

# LA NUEVA REGULACIÓN EN ITALIA DEL CONTRATO INDEFINIDO DE “TUTELA CRECIENTE” ENTRE EL DERECHO Y ECONOMICISMO Y LOS IMPERATIVOS CONSTITUCIONALES\*

VALERIO SPEZIALE

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad de Chieti Pescara (Italia)

## EXTRACTO

**Palabras clave: Derecho del trabajo y al trabajo, Italia, contrato de tutela creciente**

El presente ensayo analiza la nueva regulación en Italia del contrato por tiempo indefinido denominado “de tutela creciente”, que introduce un sistema de indemnización por extinción del mismo que se incrementa progresivamente en relación con la antigüedad del trabajador, a resultas de la aprobación del Decreto Legislativo nº 23, de 4 de marzo de 2015. En la primera parte el artículo destaca los objetivos de la reforma, donde se defiende que, de acuerdo con los estudios económicos y los datos empíricos disponibles, resulta difícilmente argumentable sostener que una reducción de la protección legal del empleo pueda incrementar el número de ocupados con permanencia en el empleo. En todo caso, la nueva regulación se encuentra completamente enfocada en los posibles (e improbables) objetivos económicos, acudiendo a todas las categorías del Derecho y la Economía sin tomar en consideración la singular lógica consustancial al Derecho del Trabajo

El artículo analiza algunos concretos elementos, como son los relativos al ámbito de aplicación de la norma, situaciones de despido discriminatorio y nulo, imposición de la reincorporación al puesto en caso de despido disciplinario, así como la cuantía de la indemnización en caso de despido ilícito. El trabajo examina todas las cuestiones jurídicas vinculadas a estas materias, subrayando en particular la posible violación que la nueva regulación podría implicar respecto de la Constitución y de los imperativos legales derivados de la normativa de la Unión Europea.

## ABSTRACT

**Key words: Labour Law, Italy, Contract indefinitely “increased supervision”**

This essay analyzes the new regulation in Italy of the contract indefinitely called “increased protection”, which introduces a system of compensation to extinction that is progressively increased in relation to the age of the worker, as a result of the adoption of Legislative Decree No. 23 of March 4, 2015. In the first part, the article highlights the objectives of the Reformation, where it defends that, according to economic studies and the available empirical data, it is hardly arguable hold that a reduction of the legal protection of employment can increase the number of busy with remained in employment. In any case, the new regulation is completely focused on the possible (and improbable) economic objectives, attending all the categories of law and the economy without taking into consideration the unique inherent logic to the labour law.

The article discusses some specific elements, such as those relating to the scope of application of the standard, situations of dismissal null and discriminatory, imposition of the reinstatement to the position in the event of disciplinary dismissal, as well as the amount of compensation in the event of unlawful dismissal. The work examines all legal issues related to these matters, in particular stressing the possible violation that the new regulations could imply with respect to the Constitution and legal imperatives derived from the regulations of the European Union.

\* Traducido del italiano por Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca, Profesor Contratado Doctor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Sevilla).

## ÍNDICE

1. REFORMA DEL DESPIDO, FINES ECONÓMICOS Y CRISIS EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA NUEVA REGULACIÓN Y EL AUMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
4. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y NULO
5. LA READMISIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO
6. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN "DUAL" READMISIÓN/INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO
7. LA TUTELA INDEMNIZATORIA Y SU POSIBLE OPOSICIÓN AL DERECHO EUROPEO Y A LA CONSTITUCIÓN

## 1. REFORMA DEL DESPIDO, FINES ECONÓMICOS Y CRISIS EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Tras dos años y medio desde la entrada en vigor de la reforma Fornero (Ley 92/2012), el legislador vuelve de nuevo a modificar la regulación de los despidos individuales y colectivos. La modificación, en esta ocasión, tiene efectos bastante más convulsos. porque el Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo no se limita a flexibilizar aún más las reglas, sino que transforma profundamente la protección en esta materia, al pasar de un sistema basado en la reincorporación al puesto de trabajo en caso de despido declarado como ilícito a otro en el que el resarcimiento económico del daño, en cuantía predeterminada y fija, se convierte en el eje de la nueva regulación.

El objetivo que la reforma se propone es el de “incrementar la entrada en el mundo del trabajo por parte de aquéllos que están buscando ocupación”<sup>1</sup>, en un contexto de revalorización de la protección del trabajador, no ya en la relación individual de trabajo, sino en el mercado de trabajo en su conjunto, de acuerdo con la línea conductora típica de la flexiguridad. Por ello, el legislador considera que el régimen de los despidos puede influir de manera determinante en la dinámica de la ocupación. O lo que es lo mismo, las limitaciones excesivas a la facultad de los empresarios para extinguir el contrato (y en particular el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores) desalentarían nuevas altas laborales<sup>2</sup> y favorecerían el dualismo del mercado de trabajo, dividido entre trabajadores “seguros” y los privados de tutela que no consiguen alcanzar una ocupación estable.

<sup>1</sup> Art. 1, c. 7, Ley 183/2014.

<sup>2</sup> V. Rodano, 2015, 18; también para un análisis que subraya la escasa incidencia de la nueva regulación en orden a alcanzar efectos ocupacionales positivos.

He aquí, como puede verse, una clara adhesión al “pensamiento único” en esta materia, puesto de manifiesto por vez primera por la OCDE en 1994 y asumido por las grandes Instituciones económicas internacionales (el Fondo Monetario, el Banco Central Europeo) y por la Comisión Europea que, mediante recomendaciones, viene animando desde hace tiempo a los países europeos a facilitar la ruptura del vínculo contractual<sup>3</sup>. He defendido ya en muchas ocasiones que “esta tesis ha sido desmentida por numerosos estudios teóricos y sobre todo por la evidencia empírica. Desde este punto de vista los datos de que disponemos y la extensión temporal a la que éstos se refieren deberían eliminar ya cualquier duda sobre lo erróneo de esta teoría. La “prueba contraria” respecto de la idea favorable a la relación entre ocupación y reducción de la protección en materia de despido está tan difundida y es tan evidente que resulta incomprendible cómo se puede seguir sosteniendo una opinión con tan escaso fundamento teórico y práctico. Incluso Pietro Ichino, que es uno de los defensores más autorizados e incansables de la influencia negativa de la *Legislación Protectora del Empleo* sobre el mercado de trabajo, se ha visto recientemente obligado a admitir que “la ciencia económica no nos ofrece ninguna evidencia del hecho de que el “equilibrio mediterráneo” (mío: caracterizado por una intensa protección frente al despido) determina por sí solo tasas de desocupación más elevadas que el equilibrio típico de los Países del Norte de Europa y de aquéllos de tipo estadounidense”<sup>4</sup>. Una conclusión que, por otro lado, ya hacía tiempo había sostenido la OCDE<sup>5</sup>.

En realidad, la tasa de ocupación y desocupación se determina por el nivel de la demanda agregada y de las inversiones productivas y, en este contexto, “el papel del mercado de trabajo (y de sus características) es mucho menor de lo que se podría pensar”<sup>6</sup>. Con la consecuencia de que el Decreto Legislativo de 2015 no puede tener la finalidad “de crear directamente nuevos puestos de trabajo”<sup>7</sup>. La

<sup>3</sup> Sobre estos aspectos, me permito remitir a Speziale, 2012a, 525 ss.; Id., 2013, 305 ss.; Id., 2014b, 356 ss. (y a otras referencias bibliográficas allí indicadas).

<sup>4</sup> Speziale, 2014a, 16. Para un mayor conocimiento de estos temas remito a mis artículos citados en nota 3, y a las referencias y datos allí indicados.

<sup>5</sup> “En conjunto los análisis teóricos no ofrecen una respuesta bien definida sobre los efectos de la legislación en materia de despido sobre los niveles globales de ocupación o desocupación” (OCDE, 2004, 80). La Organización sostiene que la regulación de los despidos podría tener efectos negativos en la ocupación de algunos grupos de trabajadores (mujeres, jóvenes) (63), lo que ha sido defendido por “algunos estudios” (sin que haya sido confirmado por todos los expertos en la materia).

<sup>6</sup> Rodano, 2015, quien subraya el papel “pasivo” del mercado de trabajo: “los niveles de ocupación y de desocupación se deciden en otro sitio”, porque “la ocupación aumenta cuando las

misma tesis según la cual el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores habría desalentado las nuevas altas laborales ha sido desmentida por numerosas investigaciones que destacan cómo el nivel de transición laboral en Italia (en sustancia: la movilidad para entrar y salir del mercado de trabajo y la creación/destrucción de empleos) se encuentra entre los más altos de Europa. Y por otro lado no existen pruebas empíricas de un grado de transición superior en las empresas donde no se aplica el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores; es más, los resultados en éstas vienen a significar lo contrario<sup>8</sup>.

Lo cierto es que la tesis según la cual la menor tutela en materia de despidos crea empleo pertenece al grupo de las “creencias no demostradas”<sup>9</sup>, de aquéllas que “no son aceptadas comúnmente por ser evidentes, sino que parecen evidentes por ser comúnmente aceptadas”<sup>10</sup>. No obstante, las numerosas y argumentadas críticas a esta teoría, fundadas en estudios o datos empíricos, no producen su efecto. Y esto, en primer lugar, por el declive del método científico tradicional basado en la contraposición de razonamientos verificables en la realidad. En efecto “la ciencia jurídica se guía menos por la demostración de la falsedad de la afirmación errónea (Popper) y más por la negociación del consenso entre los miembros de la comunidad científica”<sup>11</sup>. Un rol determinante, sin embargo, ha jugado la difusión de una corriente de pensamiento económico que, asumida por las grandes instituciones internacionales y políticas, se ha convertido en una suerte de “teología económica”, que se caracteriza por “axiomas presentados como verdades indiscutibles convertidos en pura ortodoxia, dotada de una racionalidad intrínseca que no admite objeciones, en cuanto fundada sobre (presuntas) verdades objetivas de carácter económico”<sup>12</sup>. Y todo ello sin olvidar que reducir la tutela en materia de despidos significa restablecer

empresas precisan más mano de obra y esto acontece cuando en el mercado (¡de bienes!) aumenta la demanda de los productos de las empresas” (3).

<sup>7</sup> Rodano, 2015, 2.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, véanse otros artículos citados en la nota 3; v. Speziale 2014b, 356 ss., con mención de los estudios sobre la elevada movilidad del mercado de trabajo italiano. En él analizo también la tesis que muestra el impacto “insignificante” sobre los niveles de ocupación de la introducción, en 1990, de límites al poder de extinción de contratos en las empresas con menos de 15 trabajadores. La opinión de Rodano (2015, 18) según la cual el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores desalentaría las altas laborales no encuentra refrendo empírico.

<sup>9</sup> Perulli, 2015, 12.

<sup>10</sup> Amsterdamski, 1977, 975.

<sup>11</sup> Perulli, 2015, 16.

<sup>12</sup> Speziale, 2014b, 364.

de manera clara la autoridad de la empresa, en un contexto de marcado reequilibrio de poderes en el contrato de trabajo<sup>13</sup>. Esta aproximación al problema no es muy novedosa si se considera la postura, típica del *Derecho economicista*, que considera la empresa como un equipo con “una red de contratos, ventajosos para cada uno y para todos”<sup>14</sup>, en el marco de una elaboración teórica que niega la existencia misma del “poder”. Sin embargo, a quien no se deja engañar por este planteamiento y razona en términos jurídicos y de relaciones reales de fuerza en el contrato de trabajo, le resultará imposible no entender esta reforma legal en el sentido ya descrito.

El legislador, por lo tanto, se ha adaptado al “mantra” europeo de la relación entre rigidez de la normativa protectora del trabajo y el nivel de desempleo<sup>15</sup>. Sin embargo, la nueva reforma es también hija de un intercambio totalmente “político” entre operaciones nacionales que inciden en el equilibrio de las finanzas públicas, sin respetar los parámetros europeos, y la introducción de “reformas estructurales” del mercado de trabajo, incluida ésta en materia de despido impulsada desde hace tiempo por la Comisión Europea. Un intercambio que, en este caso, ha funcionado perfectamente<sup>16</sup>. Por otro lado, la reforma podría ser considerada como una obligación impuesta por la Unión Europea. La modificación de la regulación del despido, en efecto, constituiría una de las reformas estructurales que, tras las recientes novedades normativas en materia de gobernanza económica europea, se habría convertido en una auténtica y propia obligación de cada Estado miembro, cuya violación podría recibir como respuesta graves sanciones<sup>17</sup>. En realidad, aun en el contexto de una fuerte acentuación del carácter vinculante de las Recomendaciones y Orientaciones relativas a la política económica y de empleo, es discutible que éstas hayan alcan-

<sup>13</sup> Perulli, 2015, 6; Scarpelli, 2015, 3.

<sup>14</sup> Denozza, 2015, 46.

<sup>15</sup> M.T. Carinci, 2012a, 536.

<sup>16</sup> No hay duda, en efecto, de que la modificación de la regulación del despido es la contrapartida con la que el Gobierno Renzi ha conseguido que los incumplimientos de los objetivos económicos europeos –como, entre otros, el *bonus* de los 80 € concedido a un extenso número de contribuyentes- no hayan sido sancionados por la Unión. Sobre este tema cfr. Speziale, 2014a, 7 ss. También Pizzoferrato (2015, 18) comenta la apreciación de la Comisión que, aunque advierte de la crisis económica de nuestro país (debida a la elevada deuda pública), destaca la importancia de las reformas estructurales como instrumento de reajuste a los parámetros UE.

<sup>17</sup> Chieco, 2015, para quien “el papel directivo de la gobernanza económica europea obliga a nuestro país a “desarrollar más frecuentemente una actividad de recepción normativa antes que de política-normativa”, estableciendo así un sistema de flexiseguridad y un modelo de mercado de trabajo adaptado a los objetivos macroeconómicos perseguidos” (58).

zado el carácter de verdaderas obligaciones jurídicas<sup>18</sup>. Los Estados miembros, en cuanto que no están vinculados por los Memorándums de intenciones, poseen de hecho “márgenes de decisión propia”<sup>19</sup>, también porque las Recomendaciones en materia de empleo, a diferencia de aquéllas de contenido directamente económico, si no se asumen, no son objeto de sanción. Por tanto, la opción por una flexibilización tan fuerte de las reglas en materia de despidos no era un camino obligado<sup>20</sup>.

La nueva regulación, por otro lado, exige razonamientos que atiendan a la misma esencia y a la finalidad del Derecho del Trabajo y que impulsen a analizar los perfiles epistemológicos de la materia. Una rápida valoración de los contenidos de la reforma muestra cómo ésta se encuentra totalmente influida por criterios estrictamente económicos. Su finalidad, como queda dicho, es el incremento de la ocupación. Pero incluso las técnicas utilizadas constituyen la expresión típica del Derecho economicista. Por ejemplo, la drástica reducción de la posibilidad de readmisión y su sustitución por una indemnización se justifican por la necesidad de eliminar la indeterminación del coste del despido, ligado a la ignorancia de la duración y del resultado del proceso judicial (que, tras mucho tiempo, podría imponer la readmisión elevando los costes de la empresa). La reforma, además, disminuye, siempre en términos economicistas, las negativas consecuencias que resultan de la asimetría informativa. El empleador no conoce las competencias y la capacidad del trabajador en el momento de contratarlo y, si ha hecho una selección equivocada, debe poder despedirlo “sin coste alguno (o con un coste mínimo). Pero esta flexibilidad es justo lo que el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores impide”<sup>21</sup>. La exacta predeterminación del coste del despido (ligada, como veremos, a la antigüedad en el puesto y sin que el magistrado pueda, discrecionalmente, incidir sobre el *quantum*) refleja una doble exigencia: a) determinar por adelantado cuál será el coste económico del despido, eliminando los riesgos de la variación de dicho importe o de su modificación a resultas de la intervención del juez o de la duración del proceso; b) permitir a la empresa, en el análisis típico coste/beneficio, valorar *a priori* si conviene más extinguir el contrato sin causa justificativa (abonando una

<sup>18</sup> Pizzoferrato, 2015, 14 ss.

<sup>19</sup> Chieco, 2015, 68, quien, por otra parte, manifiesta algunas dudas sobre este punto, señalando la obligatoriedad de las indicaciones dadas por la Unión.

<sup>20</sup> He profundizado en estos aspectos en Speziale, 2014a, 8 ss.

<sup>21</sup> Rodano, 2015, 17. A este artículo remito para todo lo relativo a la indeterminación del “coste del despido” mencionada en el texto principal (16).

cantidad reducida ya conocida) o mantener la relación contractual al ser aún superior el beneficio económico que ésta puede aportar. De esta forma el enfoque seguido es el del “incumplimiento si es lo más eficaz”<sup>22</sup>, de acuerdo con el planteamiento de que “la norma jurídica se debe poder violar, a cambio de un resarcimiento económico, sin la aplicación de sanciones y mucho menos obligar a su cumplimiento específico, de manera que cada sujeto pueda elegir entre respetar la ley o no hacerlo pero pagando”<sup>23</sup>.

También la propuesta de conciliación (prevista por el art. 6 del Decreto Legislativo 23/2015) se inspira en el análisis coste/beneficio. En este caso, de hecho, la predeterminación de la indemnización por despido, con cierta reducción en su cuantía, permite a la empresa, que siga el procedimiento y cumpla las condiciones previstas por la ley, conocer exactamente el valor económico de la resolución del contrato, renunciando a la acción judicial y evitando así el riesgo de que el juez sentencie la ilicitud del despido y la condene a una indemnización superior. Por parte del trabajador, el incentivo económico para que acepte la propuesta de conciliación es aún mayor. La indemnización, aunque inferior a la normal, está exenta del pago del Impuesto de la Renta por tal concepto, lo que no sucede con la indemnización ordinaria por daño. Con la aceptación de esta cantidad –que se le entrega de modo inmediato mediante talón bancario, para así reforzar lo atractivo de la conciliación- el trabajador recibirá una suma dineraria de la que podrá disponer al momento, ligeramente inferior a la prevista por ley para el despido ilícito. Además, tendrá la ventaja de evitarse el coste del acceso a la justicia (cargas fiscales, honorarios del abogado) y los riesgos de un fallo judicial adverso).

Se ha subrayado acertadamente cómo esta absoluta dimensión económica de la nueva regulación del despido constituye la expresión de un cambio de paradigma científico del Derecho de Trabajo, que se puede definir como “la *declinación iuslaboralista del análisis económico del derecho*”<sup>24</sup>. En tal contexto el Derecho del Trabajo no funciona como instrumento “de equilibrio/moderación de intereses en la compleja relación evolutiva entre libertad

<sup>22</sup> Perulli, 2015, 12; Id., 2012a.

<sup>23</sup> Perulli, 2012a, 563.

<sup>24</sup> Perulli, 2015, 9, quien explica cómo, “según el planteamiento epistemológico de Thomas Kuhn, con (el concepto de paradigma científico) se designan las reglas admitidas e interiorizadas como “normas” por la comunidad científica en un momento histórico determinado, donde la ciencia se desarrolla como “ciencia normal”, basada en “ideas, teorías y prácticas comúnmente aceptadas como válidas por la comunidad científica” (4).

económica y derechos sociales”<sup>25</sup>. Al contrario, se utiliza exclusivamente en un planteamiento de (asumida) “eficacia económica”, como un instrumento capaz de evitar las disfunciones del sistema productivo. La norma jurídica viene así sometida a un proceso de evaluación de sus efectos en la economía, lo que “conlleva una visión reductiva de la función jurídica”, privada por otro lado de una unánime contestación en la literatura económica<sup>26</sup>. La misma idea del Derecho se ha vuelto a cuestionar con radicalidad. Éste no es considerado como un instrumento de atribución de posiciones subjetivas que expresan valores interiorizados por la sociedad y reconocidos normativamente en las Constituciones, en los Tratados fundamentales y en las leyes ordinarias. Al contrario, “el Derecho debe diseñarse en línea de principio para maximizar el bienestar, prescindiendo del modo en que éste quede distribuido”<sup>27</sup>. Desde esta perspectiva, las normas no establecen límites a los comportamientos del empleador en una función de adecuación con los derechos fundamentales del trabajador, sino que sólo sirven “para fijar los límites de las actuaciones permitidas: las cuales, si producen resultados “injustos” a un nivel de relación individual de trabajo (despido ilegítimo, modificación de funciones por encima de la titulación profesional del trabajador, etc.) se justifican siempre en términos de “agregaciones de bienestar” y no se corrigen en el ámbito de la relación intersubjetiva, sino sistémicamente, a través de equipos y técnicas especializadas en función redistributiva”<sup>28</sup>.

No hay duda de que el Derecho del Trabajo, por su profunda conexión con la producción de bienes y servicios, no puede ser indiferente a los motivos de la economía<sup>29</sup>. Tiene, por tanto, razón quien sostiene que no tiene sentido “contraponer horizontalmente el Derecho del Trabajo a la Economía: sencillamente porque *el Derecho del Trabajo se compone también de Economía, así como por tantas otras razones y motivos*, sin que ninguna de éstas llegue a agotarlo”<sup>30</sup>. Más bien, la apertura cognitiva con la ciencia económica (y con las otras ciencias, como, por ejemplo, la sociología) significa intercambio de información, de juicios y de opiniones, evitando que se materialice “el riesgo de la subordinación

<sup>25</sup> Perulli, 2015, 7.

<sup>26</sup> Perulli, 2015, 10 – 11.

<sup>27</sup> Denozza, 2013, 48.

<sup>28</sup> Perulli, 2015, 11 – 12.

<sup>29</sup> Hace muchos años, un Maestro de nuestra disciplina subrayaba la necesidad “de conjugar los objetivos sociales con los objetivos de eficiencia”, recordando que ésta última no es una prerrogativa patronal, sino que constituye un principio de acción válido para todos. Pero tampoco es una ley científica, y por lo tanto sobre sus posibles traducciones prácticas pueden surgir discrepancias, de gran intensidad” (Giugni, 1989, 334).

<sup>30</sup> Del Punta, 2013, 45-46.

monista del Derecho [del Trabajo] a la Economía”<sup>31</sup>. No obstante, me parece que nos encontramos en presencia de una “nueva tiranía de los valores económicos”<sup>32</sup>. La perspectiva económica, de hecho, constituye el único motivo justificativo de la reforma de la regulación en materia de despidos; un juicio éste que puede hacerse extensivo a las más recientes modificaciones en materia de contratos temporales o de regulación del mercado de trabajo. No es preciso detenerse sobre la validez o no de las teorías económicas que ligan la reducción de la tutela en materia de despido y el nivel de ocupación, que ya han sido analizadas. Se trata sólo de repetir, en primer lugar, pues su inconsistencia teórica no se subraya con la frecuencia debida, que el Derecho economicista no es una “ciencia exacta”<sup>33</sup>. Y además, conviene sobre todo recordar que conlleva la negación de la misma especificidad del Derecho, pasando por alto totalmente su “dimensión axiológica, sus valores, sus principios”<sup>34</sup>.

Un ejemplo conexo a la tutela en materia de despido puede resultar útil para comprender mejor la realidad. El despido, en efecto, extingue la ejecución de la prestación, que no es sólo el cumplimiento de la obligación contractual sino también un instrumento de realización de la personalidad del trabajador y de ejercicio de sus derechos fundamentales. No casualmente se ha dicho que “el trabajador, a través de su trabajo, en el interior de la empresa, entendida como formación social en el sentido del art. 2 de la Constitución, realiza no sólo la utilidad económica prometida al empleador, sino también los valores individuales y familiares mencionados en dicho art. 2 y en el posterior art. 36”<sup>35</sup>. Por otra parte, la readmisión es expresión de una particular técnica de tutela: la ejecución en sus justos términos. Con ésta se persigue el objetivo de restablecer integralmente la posición subjetiva lesionada, con base en la consideración de que los valores protegidos por la norma jurídica son tan importantes que no pueden ser compensados por un mero resarcimiento económico del daño. En dicho contexto se ha afirmado que “el derecho del trabajador a su puesto de trabajo, protegido por los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución, sufriría una sustancial expropiación si quedara reducido por vía normativa al derecho a percibir una suma económica”<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Del Punta, 2013, 46.

<sup>32</sup> Perulli, 2012a, 584.

<sup>33</sup> No es casualidad que uno de los juristas que más ha estudiado esta materia haya empleado en el título de uno de sus artículos la expresión “el éxito de una teoría tan débil” (Denoza, 2013, 43). Y es también significativo que uno de los máximos teóricos del Derecho economicista (Richard Posner) haya revisado críticamente sus opiniones sobre dicha tesis.

<sup>34</sup> Perulli, 2012a, 561.

<sup>35</sup> Cass., S. U., 10.1. 2006 n. 141, [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 6.

<sup>36</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, 6.

No se quiere obviamente defender que la readmisión al puesto de trabajo sea la única forma posible de tutela de los derechos fundamentales del trabajador. Sobre todo es importante resaltar cómo los aspectos jurídicos antes mencionados (cumplimiento de la prestación laboral como desarrollo de la personalidad humana/tutela en sus justos términos por medio del restablecimiento íntegro de los derechos fundamentales) resultan totalmente ignorados por el legislador cuando, en la regulación del despido no discriminatorio, se deja llevar por el exclusivo fin de satisfacer presuntas exigencias objetivas de carácter económico en el sentido tantas veces explicado.

Creo, por lo tanto, que “la subordinación monista del Derecho (del Trabajo) a la Economía” es algo más grave que un mero “riesgo”: la plena realización de la “tiranía de los valores económicos”. Estamos, en efecto, ante una crisis del estatuto epistemológico del Derecho del Trabajo, cuya dimensión jurídica –en el sentido axiológico varias veces explicado- se encuentra del todo ausente, o en cualquier caso completamente subordinada a los motivos económicos. Asistimos, así, a un verdadero proceso de “colonización”, que impone los objetivos y métodos de la Economía como único fundamento científico. La apertura metodológica y cognitiva no puede suponer “la expropiación” de la especificidad del Derecho que justifica su propia existencia. Es totalmente cierto que la identidad del iuslaboralista no puede prescindir del contexto económico y del análisis de la eficiencia de la norma jurídica. Sin embargo, también es verdad que acoger exclusivamente el punto de vista del análisis económico del Derecho significa aceptar una lectura de las normas basada exclusivamente en la búsqueda de la eficiencia, lo que lleva a considerar las disposiciones jurídicas como límites, u obstáculos, capaces de modificar los comportamientos de los actores económicos y productivos con perversos resultados, contrarios ya sea a la racionalidad instrumental ya a la racionalidad axiológica (coincidente con la protección de los derechos fundamentales de la persona). Sin embargo, el Derecho en general (y el Laboral, en particular) debe ser concebido necesariamente como un sistema de valores que completa los económicos y mercantiles. En resumen, es necesario reafirmar con fuerza que “la esencia de la racionalidad (o razón) jurídica, y señaladamente la iuslaboralista, consiste en ser una racionalidad de síntesis, que incluye la racionalidad económica dentro de un marco de referencia más amplio”<sup>37</sup>. De no ser así, la propia identidad epistemológica del Derecho del Trabajo se verá amenazada.

<sup>37</sup> Del Punta, 2001, 39.

## 2. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LA NUEVA REGULACIÓN Y EL AUMENTO DE LOS PODERES EMPRESARIALES

La nueva regulación en Italia del contrato llamado de “tutela progresiva” por el modo de cuantificar la indemnización por despido ilícito, se aleja de manera sustancial de otras hipótesis de esta nueva tipología contractual elaboradas a nivel europeo y también en el ámbito nacional. Dentro de la diversidad de modelos propuestos, este nuevo contrato –cuya premisa es que la excesiva rigidez en materia de despido impide la creación de empleo– prevé una regulación del “ingreso” en la empresa que protege al trabajador, en caso de extinción del contrato, sólo con una indemnización económica que aumenta en porcentaje en función de su antigüedad. En principio, y tras el transcurso de un periodo de tiempo determinado, se le deberían aplicar las reglas de la estabilidad real u obligatoria<sup>38</sup>. Con la reforma, por el contrario, estamos en presencia de una nueva regulación de los despidos individuales donde, mediante la derogación para estos casos del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores (cuyo contenido se conserva sólo para algunos supuestos concretos), la readmisión se sustituye por una indemnización que aumenta con progresividad en función de la antigüedad y sin que el trabajador alcance jamás la tutela de la que disfrutaban los que ya ahora están trabajando y se siguen rigiendo por la regulación precedente. De hecho, la regulación anterior, procedente de la combinación del Estatuto con el art. 8 de la Ley 604/1966, sólo se aplicará a partir de ahora a los contratos de trabajo celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma y, por tanto, irán desapareciendo progresivamente conforme se extingan esas relaciones de trabajo. De ahí que se haya afirmado con acierto que “el sugerente nombre “contrato de tutela progresiva” parece más bien un truco semántico para disimular la derogación del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores bajo la cobertura del respeto a los planteamientos europeos”<sup>39</sup>.

Una primera característica de la nueva regulación es la *marginación* de la readmisión que, como regla general, se convierte en la excepción<sup>40</sup>. La tutela del

<sup>38</sup> Sobre las distintas formas de contrato de tutela progresiva propuestas tanto a nivel europeo como nacional cfr. Perulli, 2015, 20 ss. (a quien se remite para una mayor bibliografía del tema); Perulli, Casale, 2013.

<sup>39</sup> Perulli, 2015, 27.

<sup>40</sup> Perulli, 2015, 30 – 31; Fiorillo, 2015, 128; Brino, 2015, 84; Giubboni, 2015, 4; Scarpelli, 2015, 11; Pisani, 2015, 24.

restablecimiento en el puesto, en efecto, se limita a los casos que son mucho más importantes desde el punto de vista de los valores implicados (piénsese en el despido discriminatorio) pero totalmente secundarios desde el punto de vista de su frecuencia, en relación con lo que resulta habitual en las extinciones contractuales. La inexistencia de justa causa o motivo justificado viene hoy sancionada exclusivamente con el resarcimiento económico del daño, excluyendo el caso –que ha quedado muy reducido (v. § 5)- del despido disciplinario que no vaya acompañado del “hecho material imputado”, es decir solo se condena a la readmisión cuando no se logra demostrar la realidad de los hechos alegados.. Se trata, por tanto, de un “giro copernicano”<sup>41</sup>, que nos aleja de los Estados europeos donde la readmisión al puesto de trabajo constituye todavía un instrumento ampliamente extendido para los despidos injustificados<sup>42</sup> y que nos incluye entre los países más flexibles en esta materia con gran cercanía al modelo español<sup>43</sup>.

Un segundo aspecto a destacar es la incidencia indirecta de la reforma sobre las nociones de justa causa y motivo justificado subjetivo y objetivo. Las definiciones legales permanecen igual y por tanto, en teoría, se podría pensar que no ha cambiado nada<sup>44</sup>. No se olvide, sin embargo, que se trata de “normas abiertas” (o de “cláusulas generales” según otra forma de denominarlas) cuyos contenidos han sido abundantemente definidos por la jurisprudencia, también con relación al sistema sancionador<sup>45</sup>. En particular, la tutela basada en la readmisión había enfatizado “el interés por la estabilidad” como aspecto causal del contrato de trabajo (obviamente, en aquellos casos en los que se aplicaba la norma del Estatuto de los Trabajadores)<sup>46</sup>. Y no era casual, por tanto, que el despido por justa causa se definiera como una “grave negación” de la relación de confianza que conlleva la sanción disciplinaria más radical<sup>47</sup>; o que, en el

<sup>41</sup> Fiorillo, 2015, 104.

<sup>42</sup> Se remite, sobre este punto, al profundo análisis de Derecho comparado realizado recientemente por Pedrazzoli, 2014, 3, ss.

<sup>43</sup> En efecto, en España, en caso de *despido improcedente* (aquél que no es nulo pero en donde no ha quedado probada la causa o no se han respetado los requisitos de forma), el empresario ha de abonar una indemnización igual a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Se remite sobre este aspecto a Pedrazzoli, 2014, 34.

<sup>44</sup> Ésta es, p. ej., la opinión de: Fiorillo, 2015, 107, 111; Marazza, 2015, 310 y Gentile, 2015, 53.

<sup>45</sup> Sobre los conceptos indicados en el texto principal se sigue la distinción aportada por Mengoni, 1986, 7 ss., quien prefiere calificar el art. 2119 del Código Civil y el art. 3 de la Ley 604/1966 como “normas generales”; tesis seguida por numerosos autores (mencionados en Varva, 2014, 23 ss.). Un análisis más reciente del problema en Bellomo, 2015, 66 ss.

<sup>46</sup> Sobre el concepto de tal interés cfr. Persiani, 1971, 682 ss. Un análisis reciente del interés por la estabilidad en el ámbito del despido económico en Brun, 2012, 65 ss.

<sup>47</sup> Entre otras muchas v., p. ej., Cass. 27.2.2014 n. 4723 y Cass. 10.12.2014 n. 26039.

despido económico, se introdujera la obligación de la readmisión coherentemente con la calificación de este despido como *extrema ratio* (solución última)<sup>48</sup>. Todos estos razonamientos procedían de lo previsto por el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores y de la particular fuerza atribuida a la estabilidad en el empleo y materializada en el restablecimiento de la relación de trabajo en caso de despido injustificado<sup>49</sup>.

Es posible, por tanto, que la reforma conlleve un “aligeramiento” de las nociones de justa causa y motivo justificado. En el despido disciplinario, realmente, la readmisión todavía permanece, si bien limitada a supuestos muy concretos. Por tanto, un principio de estabilidad en el empleo, aunque reducido, existe –si bien limitado a la situación de insuficiencia del “hecho material”- y debería mantenerse así, ligado a la justa causa o al motivo justificado subjetivo, entendido como una lesión particularmente grave de la relación de confianza mutua. Se podría objetar, sin embargo, que sólo en este caso la ley permite alcanzar esta solución y no en otros. Y habría entonces que concluir que en el despido por motivo justificado objetivo, en el que la readmisión no existe, la razón económica-organizativa que lo justifica ha perdido el carácter de “seriedad” o “gravedad” que tenía en el pasado.

No obstante, me parece que la solución del problema puede encontrarse en el ámbito de los principios constitucionales. No se puede olvidar, en efecto, que la estabilidad en el empleo, aun no teniendo que ser tutelada obligatoriamente mediante la readmisión, tiene un fundamento constitucional, como expresión del equilibrio entre la libertad de empresa (de la cual el despido es una manifestación) y el art. 41.2 Cost. (en su referencia a la seguridad, dignidad y libertad humanas), que no es otro que la necesidad de moderación y ajuste a que se refiere el art. 4.1 de la Ley Fundamental<sup>50</sup>. La obligación de tener presente los

<sup>48</sup> También en este aspecto la jurisprudencia es «pacífica» (Brun, 2012, 54). Sin embargo, la reforma Fornero (Ley 92/2012) incidió en este punto porque, tras ella, el incumplimiento de la obligación de readmisión se solía sancionar por la jurisprudencia a través del resarcimiento económico del daño.

<sup>49</sup> En realidad, la reforma Fornero (Ley 92/2012), que graduaba la sanción desde la readmisión al resarcimiento económico del daño ya había modificado el sistema. Sin embargo, el restablecimiento de la relación laboral conservaba todavía su relevancia específica y la Ley 92/2012 no parecía que fuera a reformar sustancialmente las nociones de justa causa y de motivo justificado. Sobre estos aspectos remito a mi análisis en *Speciale*, 2013, 328 ss. (así como a la bibliografía allí indicada).

<sup>50</sup> Nogler, 2007, 613. Sobre la constitucionalización del principio de estabilidad cfr. también Saracini, 2013, 43 ss. (con cita de la jurisprudencia de la Corte constitucional).

valores constitucionales mencionados, la implicación “de la personalidad humana ante el hecho del despido”, y el trabajo como “sustrato existencial” del trabajador imponen, por tanto, una valoración rigurosa de la causa del despido<sup>51</sup>. Prescindiendo ahora del régimen sancionador, la justa causa y el motivo justificado –por el necesario equilibrio entre los principios constitucionales en juego– deben mantener por tanto los requisitos de seriedad y gravedad que han caracterizado su interpretación en el pasado. Y en este contexto, también la obligación de readmisión del trabajador continúa siendo relevante<sup>52</sup>. De este modo, si el empresario no cumple con el deber probatorio de la imposibilidad de la empresa para readmitir al trabajador, el despido será injustificado; incluso en el caso de que fuesen ciertos los razonables motivos económicos u organizativos para extinguir el contrato<sup>53</sup>.

Sin embargo, las conclusiones descritas operan sólo en un plano teórico. En efecto, el resarcimiento económico del daño, si en abstracto permite comprobar la justificación del despido –que debe tener la importancia y relevancia descritas–, en la práctica determina la incuestionabilidad de los motivos del despido; que vendrían a coincidir así con la valoración puramente subjetiva que hace la empresa. Por ello, la opción organizativa que constituye el presupuesto de la resolución contractual jamás puede ser controlado con posterioridad, porque la decisión empresarial extingue en cualquier caso el contrato de trabajo. El equilibrio entre los valores constitucionales, que se acaba de mencionar, no pone en cuestión el poder unilateral del empresario. La monetización del despido transforma el trabajo en “una mercancía cualquiera, materializable en un precio” y elimina “cualquier otra valoración de orden extraeconómico, basada en la función social del trabajo como algo que favorece la tutela de la persona y su dignidad”<sup>54</sup>. El control judicial opera sólo con una valoración que, sin afectar a la “sustancia” de la voluntad empresarial, incide solamente sobre las conse-

<sup>51</sup> Nogler, 2007, 602, 611 y 614.

<sup>52</sup> En este sentido, de nuevo, Nogler, 2015, 53, quien se reafirma en lo sostenido en su obra de 2007 citada en la nota precedente.

<sup>53</sup> La obligación de recolocación parece verse confirmada en las nuevas reglas de movilidad funcional, que permiten, por razones organizativas (que a menudo constituyen el presupuesto de un despido) o de “mantenimiento del empleo”, rebajar al trabajador de categoría profesional (art. 2013, pfs. 2º y 6º, Código Civil en la redacción dada por el art. 3 del Decreto Legislativo 15.06.2015, n. 81). Si la disminución de categoría profesional ya es, en determinadas condiciones, una modalidad fisiológica del *ius variandi*, se puede admitir que la recolocación del trabajador –incluso en funciones inferiores– como alternativa al despido por motivo justificado objetivo ha quedado reforzada tras esta reforma.

<sup>54</sup> Perulli, 2012a, 563 – 564.

cuencias económicas. Estamos, pues, ante una consideración exclusivamente económica de los intereses del trabajador, que carecen de la “fuerza de resistencia” suficiente para incidir en el poder organizativo del empleador, que resulta así ejercitable sin limitación alguna (si bien se traducirá en una indemnización económica superior en caso de que no se acredite la justa causa o el motivo justificado).

La reforma, por otro lado, reduce claramente la tarea del juez, operando en un doble plano. La incuestionabilidad de la opción organizativa empresarial base del despido impide al magistrado llevar a cabo la función de equilibrio que efectuaba en el pasado entre los intereses organizativos empresariales –que suelen también estar involucrados en el despido disciplinario<sup>55</sup>- y el propio del trabajador por la continuidad del vínculo contractual. Aunque, en teoría, el ajuste entre los intereses indicados sigue igual –como manifiesta la obligación de justificar el despido-, la ley, al aceptar en todo caso la eficacia extintiva del despido, está permitiendo la prevalencia del interés empresarial. Además, la reforma impide al magistrado determinar cuál debe ser la cuantía de la indemnización y elimina la posibilidad de graduar la sanción en proporción a la mayor o menor ilicitud del despido. Al juez sólo se le pide que aplique un mecanismo automático de cuantificación del resarcimiento, calculado sobre la base del cómputo de la antigüedad en la empresa y con criterios de cálculo predeterminados.

La drástica reducción del ámbito de control judicial es en realidad uno de los objetivos principales de la reforma. Ésta se enmarca en un contexto de modificaciones legales acaecidas en otros Estados europeos y dirigidas a evitar la intervención del juez y su posible discrecionalidad al interpretar la ley<sup>56</sup>. Esta línea de tendencia es una característica propia del Derecho economicista que, en una lógica de eficiencia y previsión de costes de las decisiones empresariales, no admite la función de “mediación social” que es típica de la actividad judicial, basada en el ajuste entre los diversos derechos en liza. Esta función, en efecto, supondría discutir la “razonabilidad intrínseca” de la actuación de la empresa y sería causa de distorsión económica y de incertidumbres<sup>57</sup>. Se trata de la enésima

<sup>55</sup> En efecto, también los aspectos subjetivos del despido atienden al funcionamiento de la organización empresarial en relación con la incidencia del incumplimiento o del comportamiento del trabajador durante su normal desarrollo. En este sentido M. T. Carinci, 2012a, 556. Para otros aspectos relacionados v. también *infra* § 6, texto principal y nt. 168.

<sup>56</sup> Perulli, 2012a, 577 ss., quien se explaya sobre las reformas recientemente introducidas en los ordenamientos de Francia y España.

<sup>57</sup> Se ha comentado con acierto que “el gobierno eficiente de las transacciones no pasa, según los postulados de la AED (Análisis Económico del Derecho), por la función judicial”

confirmación del cambio de “paradigma científico” del Derecho del Trabajo y de la tendencia a aceptar la “incuestionabilidad” de la decisión empresarial. Una línea de Política del Derecho que, en la medida en que defiende la “impermeabilidad” de las decisiones organizativas de la empresa al control judicial, se contraponen al respeto de los valores dimanantes de nuestra Constitución en materia laboral y niega la función judicial de implementación efectiva de los derechos fundamentales<sup>58</sup>.

Hagamos una última reflexión. Una elevada protección del trabajador frente al despido constituye una “norma de cierre” de todo el Derecho del Trabajo. La ausencia de una eficaz regulación contra el despido injustificado y la amenaza de una posible extinción a un reducido coste y sin la obligación de restablecimiento del contrato “vacían” muchos derechos de los trabajadores durante la relación laboral (la afiliación y la actividad sindical, la retribución, la profesionalidad, la intimidad, la seguridad en el trabajo, etc.). De hecho, el trabajador, por miedo a perder su puesto, no ejercerá sus derechos. Desde esta perspectiva resulta muy clarificadora la experiencia de las empresas sujetas a la estabilidad obligatoria en el empleo, donde sólo una vez ratificada la extinción del contrato se plantearán cuestiones litigiosas relativas a los derechos fundamentales del trabajador. La reforma, con la eliminación en la práctica de la readmisión y la previsión de indemnizaciones resarcitorias de muy escasa cuantía o que, en cualquier caso, no frenarían a las empresas de alto potencial económico, ha debilitado profundamente la posición del trabajador durante el desarrollo del contrato. El objetivo es seguramente aquél “de hacer más dócil al personal”<sup>59</sup> y, por supuesto, reforzar la autoridad empresarial.

La nueva regulación proyecta sus efectos mucho más allá de la mera protección en caso de despido injustificado. Llega a incidir de manera evidente sobre la “eficacia” del Derecho del Trabajo, como instrumento con capacidad de garantizar, en el transcurso de la relación laboral, los derechos fundamentales del trabajador de origen constitucional (y con refrendo europeo). Las medidas de tutela, en efecto, aunque formalmente existen, ahora se encuentran privadas de instrumentos que garanticen su aplicación práctica, porque la misma reivindicación

(Perulli, 2015, 14). Véase *supra*, en § 1, las consideraciones expuestas sobre el coste del despido. En el mismo sentido Giubboni, 2015, 16 ss.

<sup>58</sup> Remito *supra* a § 1 en todo lo referente a la jurisprudencia dictada en materia de tutela en sus justos términos. Sobre la eficacia de los derechos y el cambio de función de la jurisdicción en el Derecho del Trabajo me permito remitir a Speziale, 2015, 130 ss., 138 ss.

<sup>59</sup> F. Carinci, 2015a, 11.

ción del derecho queda frustrada ante un despido que no es especialmente oneroso para el empresario. Estamos ante un “retorno al pasado”, a una época anterior a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1970, como acredita “el intenso debilitamiento de la nervadura de los valores clásicos del Derecho nacional laboral” y el “vaciamiento de imperatividad que corroe el estatuto constitucional de los derechos sociales”<sup>60</sup>. En el nombre de una presunta (e inde-mostrada) mayor eficiencia se viene a incidir en la dimensión jurídica del trabajo, reduciéndola sustancialmente tanto en su ámbito como en su contenido.

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La nueva regulación no tiene una aplicación subjetiva general. Afecta exclusivamente a los trabajadores, cuadros intermedios y empleados contratados con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto delegado (7 marzo 2015). Vemos, por tanto, que se prevé un sistema “dual” donde los trabajadores que ya estuvieran contratados en la fecha indicada estarán sujetos al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores reformado en 2012, en tanto que los nuevos contratos de trabajo quedarán regulados por el Decreto Legislativo 23/2015.

No se incluyen en la nueva normativa los altos directivos, excluidos habitualmente de las reglas en materia de despido previstas para las otras categorías de trabajadores<sup>61</sup>. A éstos, como sucedía con anterioridad, les serán aplicables los arts. 2118 y 2119 del Código Civil, aparte de la regulación contenida en la negociación colectiva, de ser vinculante para las partes. En cambio, por lo que se refiere al despido discriminatorio y nulo, entran en el ámbito de aplicación del art. 18, párrafos 1 a 3, del Estatuto de los Trabajadores (y del art. 3 de la Ley 108/1990)<sup>62</sup>. El Decreto Legislativo 23/2015 lleva a cabo, por lo tanto, una supresión de la tutela real limitada en lo subjetivo, correspondiendo las nuevas reglas a algunas categorías legales de trabajadores y en función de la fecha de inicio de la relación laboral<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Giubboni, 2015, 12 – 13.

<sup>61</sup> Gentile, 2015, 63 ss.; Marazza, 2015, 320; Santoni, 2015, 115; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9.

<sup>62</sup> Gentile, 2015, 63 – 64; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9 ss.

<sup>63</sup> El Decreto Legislativo 23/2015 no se aplica a algunas relaciones laborales especiales como la de los empleados del hogar familiar o la de los deportistas profesionales o a la resolución

Por lo que se refiere a los aprendices se han suscitado algunas dudas sobre su inclusión en la ley de reforma<sup>64</sup>. En mi opinión, tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que ha extendido la tutela de los despidos también a estos trabajadores, se les debería considerar sujetos a la nueva regulación. Además, las medidas de tutela progresiva se relacionan con el hecho de pertenecer a una de las categorías legales de trabajadores y no al carácter más o menos formativo del contrato, con la consecuencia de que un trabajador en formación no puede ser considerado ajeno a la clasificación prevista por el art. 2095 Código Civil. En cualquier caso, es la propia ley la que debiera haber resuelto el problema. El art. 42, pfo. 3º, del d. Decreto Legislativo 15.6.2015, n. 81 (confirmando lo previsto por el art. 2, pfo. 2º, letra 1, del Decreto Legislativo 267/2011) establece que, en el transcurso del periodo formativo, “se aplicarán las sanciones previstas en la normativa vigente para el despido ilegítimo”. Por lo tanto, a un aprendiz contratado después del 7 marzo 2015, en caso de despido injustificado, le resultarán aplicables las reglas del Decreto Legislativo 23/2015<sup>65</sup>.

El llamado *empleo público* no se incluye en la nueva regulación<sup>66</sup>. Se podría defender también lo contrario, dada la ausencia de disposiciones de coordinación, de formulación un poco confusa, como las previstas en los párrafos 7 y 8 del art. 1 de la Ley 92/2012 (Reforma Fornero). Esta última tesis, que cuestionamos, podría fundamentarse en el art. 2, pfo. 2º, del Decreto Legislativo 165/2001, que aplica al trabajo en el sector público la regulación propia del ámbito privado<sup>67</sup>. Sin embargo, la extensión generalizada al trabajo en la Administración Pública de la regulación prevista para los empresarios privados encuentra una excepción explícita en las “diversas disposiciones contenidas” en el Decreto Legislativo 165/2001 (art. 2, pfo. 2º). Desde este punto de vista, el art.

del contrato durante el periodo de prueba, sujeta, tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, al control de posible motivo ilícito previsto por el art. 1345 Código Civil (Santoni, 2015, 117; Marazza, 2015, 318 ss., 320). En todo caso, la nueva norma no se extiende a todos los supuestos que, aunque se refieran a nuevos contratos, se regulen por leyes especiales, salvo que no se considere producida la derogación completa de la regulación anterior. Con la consecuencia de que para los trabajadores, empleados y cuadros intermedios el nuevo Decreto Delegado excluiría completamente las normas vigentes con anterioridad. La cuestión resulta muy compleja y no puede ser tratada con la profundidad requerida en este momento.

<sup>64</sup> A favor de su inclusión: Gentile, 2015, 62. En contra: Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>65</sup> Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>66</sup> F. Carinci, 2015a, 3 ss.; Romeo, 2015, 10 ss.; Proia, 2015, 61 – 62; Santoni, 2015, 118; Marazza, 2015, 317 ss; Pisani, 2015, 53; Vallebona, 2015, 99 ss. (estos autores utilizan argumentos en parte coincidentes y en parte diversos). Se pronuncian en sentido contrario: Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

51, pfo. 2º, de este Decreto Legislativo prevé la aplicación del Estatuto de los Trabajadores en su totalidad en todas las Administraciones Públicas, “con independencia de su número de trabajadores”. Me parece evidente, por tanto, que la ley de reforma, por su carácter de norma especial, poniéndola en conexión con el Decreto Legislativo 165/2001, y teniendo presente el principio de jerarquía en materia de fuentes, supone que se siga aplicando a éstos el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, incluso para los nuevos contratos posteriores a su entrada en vigor<sup>68</sup>.

Las medidas de indemnización progresiva frente al despido injustificado afectan también a los trabajadores con contrato temporal o de aprendizaje, aunque éstos se conviertan en indefinidos en fecha posterior. Es decir, las empresas que, como resultado de nuevas contrataciones, aunque no sean indefinidas, superen el 7 marzo 2015 el límite máximo de trabajadores previsto en el art. 18, pfos. 8º y 9º, del Estatuto de los Trabajadores quedarán sujetas a la nueva regulación. Estas previsiones normativas son comprensibles si atendemos a la finalidad de la ley, que es la de cristalizar la situación existente en el momento de su entrada en vigor, “neutralizando” los efectos de acontecimientos sobrevenidos (la conversión de relaciones laborales precarias en contratos ordinarios temporales o el cambio del régimen de despidos aplicable a la empresa a resultas del aumento de su dimensión). Pese a ello, hay que reconocer que tales disposiciones son realmente penalizadoras para los trabajadores en los casos de transformación posterior de su contrato en indefinido porque provocan la exclusión de la regulación precedente que resultaba más favorable.

Las disposiciones indicadas son, por otra parte, censurables por excederse del objeto de la delegación en el sentido del art. 76 de la Constitución, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido se ha afirmado que “la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en considerar que la delegación legislativa no impide de modo absoluto la discrecionalidad del legislador delegado, que podrá ser más o menos amplia, en función del grado de especificación de los criterios indicados en la ley delegante”<sup>69</sup>. Con base en el principio rector contenido en la norma delegante, es preciso controlar si el legi-

<sup>68</sup> Su carácter de norma especial excluye el efecto derogatorio. Sobre este punto, por todos, cfr. Guastini, 1998, 196 ss. (si bien con alguna reflexión crítica). Se trata de una tesis que ha sido acogida con carácter general por la jurisprudencia (Cass. 20.7.1991 n. 8090; Cass. 8.4.1988 n. 2801; Cass. 22.12.1986 n. 7836). En sentido similar a lo expuesto en el texto principal Vallebona, 2015, 99.

<sup>69</sup> C. Cost. 13.3.2014 n. 47, *Dejure*, 5.

slador se ha podido exceder de los márgenes de discrecionalidad<sup>70</sup>. El Gobierno, en el ejercicio de su función legislativa, goza de un amplio margen de iniciativa<sup>71</sup>, pero en cada caso es preciso controlar que las decisiones del legislador delegado “no contradicen las indicaciones generales de la propia ley delegante (Sentencia n.º. 272 del 2012)”<sup>72</sup>. Pues bien, pese a la evidente flexibilidad de los principios emanados de los pronunciamientos de la Corte, no cabe duda de que las disposiciones anteriormente analizadas se han dictado violando el art. 76 de la Constitución. La delegación, en efecto, tiene por fin regular “nuevos contratos”, con el fin de “mejorar la oportunidad de ingreso en el mundo laboral” (art. 7, pfo. 1º, parte primera y letra C), Ley 183/2014). Su extensión también a las relaciones de trabajo nacidas con anterioridad no puede, por lo tanto admitirse, porque contradice la específica finalidad de la Ley 183/2014 al no constituir “un desarrollo coherente” o una “finalización” de la norma delegante<sup>73</sup>.

Un problema más delicado es aquél que se refiere a la posible inconstitucionalidad de la nueva regulación por violación del art. 3 de la Constitución. La diferencia de contenido de las normas no se opone a la Constitución si se están regulando situaciones diferentes<sup>74</sup>. Además, la diversidad en la regulación debe ser valorada en base a dos formas de control. La primera, que pone en contraste

<sup>70</sup> C. Cost. n. 47/2014, cit., 5. La sentencia sostiene que este criterio es defendido en numerosos pronunciamientos de la Corte (Sentencias n. 119/2013, 272/2012, 293/2010, 98/2008).

<sup>71</sup> C. Cost. n. 47/2014, cit., 5, con la mención de otros pronunciamientos anteriores sobre la materia que destacan la amplitud de los poderes atribuidos al Gobierno. El Ejecutivo, en efecto, goza de la facultad de introducir disposiciones que constituyan “un desarrollo coherente” o una “terminación de la decisión manifestada por el delegante” e incluso con la posibilidad de actuar también en caso de “silencio del legislador delegante”.

<sup>72</sup> C. Cost. 47/2014, cit., 5. Cfr. C. Cost. n. 341/2007, 426/2006, 285/2006, 481/2005, 163/2000. Sobre estos aspectos cfr. Speziale, 2014a, 11 – 13, 27 (obra a la cual remito para una relación de la jurisprudencia de la Corte y de la doctrina constitucional al respecto) Véase también el análisis de la jurisprudencia del “juez de las leyes” (la Corte) realizado por Celentano, 2015, 5 ss.

<sup>73</sup> C. Cost. 47/2014, cit., 5. El exceso del legislador delegado es señalado por Giubboni, 2015, 14 – 15; Gentile, 2015, 60 (refiriéndose sólo a los trabajadores ya contratados sujetos a la estabilidad obligatoria); Marazza, 2015, 320 – 321; Santoni, 2015, 119 (siguiendo a Gentile, 2015, cit.). Celentano (2015, 7 ss.) afirma que, pese a la complejidad del problema, cabría una interpretación de la norma que, en los casos indicados, excluyera la violación del art. 76 de la Constitución. Por razones de espacio no puedo pronunciarme con detenimiento sobre su tesis, aunque considero difícil que pudiera salvar las objeciones señaladas en el texto principal así como lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

<sup>74</sup> La inobservancia del principio de igualdad se da “cuando situaciones sustancialmente idénticas son reguladas de manera injustificadamente diversa y no cuando a regulaciones distintas corresponden situaciones que no son similares” (entre otras muchas: Sentencias nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C. Cost. n. 155/2014, *Dejure*, 14).

normas diversas sobre la misma materia (que actúa como término de comparación), exige un control de coherencia y racionalidad de las diferencias de regulación existentes. La segunda forma “prescinde de contrastes con otros términos de comparación” “para examinar el respeto de los intereses tutelados hacia los valores derivados del texto constitucional o el equilibrio entre los mismos”<sup>75</sup> y todo ello en base a los principios “de adecuación, pertinencia, proporcionalidad (y) coherencia” de las disposiciones<sup>76</sup>.

En nuestro caso la homogeneidad entre la situación de los antiguos contratos de trabajo y de los nuevos es absolutamente indiscutible, teniendo en cuenta que, en ambos casos, se trata de una regulación de la misma materia (los despidos). Se ha aducido que no habría inconstitucionalidad alguna porque la razonabilidad de la diversidad de tratamiento se justificaría por la necesidad de incrementar las contrataciones<sup>77</sup>. Esta finalidad, en realidad, se podría aceptar a partir del principio a que se refiere el art. 4 de la Constitución. Sin embargo, se hace preciso descender a efectuar el ajuste entre los valores constitucionales que se están contrastando. En este caso se ve en primer lugar la dificultad de probar una positiva correlación entre reducción de la tutela del trabajador e incremento de la ocupación, lo que viene a cuestionar la propia finalidad perseguida por la ley y la razonabilidad del tratamiento peyorativo introducido. Además, aunque se admitiera esa relación positiva, la reducción del modelo normativo es tan intensa, por guiarse exclusivamente por la consideración del fin ocupacional con total detrimento del principio de estabilidad en el empleo, que, precisamente por no obligar a la readmisión, requiere una garantía sólida frente al despido<sup>78</sup>. Y ello sin olvidar que una protección eficaz frente al despido es medio de defensa de la “dignidad” del trabajador (art. 41, pfo. 2º, de la Constitución), por su carácter funcional para el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales ya mencionados (v. § 2).

Estas consideraciones, por otro lado, ponen en evidencia la contradicción entre la regulación existente para los antiguos contratos y la prevista para los nuevos desde la lógica del término de comparación. En efecto, aunque se está en presencia de situaciones “sustancialmente idénticas” (despidos) que implican los

<sup>75</sup> Casavola, 1995, 10; Celotto, 2006, 77.

<sup>76</sup> Corte Costituzionale, 2009, 1. La Corte, en la referencia señalada, cita muchísimas sentencias que confirman estos principios. Sobre la evolución del “juez de las leyes” v. Sorrentino, 2011; Celotto, 2006, 77 ss. (con abundante bibliografía al respecto); Scaccia, 2000, 25 ss.

<sup>77</sup> Pisani, 2015, 22; Proia, 2015, 63.

<sup>78</sup> Sobre estos aspectos v. *infra* § 6 e 7.

mismos valores constitucionales ya citados, para los nuevos contratos se introduce una regulación que reduce de modo drástico la tutela hasta el punto de resultar “incoherente”. El legislador, estando legitimado para alterar la regulación existente (si se considera que la readmisión no es algo explícitamente mencionado por la Constitución), debería haber “graduado” el nuevo sistema sancionador, sin introducir una “contradicción insalvable”<sup>79</sup> entre los dos regímenes normativos. Ante idénticas exigencias constitucionales de tutela de la estabilidad en el empleo y de ejercicio de los derechos fundamentales vinculados al cumplimiento de la prestación de trabajo, la diferencia tan radical entre los sistemas sancionadores del despido introduce una “diversidad injustificada” de reglas. Además, incluso desde una valoración de su razonabilidad, resulta obvio que la nueva regulación es intrínsecamente irracional por la “evidente desproporción entre los medios adecuados para el fin perseguido”<sup>80</sup>. Ésta, por tanto, resulta manifiestamente contradictoria con el sistema de valores constitucionales vinculados a la ejecución de la prestación de trabajo, que encuentran en la protección frente al despido un instrumento indispensable para su ejercicio<sup>81</sup>.

La tesis de la inconstitucionalidad de la reforma se ha defendido también en base a otros argumentos<sup>82</sup>. En los primeros comentarios a la nueva ley se ha sostenido que el art. 3 de la Constitución no habría sido conculcado teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ésta última, en efecto, considera que “no atenta, por sí solo, al principio de igualdad la aplicación de un tratamiento diferente a casos similares, siempre y cuando sea en momentos temporales distintos, porque el *fluir* del tiempo puede constituir un elemento válido para el trato diverso de situaciones jurídicas”<sup>83</sup>. No obstante, la Corte ha preci-

<sup>79</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>80</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>81</sup> A este respecto, resulta suficiente con remitirnos a lo afirmado por la sentencia Cass. 141/2006 en relación a los valores constitucionales implicados en la ejecución de la prestación de trabajo (v. *supra* texto principal y notas 35 y 36). La violación del principio de razonabilidad es sostenida con firmeza por Giubboni, 2015, 20 – 21. La persistencia de una “disparidad injustificada de tratamiento” es defendida por Romeo, 2015, 8.

<sup>82</sup> En este sentido Celentano, para quien la permanencia durante bastante tiempo de un trato más favorable de los antiguos contratos “se justificaría en la confianza que tal regulación habría generado en los trabajadores”, por lo que la “coexistencia de regímenes diferentes” podría ser considerada por diversos motivos como no razonable (2015, 15 – 16).

<sup>83</sup> C. Cost. 13.11.2014 n. 254, que menciona una “constante jurisprudencia de esta Corte” y cita numerosos pronunciamientos anteriores (*Dejure*, 6). Con base en esta jurisprudencia la tesis de la constitucionalidad de la reforma ha sido defendida por Marazza, 2015, 316 ss.; Celentano, 2015, 15 (con cita de pronunciamientos de la Corte en el mismo sentido); Santoni, 2015, 119; Gentile, 2015, 59.

sado que la discrecionalidad del legislador “tiene como único límite la irrazonabilidad manifiesta”<sup>84</sup>. Y a mi juicio, a la vista de lo que se ha dicho, tal límite ha sido en este caso claramente superado. Además, los supuestos examinados por la Corte y resueltos con la tesis del “fluir del tiempo” son distintos de la situación emanada del nuevo contrato indefinido “de tutela progresiva”. En efecto, las distintas normas analizadas por la Corte introducían diversas regulaciones refiriéndose a hechos situados en distintos momentos temporales<sup>85</sup>. Es decir, aunque eran leyes coexistentes, se referían a situaciones claramente distintas por su ubicación temporal. Por el contrario, en el caso que se viene examinando, un mismo hecho (un despido) efectuado en la misma fecha sobre dos trabajadores, el primero con contrato en vigor desde hace un tiempo y el segundo con un contrato firmado más recientemente, recibirá la aplicación de regímenes normativos radicalmente distintos. No estamos, por lo tanto, en presencia de la aplicación ordinaria del principio de sucesión temporal de normas, cada una aplicable de acuerdo con su fecha de entrada en vigor, sino ante una coexistencia normativa que afecta a hechos acaecidos en el mismo segmento temporal y respecto de trabajadores en las mismas condiciones (salvo la fecha de inicio de contrato). No creo, por tanto, que la jurisprudencia constitucional arriba indicada sea aplicable al Decreto Legislativo 23/2015. Lo que vuelve a confirmar los aspectos de inconstitucionalidad ya mencionados.

#### 4. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO Y NULO

El art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 regula el despido discriminatorio, el nulo y el ineficaz por comunicación al trabajador de forma oral. Para estos despidos la ley ratifica el régimen de la “plena reincorporación” regulado en el art. 18, párrafos 1-3, del Estatuto de los Trabajadores, en vigor tan sólo para aquéllos ya contratados a fecha 7 marzo 2015<sup>86</sup>. En los despidos discriminatorios, que no voy a analizar aquí<sup>87</sup>, la ley se refiere a los supuestos del art. 15 del

<sup>84</sup> C. Cost. n. 60/2014 (*Dejure*, 22). Cfr. C. Cost. ord. n. 61/2010 (*Dejure*, 5).

<sup>85</sup> La Sentencia n. 254/2014, por ejemplo, se refiere a dos regulaciones distintas en materia de responsabilidad solidaria en contratos de obras y servicios. De manera que el incumplimiento del contratista, si se hubiera producido antes de una fecha determinada –cuando estaba vigente la norma anterior–, quedaba sometido a ésta, en tanto que acaecido tras la reforma legal, sería regulado por ésta última. Análogas consideraciones pueden realizarse en relación a otros pronunciamientos de la Corte en la materia.

<sup>86</sup> Se remite, por todos, a Brino, 2015, 85 ss.; Musella, 2015, 13 ss.

<sup>87</sup> Para un análisis exhaustivo de la disciplina tras la reforma v. Brino, 2015, 85 ss., a quien remito para otras citas de bibliografía.

Estatuto de los Trabajadores y no, como hace el art. 18 del mismo Estatuto, a los previstos en el art. 3 de la Ley 108/1990. El artículo del Estatuto de los Trabajadores no incluía todos los supuestos de discriminación que la legislación había ido introduciendo, incluida la de ámbito europeo, y este mismo problema se planteó tras la reforma de 2012<sup>88</sup>. Si se acogiera la tesis del carácter no taxativo de los supuestos de discriminación contenidos en las fuentes normativas, la cuestión no plantearía mayor problema y la regulación del art. 2 del Decreto Delegado se extendería también a aquellas otras circunstancias no mencionadas expresamente. La voluntad de la ley es, de hecho, garantizar una “intensa tutela” a una clase de despido revestida de caracteres particularmente “odiosos” y sin hacer distinciones según las circunstancias<sup>89</sup>. Sin embargo, se dan también interpretaciones de signo opuesto<sup>90</sup>, como la realizada recientemente por el Tribunal de Justicia Europeo<sup>91</sup>. La aceptación de la tesis del carácter taxativo determinaría la inconstitucionalidad del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 por “irrazonabilidad” en el sentido del art. 3 de la Constitución (v. *supra* § 3). En efecto, no resulta posible llevar a cabo una “gradación” del perjuicio ocasionado por las distintas formas de discriminación y, a resultas de ello, limitar la readmisión tan sólo a algunas de éstas. La cuestión, en cualquier caso, se podría resolver con una interpretación de la disposición “orientada constitucionalmente”, que, precisamente para evitar la tacha de violación del principio de igualdad, extendiera el ámbito de aplicación de la norma a todas las discriminaciones previstas por la legislación tanto nacional como europea.

El art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 modifica también las reglas del despido nulo. En el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores se contemplaban expresamente los supuestos de despido nulo, utilizándose una fórmula general

<sup>88</sup> Por ejemplo, el art. 3 de la Ley 108/1990 no contempla la discriminación por “infección diagnosticada del virus del SIDA” (art. 5, pfo. 5º, Ley 5 junio 1990, n. 135) o la de “origen étnico” o de “ciudadanía” a las que se refiere el art. 43 del Decreto Legislativo n. 286/1998 (Sobre estos aspectos v., por todos, Chieco, 2013, 280 ss.). En cuanto al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, esta disposición no incluye la de «origen étnico» (Marazza, 2015, 312, nt. 7).

<sup>89</sup> El carácter no tasado de los supuestos previstos por la ley es sostenido por M. T. Carinci, 2012a, 554 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.; Barbera, 2013, 148 ss. (se remite a estos autores por la numerosa bibliografía que citan de otros que también son favorables a esta tesis).

<sup>90</sup> Entre otros, p. ej., Chieco, 2013, 281 (con más referencias bibliográficas).

<sup>91</sup> STJUE 18.12.2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C – 354/2013, *Dejure*, apartados 36 y 37 (con referencia de otros pronunciamientos del Tribunal). La sentencia ha sido analizada por Musella, 2015, 15.

que incluía todos los casos reconducibles a esta forma de invalidez<sup>92</sup>. La nueva regulación, por el contrario, se refiere exclusivamente “a otros supuestos de nulidad previstos expresamente por la ley”, sin ninguna otra especificación.

El texto de la disposición puede tener, desde un punto de vista literal, un doble significado. Conforme al primero, la regulación del art. 2 operará sólo cuando la nulidad esté prevista expresamente por la norma en materia de despido, como sucede en el caso de la trabajadora embarazada (art. 54, pfs. 1º, 2º y 3º, del Decreto Legislativo 151/2001) o por contraer matrimonio (art. 35 del Decreto Legislativo 198/2006)<sup>93</sup>. Una segunda interpretación es aquélla según la cual la tutela basada en el restablecimiento total de la situación se aplicará, junto a los supuestos que se acaban de mencionar, también a los casos previstos por el art. 1418 Código Civil<sup>94</sup>. No cabe duda, de hecho, que también el art. 1418 incluye supuestos de nulidad “previstos expresamente”. Por lo demás, la primera lectura de la disposición contradiría el principio de nulidad virtual, según el cual esta forma de invalidez se aplica no sólo en el caso de que la norma conculcada determine formalmente la sanción de la nulidad, sino también cuando estemos en presencia de la violación de una norma imperativa<sup>95</sup>. Preciso es, por tanto, sostener que la norma laboral ha pretendido derogar este principio, requiriendo siempre la mención expresa de la sanción de nulidad junto al supuesto que la ocasiona.

La interpretación más restrictiva excluiría de la regulación del art. 2 del Decreto Delegado algunos supuestos importantes. Piénsese en todos los casos reconducibles al motivo ilícito o al fraude de ley<sup>96</sup> u otras situaciones en las que el despido, pese a no calificarse expresamente de nulo, sea contrario a normas

<sup>92</sup> La disposición, en efecto, se refería también a “otros supuestos de nulidad previstos por la ley” o encuadrables en el “motivo ilícito causante, en el sentido del artículo 1345 del Código Civil”. Sobre este aspecto cfr. Chieco, 2013, 277 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.

<sup>93</sup> Esta tesis ha sido defendida por Mimmo, 2015, 4; Treu, 2015, 14; Fiorillo, 2015, 121 – 122.

<sup>94</sup> Se trata de la conculcación de “una norma imperativa”, de la “ausencia de uno de los requisitos mencionados en el art. 1325, (de la) ilicitud de la causa, (de la) ilicitud de los motivos en el supuesto indicado por el artículo 1345 y (de la) ausencia en el objeto de los requisitos establecidos por el artículo 1346”. Esta interpretación es asumida por Brino, 2015, 91 ss.

<sup>95</sup> Véase, sobre este aspecto, por todas, la Sentencia Cass. 18.2.2008 n. 3950, *Dejure*, 2 (con referencias a otros pronunciamientos en el mismo sentido). En la doctrina cfr. Vilella, 1998, 611 ss.; D’Amico, 2009, 1 ss.

<sup>96</sup> Perulli, 2015, 41 ss., a quien remito para casos vinculados con los arts. 1345 y 1344 Código Civil.

imperativas<sup>97</sup>. Uno de los supuestos más importantes es el despido por superación del plazo de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad (art. 2110 Código Civil).

La lectura más restrictiva se presta a una doble objeción de inconstitucionalidad. En primer lugar, supondría una violación del art. 76 de la Constitución por exceso del legislador delegado. En efecto, el art. 1, pfo. 7º, letra c), de la Ley n. 183/2014 impone la readmisión en los “despidos nulos”, sin que la norma delegante esté permitiendo modificar la regulación preexistente<sup>98</sup>. Por otra parte, la formulación de esta disposición es tan clara que no permite, con base en los principios que rigen los poderes normativos del legislador delegado (v. § 3), una regulación “manipuladora”, teniendo también en cuenta el principio rector y las indicaciones generales establecidas por la Ley 183/2014.

En segundo lugar, podría considerarse que esta interpretación viola el art. 3 de la Constitución en atención al canon de razonabilidad (v. § 3). No se comprendería, realmente, por qué razón casos de nulidad ciertamente graves y similares a los previstos taxativamente en normas especiales en materia de despido deberían quedar excluidos de una normativa sancionadora que ha sido establecida precisamente por el carácter tan injusto de los motivos que se alegan como base del despido. Resulta difícil sostener que el despido por maternidad de una trabajadora es más “grave” que aquél que obedece a un motivo por retorsión atentatoria del principio de indemnidad, y que ello justificaría una “gradación” en el nivel de protección (nulidad con readmisión en el primer caso, sólo indemnización en el segundo)<sup>99</sup>. Por lo tanto, una interpretación del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 acorde con la Constitución obliga a extender la regulación en él prevista también a los supuestos de nulidad indicados en el art. 1418, pfo. 2º, del Código Civil.

<sup>97</sup> La ley, en algunas situaciones, establece que el despido, si se ha llevado a cabo sin respetar las previsiones de la norma, es injustificado (por ejemplo, el despido producido por sucesión de empresa o por rechazar la conversión del contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial). En estos supuestos, como la ley habla de ausencia de justificación, pienso que debiera aplicarse el régimen ordinario previsto para la ausencia de justa causa o motivo justificado, porque es la propia ley la que califica el tipo de vicio del que adolece el despido (en contra Perulli, 2015, 41, en el supuesto de sucesión de empresa).

<sup>98</sup> Musella, 2015, 27 ss.

<sup>99</sup> Evidentemente, en el ejemplo planteado, el despido por venganza se reconduciría a aquél por motivo ilícito a que se refiere el art. 1345 Código Civil y no al discriminatorio, aunque no es ésta la opinión de un sector de la doctrina y de cierta jurisprudencia.

De todos modos, en caso de que no se considerara posible adoptar una lectura de la norma coherente con la Constitución, no creo que fuera posible reconducir los supuestos de nulidad analizados a la mera tutela económica prevista por el art. 3 Decreto Legislativo 23/2015. En estos casos no estamos ante los despidos sin justa causa o motivo justificado. Un despido por motivo ilícito es estructuralmente distinto de aquél basado en la “grave negación de la relación de confianza” o en el “incumplimiento manifiesto de las obligaciones contractuales” o en razones económicas u organizativas. La distinción se fundamenta, en primer lugar, en las diversas formulaciones literales de las normas, que ciertamente no permiten una asimilación entre estas expresiones. Aquélla, además, se apoya también (y sobre todo) en la diversidad de “bienes protegidos”. En efecto, los supuestos de nulidad más arriba descritos “se caracterizan por conllevar un perjuicio jurídico perteneciente a una categoría especial”<sup>100</sup>, bastante más grave que la ausencia de justa causa o de motivo justificado.

En estos supuestos, por lo tanto, si el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 no fuera interpretado en el sentido más arriba sugerido, se debería concluir que los casos de nulidad analizados no encontrarían ninguna regulación especial en la norma del contrato de “tutela progresiva”. Lo que, por otro lado, debería necesariamente suponer – en base al principio norma general/norma especial (donde la primera se aplica en los casos no regulados expresamente por la segunda<sup>101</sup>)- la aplicación de la nulidad del Derecho Civil y de la llamada tutela real del Derecho común<sup>102</sup>. Esta opción, acogida ya por la jurisprudencia<sup>103</sup>, comportaría la nulidad del despido, la continuación del contrato de trabajo y el derecho del trabajador a todas las retribuciones percibidas, en coherencia con el principio en materia de mora del acreedor<sup>104</sup>. Es decir, el trabajador podría exigir, en el sentido del art. 1453 del Código Civil, el cumplimiento del contrato, obteniendo una sentencia que condenara al empresario al restablecimiento total del vínculo contractual.

Las diversas soluciones de interpretación propuestas se aplican también al despido en donde no se produce la superación del periodo legalmente previsto

<sup>100</sup> Perulli, 2015, 40.

<sup>101</sup> Sobre este aspecto cfr, por todos, Pizzorusso, 2011, 249 ss.

<sup>102</sup> Perulli, 2015, 42 ss.; Marazza, 2015, 311 – 312, nt. 7, y 335 ss.

<sup>103</sup> Véanse Cass. 10.7.2013 n. 17122 y Cass. 27.7.1999 n. 508 en relación a despidos por violación del art. 2 de la Ley 604/1966 en un ámbito no incluido en el régimen de la estabilidad real. Cfr., sobre este aspecto, Marazza, 2015, 336.

<sup>104</sup> Speziale, 1992, 296 ss., 313 ss.

de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad, lo que constituye una violación del art. 2110 Código Civil. Es cierto que este supuesto no se puede reconducir al despido por incapacidad –que no está sujeto a la reincorporación “plena” del art. 2, último párrafo, del Decreto Legislativo 23/2015- porque la regulación prevista para éste presupone una reducción permanente de la capacidad física y no una situación transitoria de imposibilidad (o dificultad) para desarrollar la prestación laboral<sup>105</sup>. Sin embargo, tampoco es un despido asimilable a la ausencia de justa causa o motivo justificado. La jurisprudencia ha asumido desde hace tiempo esta tesis<sup>106</sup>. Además, el art. 18, pfo. 7º, del Estatuto de los Trabajadores ha formalizado la distinción estructural entre estos supuestos, considerando el despido por enfermedad como un supuesto de despido “que viola el artículo 2110, párrafo segundo, del código civil”. Se trata, por tanto, de una calificación jurídica distinta de las previstas por el art. 2119 Código Civil o por el art. 3 de la Ley 604/1966. La ley, además, ha introducido un régimen sancionador específico, con una regulación sólo parcialmente idéntica a algunos supuestos de despido injustificado<sup>107</sup>. En este contexto, por tanto, el despido en donde no se da la superación del periodo legalmente previsto de suspensión del contrato por incapacidad o imposibilidad no puede quedar sujeto a la mera tutela económica. Se trata, en cambio, de un supuesto de nulidad por contradecir una norma imperativa y debe quedar sujeto, llevando a cabo una interpretación extensiva acorde con la Constitución, a la regulación del art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015, o, como alternativa, a la tutela del restablecimiento del vínculo contractual propia del Derecho común, que ya se ha descrito<sup>108</sup>.

Por otro lado, esta conclusión evita una posible crítica de irrazonabilidad, en el sentido del art. 3 de la Constitución, que todavía se podría hacer a la ley de reforma. Resulta bastante difícil, en efecto, justificar una diferencia tan radical entre el despido por incapacidad laboral del trabajador (tutelado con la readmisión) y aquel otro por superación del periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal (que estaría protegido sólo con una indemnización) si se considera la sustancial equivalencia de los valores constitucionales implicados y reconocidos, respectivamente, en los arts. 38 y 32 de la Constitución (derecho al trabajo y tutela de la salud).

<sup>105</sup> Brino, 2015, 97 ss.; Marazza, 2015, 334 ss.; Giubboni, 2015, 8; Voza, 2015, 12 ss.

<sup>106</sup> Entre muchas: Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 28.1.2010 n. 1861.

<sup>107</sup> Speziale, 2013, 338 ss.; Voza, 2015, 15 ss.

<sup>108</sup> En este sentido Fiorillo, 2015, 112 (quien por otra parte considera aplicable el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015, sin plantearse el problema de la no mención en relación con lo discutido sobre la nulidad “prevista expresamente por la ley”); Marazza, 2015, 335; Giubboni, 2015, 8–9.

## 5. LA READMISIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO

En el despido disciplinario la readmisión está prevista exclusivamente en el caso de que “se pruebe en juicio la insubsistencia del hecho material notificado al trabajador, respecto al cual resulta ajena toda valoración sobre la desproporción del despido” (art. 3, pfo. 2º, del d.lgs. 23/2015). No me parece que se pueda plantear una violación del art. 76 de la Constitución en relación con la norma delegante, que limitaba la reincorporación a “casos concretos de despido disciplinario injustificado” (art. 1, pfo. 7º, letra c), Ley 183/2014). La disposición, en efecto, conduce a pensar en una regulación casuística que individualice los supuestos en los cuales se debe aplicar la tutela “fuerte”. No obstante, la norma puede ser considerada como una formulación “sintetizadora” de una serie de faltas con relevancia disciplinaria no llevadas a cabo por el trabajador, que darían lugar al supuesto de despido injustificado (robo no cometido; daño no realizado; falta de asistencia al trabajo inexistente, etc.). Teniendo en cuenta la elasticidad de los criterios utilizados por la Corte Constitucional en la materia (§ 3), creo que no se puede pensar en un exceso del legislador delegado<sup>109</sup>.

El art. 3 del Decreto Legislativo 23/2015 utiliza una formulación que sin duda pretende restringir de manera sustancial la obligación de readmisión. La misma nos recuerda de nuevo el debate que, tras la reforma del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores en el año 2012, se desarrolló entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la dicotomía “hecho material”, “hecho jurídico”. En el primer caso, el “hecho insubsistente” debería ser considerado exclusivamente en su componente “material”, sin ninguna connotación subjetiva (y, por tanto, entendido como acción/omisión o suceso concreto). En la segunda hipótesis, éste debería asumir también el elemento subjetivo (dolo, culpa, intensidad del elemento intencional, etc.)<sup>110</sup>. La jurisprudencia menor se orientaba preferentemente por la tesis del “hecho jurídico”<sup>111</sup>, en tanto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente a favor del “hecho material”<sup>112</sup>, con gran satisfacción de algunos autores<sup>113</sup>. Finalmente, en un pronunciamiento posterior

<sup>109</sup> De la misma opinión Pisani, 2015, 32 ss.

<sup>110</sup> Para un análisis de esta problemática y de los autores favorables a las dos tesis remito a Speziale, 2014b, 369 ss.; Sambati, 2015, 170 ss.; Perulli, 2015, 33 ss. Véanse las agudas observaciones de Nogler, 2015, 39 ss.

<sup>111</sup> Sobre este aspecto cfr. Speziale, 2014b, 371 ss.

<sup>112</sup> Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, *Dejure*, 1 ss.

<sup>113</sup> Pisani 2015, 25 ss.; Vallebona, 2014, 874 (según el cual el Tribunal Supremo habría vuelto a poner “las cosas en su sitio”). Sobre la sentencia v. también Del Punta, 2015, 32 ss.; Nogler, 2015, 49 ss.

“que ha pasado inadvertido”<sup>114</sup>, el Tribunal Supremo ha confirmado implícitamente que un hecho, aunque materialmente tenga subsistencia, debe ser valorado también en su componente subjetiva. El Tribunal ha considerado, en este pronunciamiento, que faltaba el requisito de proporcionalidad y que la conducta empresarial era merecedora de una sanción conservativa, con el consiguiente reconocimiento del derecho a la readmisión del trabajador<sup>115</sup>. La cuestión, por tanto, sigue abierta.

No es dudoso, por otra parte, que el legislador de 2015 se ha inclinado por la tesis del “hecho material”<sup>116</sup>. En síntesis, a los fines de aplicar la tutela de la readmisión, la ley solamente atiende a los componentes de la acción/omisión, al nexo entre causa y efecto, sin ninguna consideración de los aspectos relativos al elemento subjetivo. Es cierto, en efecto, que, en el sistema jurídico, “el “hecho”, en su esencia fenomenológica, no es jurídicamente relevante si no es mediante su valoración a la luz de los parámetros normativos”<sup>117</sup>. Sin embargo, el legislador puede seleccionar los elementos a los que va a subordinar la producción de determinados efectos jurídicos, pudiendo unirlos exclusivamente a componentes materiales del supuesto regulado<sup>118</sup>. El art. 3, pfo. 2º, parte primera, del Decreto Delegado ha hecho una elección así. Por lo tanto, solamente la ausencia de los factores objetivos indicados, o la no imputabilidad de los mismos al trabajador (que es un elemento distinto de la ausencia de dolo o culpa)<sup>119</sup> puede determinar la reincorporación “atenuada” prevista por esta disposición del Decreto Legislativo 23/2015. Por tanto, ante la constatación de un daño no causado por fuerza mayor a los bienes de la empresa, aunque no se tratara de un comportamiento lesivo, por faltar, por ejemplo, la voluntariedad en la acción (que fuera debida a simple negligencia) y el juez considerara el despido injustificado, el trabajador sólo tendrá derecho a la indemnización económica.

También se ha afirmado que no cabría sostener esta tesis en la medida en que la ley se refiere al “hecho material notificado”, con una noción que “remite,

<sup>114</sup> F. Carinci, 2015b, 6.

<sup>115</sup> Cass. 11.2.2015 n. 2692, *Dejure*. Sobre la sentencia véase F. Carinci, 2015b, 6 – 7.

<sup>116</sup> Perulli, 2015, 33 ss. (con abundante crítica); Sambati, 2015, 187; Fiorillo, 2015, 115 ss.; Marazza, 2015, 322 ss.; Giubboni, 2015, 17 ss.; Pisani, 2015, 25 ss.; Vallebona, 2015, 88 ss.

<sup>117</sup> Perulli, 2012b, 794. El autor se ha ratificado recientemente en esta tesis (Perulli, 2015, 33 ss.).

<sup>118</sup> Persiani, 2013, 10 – 11; Cavallaro, 2014, 228.

<sup>119</sup> La no imputabilidad, de hecho, viene a coincidir con la falta de capacidad de obrar (Cass. 2.3.2015 n. 4171; T. Ravenna 18.3.2013, *Dejure*).

por tanto, a un concepto del “hecho” comprensivo de la imputabilidad y del elemento psicológico-subjetivo”, porque de no ser así no podría ser calificado “de “incumplimiento” culpable”<sup>120</sup>. En mi opinión el término “imputado” sirve para delimitar el perímetro de la investigación sobre la realidad de la acción/omisión, que deberá desarrollarse atendiendo a lo indicado en la carta de despido y no a elementos ajenos a ésta<sup>121</sup>. No obstante, en relación al “hecho” solamente la ausencia de los elementos objetivos puede ser sancionada con la readmisión. Mientras que el legislador considera que la inexistencia de dolo o culpa debe ser sancionada exclusivamente con una indemnización, como sucede con la ausencia de justa causa o motivo justificato.

Por otra parte, esta lectura de la norma plantea algunos problemas interpretativos y de coherencia con la Constitución. En primer lugar, resulta evidente que un comportamiento cualquiera del trabajador, materialmente existente pero carente de trascendencia como para ser objeto de sanción por el empleador, podría suponer la falta de justificación del despido, sin que, pese a ello, pudiera dar lugar a una condena a la readmisión. Piénsese en el denominado “hecho lícito”, como el caso de un trabajador que rehúsa saludar al empresario o una falta tan “leve” que no alcance el carácter de incumplimiento del contrato<sup>122</sup>. En estos supuestos se podría plantear la “irrazonabilidad” de la disposición desde la perspectiva del art. 3 de la Constitución<sup>123</sup>. No existe ninguna diferencia que pueda justificar un tratamiento diverso entre un comportamiento con trascendencia disciplinaria no cometido por el trabajador y aquel otro que, aunque haya sido llevado a cabo por éste, se quede muy lejos de alcanzar la consideración de inobservancia de las obligaciones contractuales o de constituir una lesión de la relación de mutua confianza.

Sin embargo, esta violación del principio de igualdad se puede conjurar mediante una interpretación de la disposición “orientada constitucionalmente” que evite las consecuencias descritas. Una primera posibilidad es interpretar la norma como referida no sólo a la ausencia del hecho material sino también a la “absoluta irrelevancia’ disciplinaria” del comportamiento notificado”<sup>124</sup>. En

<sup>120</sup> Perulli, 2015, 34, quien insiste en que el hecho debiera ser considerado en un sentido jurídico.

<sup>121</sup> En el mismo sentido Nogler, 2015, 42.

<sup>122</sup> Marazza, 2015, 324 – 325 hace referencia al hecho materialmente existente pero que procede de causa no imputable al trabajador o a aquella actuación justificada por fuerza mayor. En el mismo sentido, Pisani, 2015, 29 – 30.

<sup>123</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>124</sup> Marazza, 2015, 325.

sentido análogo se ha dicho que sería necesario interpretar el art. 3, pfo. 2º, parte primera, como un “hecho-incumplimiento”<sup>125</sup>. De este modo, se ha defendido que un trabajador despedido por un hecho carente de contenido disciplinario “puede exigir la tutela real atenuada, no porque se esté ante un hecho no existente, sino porque no concurre el presupuesto de una adecuada demostración; es decir, la comprobación de un hecho-incumplimiento que tenga cierta relevancia”<sup>126</sup>. Son tesis que se pueden compartir a los fines que perseguimos pero que suponen una alteración excesiva de la redacción literal de la disposición que difícilmente se puede aceptar<sup>127</sup>. Por otro lado, esta lectura se opondría al principio motor de la reforma, que pretendía resolver el debate “hecho material/jurídico” optando por el primero. El legislador, situado precisamente ante dicha contraposición teórica, quiere sostener que el comportamiento imputado debe ser analizado “en su cruda materialidad”<sup>128</sup> y prescindiendo de su relevancia jurídica<sup>129</sup>. Junto a esto, una de las interpretaciones propuestas (es preciso demostrar un comportamiento que constituya un incumplimiento de entidad) contradice claramente el art. 3, pfo. 2º, del Decreto Legislativo 23/2015 cuando sostiene que “resulta ajena toda valoración sobre la desproporción del despido”. Si, a la postre, la ausencia de gravedad suficiente en el incumplimiento (que no sea “de entidad”) comporta la readmisión, se reintroduciría el juicio de proporcionalidad entre hecho y sanción que el legislador quería evitar.

Se puede encontrar una solución al problema sosteniendo que en los supuestos descritos (comptoobación de un hecho lícito o sin ningún valor disciplinario) se está ante un acto en fraude de ley<sup>130</sup>. Éste, en efecto, pretende superar

<sup>125</sup> Pisani, 2015, 30, 32; Fiorillo, 2015, 117.

<sup>126</sup> Nogler, 2015, 43.

<sup>127</sup> Y de esto es consciente el propio Pisani, cuando afirma que, visto el texto de la norma, se trataría de una interpretación correctiva “muy forzada” (2015, 32).

<sup>128</sup> Cavallaro, 2014, 228, nt. 39.

<sup>129</sup> Se ha señalado que esta interpretación estaría en contradicción con el texto de la ley, que vincula justa causa y motivo justificado a la inexistencia del “hecho”, sin afirmar que la readmisión operaría en el caso de “despido *ilegítimo*” (Nogler, 2015, 44). En realidad el texto puede reconstruirse así: es preciso notificar al trabajador un comportamiento que sea calificable como justa causa o motivo justificado de despido. Si el comportamiento es inexistente en su componente material procederá la readmisión. Y al contrario: cuando, existiendo, carezca de trascendencia disciplinaria o no se dé la proporción precisa entre imputación y sanción procederá la tutela indemnizatoria.

<sup>130</sup> En el mismo sentido Vallebona, 2015, 89. El recurso a esta hipótesis del fraude de ley es criticado por Nogler, 2015, 35 ss., 58 ss.

el obstáculo del control de la justificación del acto de despido –prescindiendo de comportamientos reconducibles a justa causa o motivo justificado subjetivo- y evitar como sea la sanción de la readmisión (porque el comportamiento atribuido al trabajador existe realmente). En este caso, por tanto, estamos ante un rodeo de la norma imperativa (v. *infra* en este §)<sup>131</sup> y “aunque el medio utilizado sea lícito, es ilícito el resultado que a través del abuso del medio y de la distorsión de su función ordinaria se quiere concretamente conseguir”<sup>132</sup>. Por tanto, siguiendo los arts. 1418, pfo. 2º, y 1344 del Código Civil se aplicará la tutela del restablecimiento pleno indicada por el art. 2 del Decreto Legislativo 23/2015 o la propia del “Derecho común”, en función de la tesis teórica que se prefiera (§ 4)<sup>133</sup>. En los casos en los que, finalmente, el hecho se ha producido con ausencia de imputabilidad o en situación de fuerza mayor, el comportamiento no se le puede atribuir a la persona que lo ha realizado y, por tanto, estas situaciones se han de considerar similares a la de la “inexistencia” de los hechos alegados.

La readmisión en el despido disciplinario plantea otros delicados problemas de constitucionalidad, que serán examinados posteriormente (v. § 6).

La reincorporación al puesto exige también que la ausencia del “hecho material” sea “directamente probada en juicio”. Una expresión difícil de interpretar<sup>134</sup> y que se ha entendido como la exclusión del uso de presunciones<sup>135</sup>. De este modo, se obligaría al trabajador a aportar la prueba negativa de la inexistencia del hecho, haciendo todavía más difícil la aplicación de la tutela de la readmisión<sup>136</sup>. Sobre esto pienso que la justa causa o el motivo justificado, cuya carga probatoria corresponde al empresario (art. 5 Ley 604/1966), supone necesariamente la demostración de la concurrencia del comportamiento atribuido al trabajador y, por tanto, del “hecho material” que constituye su sustrato. No resulta posible, desde un punto de vista probatorio, separar la demostración de

<sup>131</sup> Sobre estos aspectos, v. Bolego, 2011, 60.

<sup>132</sup> Cass. 20.1.2010 n. 1523.

<sup>133</sup> Una solución alternativa podría ser también la de considerar el despido, en las situaciones indicadas, como “falaz” y expresivo de un abuso de derecho (Perulli, 2015, 43 – 44).

<sup>134</sup> Pisani, 2015, 37.

<sup>135</sup> Marazza, 2015, 329.

<sup>136</sup> F. Carinci, 2015b, 9. En este caso, se ha sostenido que esta interpretación (al atribuir al trabajador la carga de la prueba de la negación del hecho), de aceptarse, sería inconstitucional por oponerse a los arts. 3 y 24 de la Constitución (Giubboni, 2015, 19). Se remite, sobre este punto, a Perulli, 2015, 36 ss. para un análisis del debate suscitado. Véase también Pisani, 2015, 36 ss; Marazza, 2015, 328 ss.

la justificación del despido de la prueba que acredita la realidad del comportamiento –en sus elementos objetivos y subjetivos- que constituye su presupuesto<sup>137</sup>. Por lo tanto, el empresario deberá articular medios probatorios con ese objetivo y, si no consigue probar el comportamiento atribuido al trabajador, tendrá que asumir las consecuencias. Por tanto, conforme al art. 5 de la Ley 604/1966 y al inescindible nexo descrito, la carga de la prueba no puede corresponder más que al empresario<sup>138</sup>. Además, la interpretación que se critica se expondría a ser tachada de inconstitucional por el principio de la “proximidad o disponibilidad de la prueba”, deducible del art. 24 de la Constitución. Y que “vincula al derecho de acción en juicio la prohibición de interpretar la ley de manera que se haga imposible o demasiado difícil su ejercicio” (Corte Cost. 21 abril 2000, n. 144)<sup>139</sup>. No cabe duda de que atribuir al trabajador la prueba negativa de “inexistencia del hecho material” significaría violar dicho principio, por la evidente mayor dificultad que supondría para el interesado llevar a cabo aquella demostración<sup>140</sup>.

Un problema particular es el del papel de la autonomía colectiva. No hay duda de que los convenios y acuerdos colectivos podrían regular, de manera distinta y más favorable para el trabajador, los efectos del despido ilícito, extendiendo la readmisión más allá de lo previsto en la ley, de lo que ya tenemos alguna experiencia<sup>141</sup>. Esta posibilidad, además de estar basada en el principio de la inaplicación *in melius* de la ley por parte del convenio colectivo, se fundamenta en este contexto en el art. 12 de la Ley 604/1966. Esta disposición, con la referencia a las “condiciones más favorables” en “la materia” regulada por la propia ley, permite sin duda actuar de este modo<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> Si el trabajador ha sido despedido por sustracción de bienes de la empresa, el empresario no puede demostrar la justa causa si no prueba que el comportamiento se ha realizado materialmente por el sujeto a quien ha sido atribuido.

<sup>138</sup> Nogler (2015, 58) considera que la tesis aquí criticada constituiría una derogación parcial del art. 5 de la Ley 604/1966 y un cambio “tan intenso habría sido previsto expresamente”. Compartimos totalmente su opinión.

<sup>139</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 5.

<sup>140</sup> Una dificultad evidente también y sobre todo cuando se impone a un sujeto la prueba de un “hecho negativo”: Cass., S. U., 141/2006, cit., 5.

<sup>141</sup> Hay constancia, en efecto, de acuerdos colectivos, como uno firmado en una empresa multinacional, que han restablecido precisamente el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores. Cfr. Il Diario del Lavoro, 12.06.2015, en <http://www.ildiariodelavoro.it>

<sup>142</sup> Pisani, 2015, 35; F. Carinci, 2015b, 1 – 2.

Una cuestión más compleja es la del despido disciplinario basado en un comportamiento para la que se prevé en el convenio colectivo una sanción conservativa del puesto (por ej. una falta de puntualidad de pocos minutos o una ausencia injustificada del puesto de trabajo de corta duración). Se ha afirmado que, en este caso, la regulación legal prevalece sobre la colectiva, y, como el “hecho material” concurre, debería producirse solamente la tutela indemnizatoria<sup>143</sup>. Sin embargo, se ha sostenido que el trabajador podría ejercer, de acuerdo con el art. 1218 del Código Civil, una acción ordinaria por incumplimiento del convenio colectivo, obteniendo un resarcimiento suplementario del daño<sup>144</sup>. Este tipo de interpretaciones sirven para confirmar el papel activo de la negociación colectiva. Se ha defendido, en fin, que considerar irrelevantes todos los supuestos de ilícitos disciplinarios tipificados en los convenios colectivos podría plantear problemas de compatibilidad con el art. 39, pfo. 1º, de la Constitución, que reconoce la libertad sindical<sup>145</sup>.

Por otro lado, a mi juicio en estos casos sería posible plantear la nulidad del despido por incumplir una norma imperativa recogida en el convenio colectivo. En efecto, las nociones legales de justa causa y motivo justificado subjetivo son inaplicables *in melius* mediante la tipificación de hechos que, por su gravedad, no justifican el despido sino tan sólo una sanción más leve. En caso de despido, por tanto, no estaríamos ante una violación de los arts. 2119 del Código Civil y 3 de la Ley 604/1966 –con aplicación de la regulación prevista en el Decreto Legislativo 23/2015– sino ante un incumplimiento de un pacto negocial que limita la facultad de extinguir el contrato. En este supuesto, la inaplicación es de mejora porque impide la facultad de despedir y, hasta el límite conforme al cual el convenio colectivo nacional de trabajo (en adelante: ccnl) sea vinculante para las partes, excluye la aplicación de la regla legal. El efecto es similar al que se produciría si el ccnl estableciese la readmisión en caso de despido injustificado. En el primer supuesto, con la previsión de una sanción conservativa del puesto, la cláusula negocial impide el despido y su violación constituiría una causa de nulidad que impediría la aplicación del régimen de resarcimiento económico del art. 3 del Decreto Legislativo 23/2015. Esta disposición, en efecto, no regula el despido nulo. En el segundo (régimen del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores por voluntad de la autonomía colectiva), la aplicación del convenio supone una excepción a la aplicación del régimen de efectos que la ley prevé en caso de

<sup>143</sup> Pisani, 2015, 34 – 35.

<sup>144</sup> Fiorillo, 2015, 119; Perulli, 2015, 35.

<sup>145</sup> Giubboni, 2015, 19.

despido. Se trata de dos mecanismos distintos de operatividad del convenio colectivo que determinan la misma inaplicación de la regulación del Decreto Legislativo.

Esta interpretación podría cuestionarse desde diversos puntos de vista. Una primera objeción es la que se basa en el art. 1418, pfo. 1º, Código Civil. Esta disposición prevé la nulidad por contravenir lo previsto en una norma imperativa legal pero no menciona las cláusulas convencionales, por lo que no se podría aplicar en este caso. Sin embargo, hace tiempo que en materia de fuentes del Derecho del Trabajo se admite la plena equivalencia entre normas imperativas y normas inderogables<sup>146</sup>. Además, el art. 2113 Código Civil y el art. 360 Código de Procedimiento Civil (y otras leyes) hace tiempo que han llevado a cabo una completa equiparación entre disposiciones inderogables legales y convencionales. El art. 1418, pfo. 1º, Código Civil es, por tanto, aplicable también al caso de violación de normas inderogables previstas por la autonomía colectiva (y tales son, sin duda, las relativas a las sanciones disciplinarias)<sup>147</sup>.

Por otro lado, cabría también la objeción de que, de acuerdo con el art. 30 de la Ley 183/2010, lo tipificado por la autonomía colectiva en materia de justa causa y motivo justificado no es vinculante para el juez. Una conclusión similar se podría alcanzar en relación con las sanciones más leves previstas por el convenio (respecto de la ley que prevé una sanción más grave). Sin embargo, como regla general, la no obligatoriedad de lo previsto en un ccnl opera a favor del trabajador y no en su contra, de manera que el Juez no podría aplicar cláusulas convencionales relativas al despido justificado peyorativas respecto a lo previsto por la ley<sup>148</sup>. Con más motivo, el magistrado que se encuentra ante el

<sup>146</sup> De Luca Tamajo, 1976, 16 ss.; Voza, 2007, 16, aunque no faltan opiniones más recientes (Novella, 2009, 31 ss., 72 ss.; M. C. Cataudella, 2008, 12 ss.). Mi respaldo a la tesis expuesta se encuentra desarrollada en Speziale, 2012b, 373 ss. (remito a este artículo para un tratamiento más extenso de la cuestión).

<sup>147</sup> Sobre la equivalencia entre inderogabilidad legal y convencional y sobre la aplicación del art. 1418 Código Civil también a la segunda me permito remitir a Speziale, 2012b, 367 ss. y 371 ss. Para la jurisprudencia véase, por todas, Cass. 20.5.2013 n. 13227, que expresamente habla de nulidad, “de acuerdo con el art. 1418 Código Civil.”, de los actos “que aplican un derecho distinto al establecido de modo inderogable por normas legales o convencionales” (*Dejure*, 3, con mención de muchos otros precedentes de sentido análogo).

<sup>148</sup> Hace tiempo que la jurisprudencia se pronunció en este sentido, afirmando la nulidad, conforme al art. 1418 Código Civil, de cláusulas de ccnl que establecían la extinción automática del contrato de trabajo sin respetar los supuestos de despido previstos en la ley.

hecho de que el convenio colectivo sanciona con la conservación del puesto, no puede revisarlo en un sentido desfavorable para el trabajador, estimando que su comportamiento es causa de despido. Este principio encuentra hoy una ratificación expresa en el art. 18, pfo. 4º, del Estatuto de los Trabajadores, que implícitamente confirma la imposibilidad de despedir por hechos excluidos por la autonomía colectiva de la sanción de despido, al prever para ellos sólo una sanción de reincorporación al puesto.

Una última objeción es la de que esta interpretación nunca se ha planteado durante el régimen de la estabilidad obligatoria anterior a la reforma del 2015 y todavía aplicable a situaciones anteriores. También en estos casos y en presencia de los supuestos descritos, ¿se debería aplicar la nulidad del “Derecho común”? A mi juicio la respuesta es afirmativa. La cuestión, de hecho, no se ha abordado en profundidad en el pasado porque la prevalencia de la tutela de la readmisión hacía que fuera un problema secundario. Hoy, sin embargo, la situación es distinta. Afirmar que la regulación legal en materia de despido impide cualquier efecto inaplicativo de la regulación legal por mejora de la autonomía colectiva supone eludir lo que la ley prevé expresamente (art. 12 de la Ley 604/1966). Además, considerar que la regulación legal acapara todo lo relativo a los efectos del despido injustificado, sin dejar espacio alguno a otras regulaciones supone la eliminación de principios propios no sólo del Derecho Civil sino también del Derecho del Trabajo (como, precisamente, la inaplicación legal por mejora de la autonomía colectiva).

En conclusión, considero, por tanto, que cuando el convenio colectivo establece una sanción de reincorporación, la opción del empresario por el despido determina su nulidad por violación de la cláusula negocial, lo que supondrá la aplicación del art. 2 del Decreto Legislativo (“reincorporación plena”) o la tutela reintegradora del “Derecho común” (v. § 4).

## **6. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN “DUAL” READMISIÓN/INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO**

El régimen “dual” introducido por la reforma (readmisión en los casos de inexistencia del “hecho material”, tutela indemnizatoria en los demás supuestos) se presta a posibles tachas de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional ha afirmado de manera indudable que la tutela reintegradora no constituye una sanción obligada y que la garantía del derecho

al trabajo puede ser alcanzada mediante técnicas de tipo indemnizatorio<sup>149</sup>, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo había subrayado precisamente que “el derecho del trabajador a su puesto de trabajo, protegido por los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución, sufriría una auténtica expropiación si se redujera por la ley a una suma dineraria”<sup>150</sup>. A juicio de la Corte Constitucional, la estabilidad en el empleo, garantizada por la ley fundamental, se concreta en la prohibición del despido *ad nutum* y obliga al legislador a señalar las causas justificativas del mismo, cuya violación por el empresario puede ser sancionada a través de diversas técnicas, dejando al legislador la concreción de éstas<sup>151</sup>. Esta discrecionalidad, sin embargo, no excluye que las disposiciones introducidas deban respetar un principio de razonabilidad, con base en consideraciones “de adecuación, pertinencia, proporcionalidad (y) coherencia” de las disposiciones, cuya falta determinaría la violación del art. 3 de la Constitución<sup>152</sup>. En relación con el precedente equilibrio normativo y con la “tutela paralela” (readmisión en la estabilidad real y resarcimiento económico del daño en la obligatoria), la Corte Constitucional había afirmado claramente que, incluso respecto a la plena discrecionalidad legislativa al elegir los regímenes sancionadores, “la regulación, para que sea conforme a la Constitución, debe respetar la exigencia de un tratamiento similar para situaciones iguales y, con relación a éstas, sólo cabe hacer diferencias por razones justificadas...”<sup>153</sup>. Estos principios deben, por tanto, orientar necesariamente al intérprete en la valoración de la coherencia de las nuevas disposiciones con la ley fundamental.

En este contexto, una primera cuestión de inconstitucionalidad se puede ubicar en la “desproporción” entre la sanción de readmisión prevista para el caso de ausencia del “hecho material” y la tutela indemnizatoria establecida para el despido injustificado por falta de todo elemento subjetivo de intencionalidad (dolo o culpa). Se trata de una situación distinta de la ya examinada sobre la comprobación de un “hecho lícito” o carente de trascendencia disciplinaria, donde se propuso una interpretación correctiva que debería excluir la conculcación del art. 3 de la Constitución<sup>154</sup>. En el supuesto que ahora se aborda, el trabajador ha tenido en efecto un comportamiento de trascendencia disciplinaria

<sup>149</sup> Corte Cost. 3 febbraio 2000 n. 46, *www.cortecostituzionale.it*, 4 – 5. Sobre esta sentencia véase, por último, Fiorillo, 2015, 105 – 106; Celentano, 2015, 16 ss

<sup>150</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 6. Destaca este aspecto Giubboni, 2015, 21.

<sup>151</sup> Además de C. Cost. n. 46/2000, cit., cfr. C. Cost. n. 45/1965; C. Cost. n. 194/1970; C. Cost. n. 129/1976; C. Cost. n. 189/1980; C. Cost. n. 2/1986.

<sup>152</sup> V. *supra* § 3, texto principal y nota 75 ss.

<sup>153</sup> C. Cost. 8.1.1986 n. 2, *Dejure*, 12.

<sup>154</sup> V. *supra* § 5, texto principal y nota. 122 y ss.

(por ejemplo, un daño a la maquinaria). Sin embargo, el hecho no es atribuible a su responsabilidad por ausencia de voluntariedad o negligencia y, por tanto, el despido, aunque se califique de injustificado, sólo va a conllevar el derecho a ser indemnizado. Las dos situaciones (ausencia de comportamiento desde el punto de vista material/falta de elemento subjetivo) son totalmente equivalentes desde el punto de vista de la gravedad y de los intereses en juego tutelados y ciertamente no justifican tal grado de diferencia en el sistema sancionador<sup>155</sup>. No haber realizado materialmente un hecho o haberlo llevado a cabo sin ninguna responsabilidad son situaciones, desde el punto de vista jurídico, de “igual valor”.

Otra tacha de inconstitucionalidad puede encontrarse en el “desequilibrio” entre readmisión por ausencia de comportamiento “material” del trabajador y atribución, en caso de despido injustificado, de una suma bastante reducida, particularmente en los primeros años de servicio. Además, esta situación se agravaría posteriormente si se acogiera la interpretación según la cual no existe un mínimo de indemnización de cuatro meses de salario en todo caso, sino sólo cuando el despido injustificado tenga lugar durante el primer año de contrato. Con base en esta tesis, si el despido tuviera lugar transcurrido el primer año de contrato, sólo se percibiría una indemnización igual a dos meses de salario por año de servicio (incluido el primero)<sup>156</sup>. Además, otro factor de posible penalización al trabajador es el constituido por la introducción de la “oferta de conciliación” que induce a éste a elegir una opción que reducirá finalmente la cuantía del resarcimiento<sup>157</sup>. El legislador puede ciertamente graduar el sistema sancio-

<sup>155</sup> En el mismo sentido Nogler, 2015, 44 – 45, 52, quien subraya la irrazonabilidad de la elección del legislador.

<sup>156</sup> Realmente, a mi juicio, la redacción literal del art. 3, pfo. 1º, del Decreto Legislativo 23/2015 es clarísima: las “dos mensualidades” son el “valor económico” del despido injustificado por cada año de antigüedad y constituyen el parámetro general para calcular el incremento a que tiene derecho el trabajador con el paso del tiempo. En cambio, los 4 y los 24 meses vienen a ser el límite mínimo y máximo, como demuestra la dicción “en cuantía en todo caso no inferior a cuatro ni superior a veinticuatro mensualidades”. Las palabras utilizadas y el término “en todo caso” recuerdan la expresión que emplea el art. 18, pfo. 2º, del Estatuto de los Trabajadores para las 5 mensualidades como mínimo, que no pueden ser disminuidas.

<sup>157</sup> Sobre la oferta conciliativa v. *supra* § 1, texto principal y notas 23 ss. El importe del resarcimiento es particularmente reducido en los primeros años de contrato. Un trabajador con una antigüedad de 4 años tendría derecho a 10 (o según la interpretación aquí criticada a 8) meses de salario, que, en conciliación, podrían reducirse a la mitad. En justicia, teniendo presentes los valores constitucionales en juego (también derivados del Derecho Europeo: v. § 7), las cuantías deberían ser considerablemente superiores. Sobre estos aspectos remito a Speziale, 2013, 315; Id., 2014a, 32 ss.

natorio, determinando que la ausencia de comportamiento material conlleve la readmisión (porque se trata de una acusación inexistente en lo fáctico) y que, existentes los hechos alegados, si no constituyen justa causa o motivo justificado, pueda ser sancionado sólo con el abono de una indemnización. Sin embargo, la exigüidad de las cantidades previstas convierten la tutela en irrisoria y, por consiguiente, en incoherente e irracional respecto del otro tipo de sanción. No se llega a entender, de hecho, por qué razón la ausencia del hecho alegado se protege con tanta intensidad y un comportamiento de éste de escasa importancia a efectos disciplinarios (una falta de puntualidad de escasos minutos, una falta de asistencia al trabajo de un solo día) que no llega a justificar el despido se sanciona con importes tan ínfimos. Los dos supuestos, en efecto, son muy similares en cuanto a su “gravedad” y no justifican una diferencia de tratamiento tan radical, que en todo caso debería haberse evitado mediante el establecimiento de una indemnización económica adecuada.

La exigüidad de la indemnización, que como veremos plantea problemas de compatibilidad con el ordenamiento europeo (§ 7), plantea otra cuestión de constitucionalidad. La Corte Constitucional, en efecto, ha destacado que “la regla general de integridad y equivalencia de la restitución con el perjuicio causado al lesionado en su derecho no es constitucionalmente exigible (Sent. n. 148/1999), siempre que esté garantizada una indemnización adecuada (Sent. n. 199/2005 y n. 420/1991)”<sup>158</sup>. Me parece evidente que la indemnización prevista por la ley es completamente “inadecuada”, teniendo en cuenta que en este caso se trata de un requisito que debe ser valorado “con mayor rigor si cabe porque “lo que está en juego” es el derecho al trabajo, respecto al cual la República está comprometida en promover las condiciones que lo hagan efectivo”<sup>159</sup>. No es casual que, precisamente por este motivo, la Sala General del Tribunal Supremo haya hablado de potencial “expropiación” del puesto de trabajo ligada al mero resarcimiento económico del daño. El Tribunal Supremo se orienta sin duda hacia un enfoque muy lejano de la indemnización por despido del mundo anglosajón y de la reconstrucción de los intereses contenidos en el contrato de trabajo en clave exclusivamente económica, según los principios del Derecho economicista<sup>160</sup>. No obstante, aunque no se quiera aceptar este planteamiento, no cabe duda de que la importancia de los valores constitucionales en juego obliga a una protección económica que tenga suficiente consistencia y que, por tanto, sea

<sup>158</sup> C. Cost. 11.11.2011 n. 303, *Dejure*, 9.

<sup>159</sup> Celentano, 2015, 17 (aunque este a. parece excluir, de modo dubitativo, la inconstitucionalidad bajo este aspecto de la disposición que se analiza: 18 - 19).

<sup>160</sup> Para una mayor profundización en estos aspectos remito a Speziale, 2013, 318 ss.

“adecuada” a la necesidad de restablecer un “bien” protegido de manera especialmente relevante por la Constitución. Estas reflexiones, obviamente, se pueden extender también al despido por motivo justificado objetivo, donde la situación, desde este punto de vista, es del todo análoga<sup>161</sup>.

Otra posible tacha de inconstitucionalidad, una vez más por violación del art. 3 de la Constitución, parte del hecho de que la indemnización prescinde completamente de cualquier juicio de proporcionalidad respecto de la falta cometida y se vincula exclusivamente a la antigüedad en el servicio. De este modo, el juez debe tratar “del mismo modo (con exclusión del remedio de la readmisión) situaciones que pueden ser sustancialmente distintas (por los aspectos subjetivos y psicológicos implicados en la conducta del agente, por la existencia de causas de justificación o eximentes y demás cuestiones de este tipo)”<sup>162</sup>. Por el contrario, una regulación “razonable” hubiera debido graduar la entidad de la sanción en función de la valoración global de todos los elementos (subjetivos, objetivos, causas de justificación, nivel de responsabilidad, categoría profesional) que la jurisprudencia considera determinantes para la configuración de la justa causa. Además, el resarcimiento económico debería haber tenido en cuenta, junto al comportamiento y al grado de responsabilidad del trabajador, la conducta del empresario en relación con la entidad del hecho constatado, su plausibilidad, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, etc. Desde este punto de vista, la identificación de estos parámetros y la atribución al juez del poder de concretar la cuantía de la indemnización entre un mínimo de suficiente consistencia y un máximo prefijado (según el modelo del art. 18 vigente del Estatuto de los Trabajadores) habría resultado un sistema eficaz y habría evitado el planteamiento de la posible violación del art. 3 de la Constitución. La posible inconstitucionalidad ha sido rechazada con base en la consideración de que se trataría de un mero “inconveniente de hecho”, de tal manera que no justificaría “un fallo de inconstitucionalidad si no estamos ante efectos de un equilibrio de intereses manifiestamente irrazonable”<sup>163</sup>. A mi juicio, la “irrazonabilidad” es absolutamente evidente en este caso. El poder disciplinario, en efecto –como todos los que tienen carácter punitivo o sancionador-, viene por naturaleza caracterizado por la proporcionalidad entre hecho y sanción. Y es justo esta característica la que se niega completamente en esta situación<sup>164</sup>.

<sup>161</sup> También Giubboni (2015, 21) sostiene la inadecuación de la indemnización para desarrollar una función sancionadora, disuasiva y resarcitoria, destacando la lesión de los principios constitucionales de los arts. 1, 4 y 35 de la Constitución.

<sup>162</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>163</sup> Celentano, 2015, 19.

<sup>164</sup> Marazza (2015, 326 – 327) estima que a partir de la violación del principio de propor-

Ya han sido examinados otros aspectos de la alternativa readmisión/indemnización que podrían ser contrarios a la Constitución, en relación, por ejemplo, con el despido nulo en los casos de nulidad que la ley no ha previsto expresamente, o el despido disciplinario cuando el convenio colectivo prevé sanciones conservativas del puesto o en el caso de comprobación de un comportamiento carente de suficiente trascendencia disciplinaria. Sin embargo, la violación de la Ley Fundamental en todos estos casos puede excluirse si se adoptan interpretaciones adaptadas constitucionalmente que ya han sido analizadas<sup>165</sup>.

Una última y delicada cuestión de compatibilidad con la Constitución es la relativa a la total exclusión de la readmisión en el despido económico. El problema se planteó también durante la reforma Fornero (Ley 92/1992), en relación a la discrecionalidad de la readmisión en caso de despido carente de motivo justificado objetivo<sup>166</sup> y ahora alcanza una mayor importancia. En relación al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores se había subrayado que en el despido disciplinario está en juego la “honorabilidad de la persona”, en tanto que el debido a un motivo justificado objetivo concierne sólo a un “interés económico profesional” y por lo tanto esta diferencia justificaría la diversa protección<sup>167</sup>. Sin embargo, sobre esto había indicado que, desde el punto de vista del empresario, también en el despido disciplinario se ven implicados aspectos conectados con el funcionamiento de la organización empresarial, por cuanto el incumplimiento o el mal comportamiento del trabajador inciden en su desarrollo normal<sup>168</sup>. Desde la perspectiva del trabajador, la justa causa y el motivo justificado objetivo no afectan sólo a su “honorabilidad” sino también al equilibrio entre las exigencias de organización de la empresa y su interés al mantenimiento del vínculo contractual (cuando, por ejemplo, no existe proporción entre hechos y sanciones). Por otro lado, no se cuestiona la dignidad de la persona en todas las decisiones empresariales que afectan al trabajador, como sucede en los casos en los que éstas se vinculan con su competencia técnica o con las circunstancias del

cionalidad se podría considerar que la indemnización se opone a lo previsto en el art. 30 de la Carta de Niza y al art. 24 de la Carta Social Europea.

<sup>165</sup> Sobre el primer aspecto v. *supra* § 4, texto principal y nota 93 ss. Sobre las otras dos cuestiones v. § 5, texto principal y nota 143 ss. y nota 122 ss.

<sup>166</sup> Remito a Speziale, 2013, 348 ss.

<sup>167</sup> Ichino, 2012, 25.

<sup>168</sup> Sobre estos aspectos cfr. también *supra* texto principal y nota 55. En efecto, el comportamiento relevante a efectos disciplinarios puede producir “efectos disfuncionales” en la marcha organizativa de la empresa, sobre todo en algunos casos (piénsese en la disminución voluntaria del rendimiento). Además, como consecuencia de sus efectos en las prestaciones laborales de los restantes trabajadores, incide en todo caso en la dinámica ordinaria de la empresa.

mercado. En fin, en el despido por motivo justificado objetivo no se da sólo la lesión de un interés económico profesional porque la organización en la que se trabaja constituye el lugar de valoración de la persona y de desarrollo de otros valores constitucionalmente garantizados al trabajador<sup>169</sup>.

Las diferencias entre el despido disciplinario y el económico, que ciertamente existen, pueden sin duda justificar una regulación diversa, pero la homogeneidad entre las mismas exige que las distinciones sean coherentes y no desproporcionadas. No es éste el caso del Decreto Legislativo 23/2015, ya sea por la total ausencia de tutela reintegradora, ya sea por la absoluta inadecuación del resarcimiento económico del daño que se concede al trabajador en el supuesto de falta de motivo justificado objetivo.

Finalmente, un último aspecto de “irrazonabilidad” podría encontrarse en el hecho de que el desequilibrio entre la protección prevista en caso de despido disciplinario y la del económico podría incentivar comportamientos “oportunistas” del empresario. ¿Por qué “arriesgarse” a un despido por justa causa o motivo justificado subjetivo (que podría suponer, de ser injustificado, la readmisión) y no utilizar un despido económico, que no va acompañado de la estabilidad real (sino de la atenuada)? En efecto, si se acude a la vía de un despido por motivo justificado objetivo carente de toda razón que lo justifique corresponderá sólo la aplicación de la (modesta) tutela indemnizatoria, sin ningún riesgo de tener que readmitir al trabajador. De este modo, por la vía de los hechos, se llegaría a privar siempre al trabajador de la readmisión, con evidente falta de lógica de toda la regulación también en relación al sistema de graduación de sanciones introducido por el legislador.

Sin embargo, esta posible tacha de inconstitucionalidad puede ser salvada mediante un doble mecanismo. Por un lado, el trabajador podría siempre demostrar –correspondiéndole a él la carga de la prueba– que el despido, formalmente económico, es en realidad de carácter disciplinario y, por lo tanto, solicitar la readmisión. No obstante, esta posible solución conlleva presuponer que la falta de seguimiento de la tramitación a que se refiere el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores supone, teniendo en cuenta el contexto en que se produce, la readmisión (debiendo considerarse equivalente a la “inexistencia del hecho material”)<sup>170</sup>. Porque si, en cambio, se considera que debiera aplicarse el régimen

<sup>169</sup> De acuerdo con la perspectiva adoptada por Cass. S.U., n. 141/2006, cit. Sobre las cuestiones analizadas en el texto remito a Speziale, 2013, 349 ss.

<sup>170</sup> Ésta es, por ejemplo, la solución propuesta por Nogler, 2015, 59 ss.

indemnizatorio previsto por el art. 4 del Decreto Legislativo 23/2015, esta última interpretación no evitaría los riesgos de inconstitucionalidad ya indicados. La otra opción sería la de considerar el despido económico que pretende evitar el disciplinario como un acto en fraude de ley y, por tanto, nulo, con las consecuencias ya analizadas<sup>171</sup>. En efecto, en este caso estaríamos ante la “distorsión” de la función ordinaria de un instituto que es utilizado para conseguir un resultado “ilícito” (evitar en todo caso el régimen sancionatorio más desfavorable que se aplicaría en el caso de despido por justa causa o motivo justificado subjetivo)<sup>172</sup>.

## 7. LA TUTELA INDEMNIZATORIA Y SU POSIBLE OPOSICIÓN AL DERECHO EUROPEO Y A LA CONSTITUCIÓN

La previsión de una indemnización resarcitoria tan reducida plantea problemas de coherencia de la nueva regulación con el Derecho Europeo y con la misma Constitución. Desde este punto de vista, la cuestión debe ser examinada en relación con el carácter vinculante o no de algunas normas de la UE y su imperatividad sobre el Decreto Legislativo. Además, conviene comprobar si estas disposiciones que estamos analizando pueden ser cuestionadas desde la perspectiva de su constitucionalidad, a la luz del art. 117 de la Constitución.

El primer precepto a analizar es el art. 30 de la Carta de Niza (la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), cuando ésta reconoce el derecho a una protección en caso de despido injustificado. Precisamente en relación a dicho artículo se ha indicado que la previsión de una indemnización resarcitoria fuertemente atenuada no garantizaría el “contenido esencial” del derecho a la protección frente al despido, en el sentido exigido por el art. 52 de la propia Carta<sup>173</sup>. Ciertamente el art. 30 tiene una dicción tan genérica que hace difícil un juicio de adecuación entre resarcimiento y protección contra el despido<sup>174</sup>. En cualquier caso, la violación de esta disposición no se podría plantear ante la Corte de Justicia Europea. Es cierto, en efecto, que la materia de los despidos se

<sup>171</sup> V. § 4, con la posible aplicación del art. 2 del d. lgs. 23/2015 o de la nulidad de derecho común.

<sup>172</sup> Sobre el fraude v. *supra* § 5, texto principal y nota 130 ss. En ambas interpretaciones apuntadas el trabajador no tendría que demostrar su “incumplimiento”, sino que han sucedido ciertos episodios (por ejemplo una contestación poco respetuosa o una discusión con un superior jerárquico) que muestran la existencia de motivos disciplinarios que han sido “esquivados” mediante el recurso al despido por motivo justificado objetivo.

<sup>173</sup> Perulli, 2015, 32. Otras dudas han sido planteadas por Marazza, 2015, 326 – 327.

<sup>174</sup> En el mismo sentido Marazza, 2015, 327. La norma, en efecto, afirma “el derecho de

incluye entre las de competencia de la Unión, de acuerdo con el art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la UE<sup>175</sup>. Sin embargo, como se ha señalado de modo constante por la jurisprudencia del TJUE, la violación de las disposiciones del Tratado sólo puede ser alegada ante el mismo cuando ésta afecte también de modo directo a la “norma interpuesta”, por constituir ésta la fuente que expresamente regule la materia (por ejemplo un Reglamento o una Directiva)<sup>176</sup>. En nuestro caso, la única Directiva existente se refiere a los despidos colectivos y no a los individuales. Por lo tanto, sólo en relación a los primeros resultaría posible una valoración de la congruencia de la indemnización resarcitoria, que tampoco será fácil dado el contenido tan genérico del art. 30.

La cuestión podría ofrecer matices distintos en relación con el art. 24 de la Carta Social Europea, incorporada al ordenamiento italiano por la Ley 30/1999, que, en caso de despido injustificado, prevé el derecho “a una indemnización congruente o a otra reparación adecuada”. La disposición, como puede verse, posee un contenido más preciso. Por otro lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que no tiene funciones jurisdiccionales pero desarrolla la esencial tarea de constatar la correcta ejecución de la Carta por los Estados nacionales<sup>177</sup>, ha elaborado una serie de decisiones que pueden alcanzar gran importancia a la hora de valorar la congruencia de la indemnización<sup>178</sup>. En este contexto, dicho organismo ha repetido que “el resarcimiento por el despido injustificado debe ser, al mismo tiempo, proporcional a la pérdida sufrida por la víctima y suficientemente disuasivo para el empresario. Se prohíbe cualquier tope máximo al resarcimiento que impida que los daños sean medidos con la debida proporción al perjuicio sufrido y que no tenga un carácter suficientemente disuasivo”<sup>179</sup>.

todo trabajador a la protección frente al despido injustificado, conforme al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>175</sup> El apartado 1, letra d), de esta disposición, en efecto, incluye la “protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato de trabajo” entre las materias en las que la Unión respalda y completa la actuación de los Estados miembros. En sentido contrario, Giubboni, 2015, 22.

<sup>176</sup> Véase, como pronunciamiento más reciente, STJUE 5.2.2015, *Poclava*, causa C-117/14, apartados 27 ss.

<sup>177</sup> M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012, 625 ss.

<sup>178</sup> Sobre la importancia esencial, desde el punto de vista interpretativo, de las decisiones del Comité Europeo, cfr. Speziale, 2013, 313 ss.; M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012 625 ss.; Giubboni, 2015, 22 (remito a estos dos últimos autores para otras referencias bibliográficas).

<sup>179</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales 2012 (Finlandia). El principio descrito tiene carácter general y ha sido subrayado por el Comité en muchas ocasiones. Se remite, sobre este aspecto, a Orlandini, 2012, 636 y a Speziale, 2013, 314, quien hace referencia a algunos países que han sido amonestados por fijar topes máximos al resarcimiento del daño por despido ilegítimo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido que, en materia de sanciones por violación de un derecho reconocido por la UE, el resarcimiento del daño debe ser “adecuado, efectivo y disuasivo”, principio empleado en materia de despido colectivo, despido discriminatorio y contrato por tiempo determinado<sup>180</sup>. Sería difícil sostener que estas reglas no deban constituir un parámetro de referencia en el caso también del despido individual, teniendo en cuenta el hecho de que han sido aplicadas también en relación con otras formas de despido y tienen, en todo caso, un alcance general difícilmente rebatible.

Los principios citados evidencian la total “incongruencia” de la indemnización resarcitoria prevista en el Decreto Legislativo 23/2015, que queda muy lejos de los parámetros anteriormente citados<sup>181</sup>. Por otra parte, no cabe alegar ante el TJUE la violación del art. 24 de la Carta Social Europea; en primer lugar, porque esta Carta no está expresamente mencionada en el art. 6 del Tratado de la UE, que es la fuente que ha “constitucionalizado” la Carta de los derechos<sup>182</sup>. Además, como ya se ha explicado, falta la “norma interpuesta” a nivel europeo que permita la intervención de Tribunal.

No obstante, el art. 24 de la Carta Social ha sido expresamente acogido por una Ley ordinaria<sup>183</sup>. Las fuentes primarias que implementan los Tratados internacionales (y la Carta tiene estas características) tienen una “fuerza de resistencia” superior respecto de las leyes ordinarias posteriores. No es suficiente que la norma posterior pretenda regular “*de modo distinto las mismas relaciones si contradice los compromisos internacionales asumidos*”. Tampoco resulta posible conseguir una derogación o modificación de las normas de adaptación al Tratado por una mera *incompatibilidad* con una ley posterior<sup>184</sup>. A la luz de estos principios, no cabe duda de que el juez nacional deberá hacer uso del art. 24 como parámetro de valoración de la congruencia de la indemnización y no podrá más que observar su “inadecuación”. Y, en tal caso, deberá reinterpretar su contenido para hacerlo conforme al precepto mencionado y acogido en el ordenamiento nacional y ello con base en las reglas ya delineadas relativas a la entidad del resarcimiento.

<sup>180</sup> Orlandini, 2012, 634 – 635, a quien se remite para la relación de la jurisprudencia del TJUE.

<sup>181</sup> En el mismo sentido Giubboni, 2015, 21 – 22.

<sup>182</sup> Celentano, 2015, 23.

<sup>183</sup> En efecto, el artículo 2 de la Ley 30/1999 establece que “se da plena e íntegra ejecución a la Carta social europea a que se refiere el art. 1”, que se refiere a la edición de la Carta de 1961, en la versión “revisada” de 1996.

Además, si no se quisiera seguir esta opción interpretativa, la aplicación del art. 24 podría ser un criterio para enjuiciar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 23/2015. El art. 117 de la Constitución, en efecto, impone al legislador nacional el respeto de los “principios derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”. En base a estas disposiciones, la Corte constitucional ha establecido que las normas internacionales con forma de pacto, como por ejemplo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDU), tengan la condición de “normas interpuestas” y se utilicen “como parámetros de validez de las leyes, en cuanto que de ellas derivan obligaciones que, aunque pertenecen por propia naturaleza al Derecho Internacional pactado, a partir del art. 117 citado, se transforman en obligaciones de Derecho Constitucional”<sup>185</sup>. La CEDU ha sido calificada de “Tratado internacional multilateral”<sup>186</sup> y en dicha categoría se incluiría también la Carta Social Europea<sup>187</sup>, cuyo contenido, además, ha sido integrado plenamente por el art. 2 de la Ley n. 30/1999. Por tanto, ya sea como consecuencia de la ley de recepción –que convierte en vinculantes para el Estado italiano todas las disposiciones de la Carta-, ya sea por efecto de los principios arriba mencionados, el art. 24 deberá constituir un parámetro para valorar la conformidad con la Constitución de la indemnización resarcitoria.

No cabe duda, por tanto, de que, sobre todo por coherencia con la interpretación del contenido del art. 24 de la Carta Social manifestada por el Comité Europeo y siguiendo el criterio de los principios en materia de efectividad de las sanciones derivados también del TJUE, la nueva normativa introducida por el Decreto Legislativo 23/2015 se contrapone claramente a dicha disposición y conlleva una sanción de inconstitucionalidad por inadecuación del resarcimiento. Y este aspecto de ilegitimidad se suma a aquél ya expresado por la Corte constitucional, en relación a la misma cuestión y a una interpretación de la Ley Fundamental que prescinde de la influencia ejercitada por las disposiciones de las Cartas de derechos analizadas<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Conforti, 2006, 293.

<sup>185</sup> Zagrebelsky, Marcenò, 2012, 239, que citan las sentencias n. 348 y 349 de 2007 de la Corte Constitucional que confirmaron los principios mencionados. En el mismo sentido Sorrentino, 2015, 91 – 92.

<sup>186</sup> C. Cost. 24.10.2007 n. 348, *Dejure*, 16.

<sup>187</sup> Panzera, 2011, 10 quien refiere la expresa definición atribuida a la Carta por el Comité Europeo de Derechos Sociales, según la cual es “un Tratado internacional común”. En el mismo sentido Zanghi, 2000, 303.

<sup>188</sup> V. *supra* § 6, texto principal y nota 158 ss.

## BIBLOGRAFÍA

- Amsterdamski S. (1977). *Certeza/dubbio. Enciclopedia Einaudi*, II. Torino: Einaudi, p. 968 ss.
- Barbera M. (2013). Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio. *RGL*, I, p. 139 ss.
- Bellomo S. (2015). Autonomia collettiva e clausole generali. *DLRI*, p. 45 ss.
- Bolego G. (2011). *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- Brino V. (2015). La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 83 ss.
- Brun S. (2012). *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*. Padova: Cedam.
- Carinci F. (2015a). Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014). *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci F. (2015b). Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015. *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci M. T. (2012a). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* "all'italiana" a confronto, *DLRI*, p. 527 ss.
- Carinci M. T. (2012b). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi. Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012). Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, p. 1 ss.
- Casavola P. (1995). *La giustizia costituzionale nel 1994*. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- Cataudella M.C. (2008). *Contratto di lavoro e nullità parziale*. Milano: Giuffrè.
- Cavallaro L. (2014). Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione. *RTDPC*, I, p. 213 ss.
- Celentano C. (2015). La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria. Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio* (Scandicci 13 – 15 aprile 2015), dattiloscritto, p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.*. In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Chieco P. (2013). Il licenziamento nullo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e*

- tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92.* Bari: Cacucci, p. 277 ss.
- Chieco P. (2015). Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Conforti B. (2006). *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Corte Costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- D'Amico G. (2009), Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità). In Pagliantini S. (a cura di), *Le forme della nullità*. Torino: Giappichelli, p. 1 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976). *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2001). L'economia e le ragioni del diritto del lavoro. *DLRI*, p. 3 ss.
- Del Punta R. (2013). Epistemologia breve del diritto del lavoro. *LD*, p. 37 ss.
- Del Punta R. (2015). Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18. *RIDL*, II, p. 32 ss.
- Denozza F. (2013), Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria? *RDC*, p. 43 ss.
- Denozza F. (2015). Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo liberale. *RIDL*, I, p. 41 ss.
- European Committee of Social Rights 2012 (Finland). Testo disponibile al sito: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex_en.asp), p. 1 ss.
- Fiorillo L. (2015). La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 103 ss.
- Gentile G. (2015). L'ambito di applicazione della nuova disciplina. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 51 ss.
- Giubboni S. (2015). Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Giugni G. (1979, ora 1989), Il diritto del lavoro negli anni '80. In: *Lavoro, legge, contratti*. Bologna: Il Mulino, p. 293 ss.
- Guastini R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. In: Cicu A., Messine F., Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVI. Milano: Giuffrè.

- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Marazza M. (2015). Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *jobs act*. *ADL*, 2, 310 ss.
- Mengoni L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*, p. 5 ss.
- Mimmo G. (2015). *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Musella C. (2015). I licenziamenti discriminatori e nulli. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 13 ss.
- Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2015). I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 33 ss.
- Novella M. (2009). *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea. *DLRI*, p. 619 ss.
- Panzerà C. (2011). Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea. Intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Pedrazzoli M. (2014). Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato. *DLRI*, p. 3 ss.
- Persiani M. (1971). *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*. In Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, II. Padova: Cedam, p. 591 ss.
- Persiani M. (2013). Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. *ADL*, p. 1 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. *RGL*, I, p. 561 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat.Lav. *Ratio* e aporie dei concetti normativi. *ADL*, p. 784 ss.
- Perulli A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro? In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 3 ss.
- Perulli A., Casale G. (2013). *Towards the Single Employment Contract. Some comparative reflections*. Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Pisani C. (2015). Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato. In:

- R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 17 ss.
- Pizzoferrato A. (2015). L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Pizzorusso A. (2011). *Fonti del diritto* In: Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano, p. 1 ss.
- Proia G. (2015). Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 55 ss.
- Rodano G. (2015). Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il *jobs act*. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, 5.04.2015, p. 1 ss.
- Romeo C. (2015). *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Sambati S. (2015). La qualificazione del “fatto” nella interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 171 ss.
- Santoni F. (2015). Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 113 ss.
- Saracini P. (2013). *Contratto a termine e stabilità del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scaccia G. (2000). *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Scarpelli F. (2015). La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetto di sistema del d.lgs. n. 23/2015. *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. *IT*, 252/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Sorrentino F. (2015). *Le fonti del diritto italiano*. Milano: Wolters Kluwer.
- Speziale V. (1992). *Mora del creditore e contratto di lavoro*. Bari: Cacucci.
- Speziale V. (2012a). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.;
- Speziale V. (2012b). Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro. *DLRI*, p. 361 ss.
- Speziale V. (2013). Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- Speziale V. (2014a). Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la

- riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 233/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Speciale V. (2014b). La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza (parte I). *RGL*, I, p. 345 ss.
- Speciale V. (2015). Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele. In: F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti ed interferenze*. Torino: Giappichelli, p. 127 ss.
- Treu T. (2015). Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi. *GL*, 3, p. 12 ss.
- Vallebona A. (2014). Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto. *MGL*, p. 784 ss.
- Vallebona A. (2015). Jobs Act e licenziamento. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 81 ss.
- Varva S. (2014). *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*. Torino: Giappichelli.
- Villella A. (1998). Le nullità virtuali. In Ferroni L. (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*. Milano: Giuffrè
- Voza R. (2007). *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Voza R. (2015). Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 248/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghi C. (2000). *Comunità europea. Enc. Dir., Aggiornamento, IV*. Milano: Giuffrè, p. 294 ss.