada en caso de acuerdo con los representantes de los trabajadores). En caso de despido plural o colectivo, la Orden obliga al empresario a despedir a los trabajadores con menos antigüedad, respetando una proporcionalidad entre los diferentes grupos de edad, salvo prueba de que los trabajadores afectados tienen un cierto valor para la empresa. La autoridad laboral hace llegar su decisión después de un período medio de unas seis semanas. El empresario no puede apelar la decisión de la autoridad, pero puede volver a presentar una solicitud. El trabajador, en caso de desacuerdo con la decisión de la autoridad administrativa, puede recurrir al juez para que declare el despido “manifiestamente sin causa”³². El trabajador no tiene derecho a indemnización, pero se tiene que respetar un período de preaviso (una vez dada la autorización y haber formalizado el despido) de 1 (con una antigüedad de menos de 5 años) a 4 meses (antigüedad de más de 15 años)³³.

Para 2009, de las 48.011 solicitudes tratadas por la autoridad laboral competente, 76% fueron acordadas (75% de las solicitudes por razones económicas, que forman 84% de las solicitudes, de las cuales 23% lo son por despido colectivo – a partir de 20 trabajadores), 8% denegadas y 16% retiradas por el propio empresario³⁴.

El empresario también se puede dirigir al juez para que rescinda el contrato por “razones serias” (*gewichtige redenen*), que se dividen en dos categorías: las razones urgentes, que dan derecho a poner fin al contrato sin preaviso, pero que el empresario puede someter al control del juez para más seguridad, y los cambios de circunstancias de tal carácter que hacen justo o equitativo que se rescinda el contrato. En este caso, en materia de causas económicas, el juez puede valorar el carácter necesario del despido en relación con la situación de la empresa. Ahora bien, parece que este

³¹ Art. 3 Orden sobre el Despido

³² Antoine T.M. Jacobs, *Labour Law in The Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, 102

³³ Art. 7:672 Código Civil

³⁴ Fuente: Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/06/16/jaarrapportage-ontslagstatistiek-2009.html>

procedimiento reviste un carácter bastante formal. El juez no entra mucho en consideraciones de oportunidad, y se limita a proteger categorías especiales de trabajadores o evitar despidos manifiestamente sin causa³⁵. Sin embargo, la sintonía del juez con la decisión del empresario se hace sentir sobre todo en la indemnización acordada al trabajador, que suele ser proporcional a la responsabilidad e intereses de las partes en el despido³⁶. El modo de cálculo de esta indemnización no está fijado por la ley, pero se ve determinado por directrices elaborados por la junta de jueces de distrito (*kantonrechter*), competentes en la materia, que elabora la llamada “fórmula de jueces de distrito” (*kantonrechttersformule*). Esta fórmula consiste en la multiplicación del salario por un factor vinculada a la antigüedad (trabajadores de menos de 35 años: 0,5 por año trabajado; entre 35 y 45: 1 por año trabajado; entre 45 y 55: 1,5; y más de 60: 2) y otro factor llamado factor correctivo, teniendo en cuenta la posición del trabajador en el mercado de trabajo, así como el grado de culpabilidad de las partes (el factor varía entre 0 – el trabajador no tiene derecho a indemnización – y 2). Así según la fórmula, la indemnización puede ir hasta 4 meses por año trabajado, aunque tal situación requiere circunstancias extremadamente excepcionales. Ahora bien, para 2009, en 28% de los casos, los jueces no siguieron la fórmula y basaron el cálculo de la indemnización en argumentos propios, basado en el principio de equidad, acordando en general una indemnización más favorable que si se hubiera aplicado la fórmula. En el último caso, se acordó un media de 1,35 del salario mensual por año trabajado (0,74 para los menos de 35 años)³⁷.

Para 2009, de las “peticiones” de terminación del contrato de trabajo indefinido, 33% fueron demandas de rescisión presentadas ante el juez, y 67% solicitudes de autorización administrativa³⁸. No se han encontrado estadísticas de terminación por mutuo acuerdo o despido por razones urgentes.

En caso de despido “sin autorización”, por ejemplo si el empresario alega erróneamente un acuerdo o una conducta culpable grave del trabajador (“razones urgentes”), el trabajador tiene 6 meses para recurrir y hacer declarar el despido nulo, en cual caso el juez puede ordenar la readmisión o una indemnización, que suele ser más alta que la indemnización resultando de la fórmula aplicada por los jueces para la

³⁵ Para 2004, se calcula un 4% de rechazos del despido por el juez, contra unos 15% de rechazos de despidos por la autoridad laboral

³⁶ Antoine T.M. Jacobs, *Labour Law in The Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, 140

³⁷ Datos recopiladas y comentadas por Pascal Kruit y C.J. Loonstra, “Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland”, *Arbeidsrecht*, 2010, 27.

³⁸ Fuente: Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/06/16/jaarrapportage-ontslagstatistiek-2009.html>

rescisión, y condenará el empresario a pagar los salarios de tramitación (con la posibilidad de reducirlos dejada a la apreciación del juez, teniendo en cuenta el daño y los intereses de las partes).

Despidos colectivos³⁹

El procedimiento especial de despido colectivo se aplica a partir de un número de 20 trabajadores afectados (dentro de un periodo de 3 meses). Se abre un período de consultas con los sindicatos y/o representantes de los trabajadores. Aunque no haya obligación legal, se suelen acordar planes sociales, incluyendo indemnizaciones (al tratarse de un procedimiento sometido a autorización de la autoridad laboral, no hay obligación de indemnizar, pero sí de respetar períodos de preaviso). El comité de empresa tiene que presentar un informe sobre las causas, las reorganizaciones y despidos propuestos, las medidas de acompañamiento y de disminución de los efectos negativos. En caso de informe negativo, el procedimiento se suspende 1 mes, durante el cual el comité de empresa puede llevar el caso ante el Tribunal de apelación de Amsterdam, que puede pronunciarse sobre la razonabilidad de las decisiones del empresario, aunque suele ser excepcional (unos 100 casos en 2004). En la realidad, el empresario negocia el despido colectivo con el comité de empresa, con los sindicatos y con la autoridad laboral, lo que hace que el proceso puede llevar entre unos meses y un año.

Respecto a la cobertura por desempleo como elemento de la seguridad

El desempleo, que se define en la pérdida de horas de trabajo por semana⁴⁰. El derecho al subsidio se abre si se ha trabajado 26 semanas durante las 36 semanas precediendo la solicitud, en cuyo caso se tiene derecho a tres meses de subsidio. Al haber cotizado 4 años en los últimos 5 años, el derecho a subsidio se ve alargado de un mes por año trabajado, con un máximo de 38 meses, teniendo en cuenta que los años entre los 18 años del desempleado y 1997 cuentan como años trabajados ficticios (este régimen de transición es debido a que la duración del derecho a subsidio era ilimitado antes de la reforma de 1997)⁴¹. El subsidio equivale a 70% del salario diario percibido (75% los dos primeros meses). En caso de desempleo parcial, se

³⁹ Antoine T.M. Jacobs, *Labour Law in The Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2004; Ius Laboris, "Collective Redundancy Guide" 2011, <http://www.iuslaboris.com/Files/collective-redundancies-guide.pdf>

⁴⁰ Art. 16 Ley del desempleo (*Werkloosheidswet*)

⁴¹ Además, los meses de subsidio a los cuales se tiene derecho por haber trabajado 4 años en los 5 años no se pierden en caso de encontrarse en situación parcial o total de desempleo después de haber retomado un empleo sin haber consumido la totalidad de los meses a los cuales se tenía derecho.

puede combinar el subsidio de desempleo por las horas perdidas con el salario del trabajo a tiempo parcial ejercido.

En resumen

Los Países Bajos tienen un sistema de protección frente al despido complejo, pero flexible. Es flexible en la medida que da diferentes opciones al empresario a la hora de despedir: un sistema bastante rápido con causas bastante abiertas a través de la rescisión del contrato, y un sistema más cerrado a través de la autorización administrativa, sin indemnizaciones pero con causas y un control de causas más riguroso. El mismo sistema combina también flexibilidad con protección del trabajador, sea a través de un control administrativo de las causas, o a través de indemnizaciones que, comparado con el entorno europeo, se podrían calificar de bastante generosas, a cambio de una relajación de la causa. Pero lo más sorprendente es que combina esta flexibilidad con la tutela, única en el entorno europeo, de la decisión del empresario en materia de despido, implicando juicios de oportunidad, más o menos intensos según el revisor, con la consiguiente inseguridad jurídica que esta provoca, aunque no parezca ser un elemento distorsionador de la racionalidad de las decisiones empresariales, al ver los resultados macroeconómicos, así como en el mercado de empleo del país en los últimos años.

IV. Conclusiones

A pesar de la brevedad del análisis, impuesta por el formato del presente trabajo, se pueden hacer algunas conclusiones claras sobre la última reforma del despido.

Primero, la diversidad y la complejidad de los modelos analizados demuestra que no se puede razonablemente fundamentar una reforma legal en una comparación basada en un simple razonamiento en términos de “mediana europea” del coste del despido.

Segundo, incluso si supusiéramos que tal comparación se puede hacer, *quod non*, aparecerían grietas en los argumentos del legislador. Por ejemplo, ninguno de los modelos analizados considera que un mercado laboral eficiente no puede admitir una “valoración finalista” de los despidos por los jueces, o que los mismos realicen “juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”. En los Países Bajos, hasta la autoridad laboral puede entrar en este tipo de consideraciones para denegar la autorización de despido. Además, las indemnizaciones por despido improcedente son en muchos supuestos más altas que los 33 días implementados por la nueva

reforma (sin olvidar el valor relativo más altos de los salarios en estos diferentes países). Teniendo en cuenta finalmente la supresión del derecho a los salarios de tramitación en la mayoría de los casos, se puede concluir que el legislador ha querido ser más papista que el papa.

Tercero, si se habla de Europa y de la Unión Europea, se tiene que analizar la reforma a la luz de los principios y objetivos europeos en materia de empleo. La estrategia 2020 sigue apostando por el modelo de flexiguridad. Los modelos analizados, además de tener un control más riguroso de las causas de despido al mismo tiempo que prevén mecanismos flexibles de terminación del contrato de empleo, tienen sistemas de garantía de la vertiente “seguridad” del modelo más generosos que el sistema de protección contra el desempleo español. En efecto, en 2008, España gastaba 0,22% de su PIB por unidad del porcentaje de desempleo en políticas de desempleo (protección, servicios de colocación y políticas activas) con una tasa de paro de 11,3%, cuando Alemania dedicaba 0,27% con un paro de 7,3%, Francia 0,26% con un paro de 7,9% y Países Bajos 0,85% para una tasa de paro de 2,7%. Si mediamos la “eficiencia del mercado de trabajo” en términos de desempleo, el sistema que parece ser el más garantista acaba siendo el más eficaz⁴².

Finalmente, podemos concluir sin dudar que la referencia a los demás países europeos como argumento a favor de la reforma del despido es una falacia argumentativa más en el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012. Como lo recuerda claramente Harry Arthurs, citando a Otto Kahn-Freund, uno de los *founding fathers* del derecho del trabajo, en materia laboral, no se pueden extraer instituciones jurídicas de su contexto constitucional, político e industrial e utilizarlas como herramientas de reforma legal⁴³. Siguiendo esta línea de pensamiento, uno no puede dejar de preguntarse a qué realidad europea se refiere el legislador. Y partiendo de esta pregunta, sólo se puede concluir que el objetivo del legislador, por vía de urgencia, no es aproximar el despido en España al modelo europeo, sino de flexibilizar el primero ignorando totalmente al segundo.

⁴² Comparación hecha a partir del cruce de dos Fuentes: Eurofound, “Financing and operating active labour market programmes during the crisis”, Background Paper, <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2010/66/en/1/EF1066EN.pdf> (última visita 5/3/2012) y del informe “Employment in Europe 2009” de la Comisión Europea;

⁴³ Harry Arthurs