

## EL ORDENAMIENTO ITALIANO Y LA «TUTELA CRECIENTE» FRENTE A LOS DESPIDOS IMPROCEDENTES

Sandro Mainardi

*Professore Ordinario di Diritto del Lavoro.  
Departamento de Ciencias Jurídicas. Universidad de Bolonia*

---

### EXTRACTO

Este artículo analiza la reforma de los despidos en Italia, introducida por el Decreto Legislativo núm. 23/2015. Este importante cambio en el Derecho del Trabajo fue adoptado por el Gobierno italiano sobre la base de la Ley núm. 183/2014. Este nuevo Decreto Legislativo se aplica solo a los empleados contratados después de su entrada en vigor, de modo que los despidos anteriores a la reforma se regirán por la normativa precedente, incluido el artículo 18 de la Ley núm. 300/1970 (el famoso *Statuto dei Lavoratori*). En particular, el Decreto Legislativo núm. 23/2015 cambió el régimen de sanciones aplicables a los empleadores en todos los tipos de despidos improcedentes: despidos discriminatorios o, en todo caso, nulos; despidos disciplinarios insuficientemente motivados; despidos motivados ilegalmente por razones relacionadas con el empleado individual (por ejemplo, para las bajas por enfermedad que no excedan de los límites legales); despidos individuales y colectivos en los procedimientos de las empresas, por crisis o exceso de personal. Las innovaciones más importantes consisten en una fuerte reducción de las sanciones por despidos ilegales de los empleados contratados por los empleadores con más de 15 empleados. Antes de esta reforma, en bastantes casos de despido improcedente, los empleados tenían derecho a la reincorporación en el lugar de trabajo y en los casos restantes a una indemnización a tanto alzado de un importe determinado por el tribunal que sigue siendo alta (12 a 24 meses de salario). De acuerdo con el Decreto Legislativo núm. 23/2015, en cambio, la readmisión en el lugar de trabajo ya no es la regla general, pero es una excepción aplicable en caso de discriminación, en supuestos de nulidad del despido y en aquellos en que el despido disciplinario fue motivado con base en una acusación basada en hechos inexistentes. En todos los demás casos de despido improcedente, incluyendo todos los casos de despido por razones económicas, el empleado tiene derecho únicamente a una indemnización a tanto alzado por daños equivalente a 2 meses de salario por cada año de duración de la relación laboral, con un mínimo de 4 meses de salario para las relaciones de trabajo de menos de 2 años y un máximo de 24 meses de sueldo para las relaciones que duraron más de 12 años (las cantidades medias reales serán probablemente menores, puesto que también se introdujo un incentivo fiscal parcial a fin de alentar llegar a una solución extrajudicial antes de plantear litigios en los tribunales laborales). Después de ofrecer una visión general del Decreto Legislativo núm. 23/2015, el autor analiza las principales dificultades en la interpretación de las nuevas normas, y, finalmente, llega a la conclusión de que esta reforma, muy significativa, parece una continuación de las reformas del Derecho laboral de los últimos años, ya que tiene como objetivo proteger a los empleadores más en el mercado de trabajo que en la relación laboral, debido a que reduce el poder discrecional de los tribunales laborales.

**Palabras claves:** reforma Derecho laboral italiano, despido injustificado, despido improcedente, indemnización por despido y compensación global.

---

*Fecha de entrada: 09-11-2015 / Fecha de aceptación: 16-11-2015*

## ITALIAN LAW AND «INCREASING PROTECTION» AGAINST UNFAIR DISMISSAL

Sandro Mainardi

---

### ABSTRACT

This article analyzes the reform of the Italian discipline of dismissals, introduced by Legislative Decree no. 23/2015. This important change in employment law was decided by the Italian Government on the basis of Law no. 183/2014. This new Legislative Decree applies only to employees hired after its entry into force, so that the future dismissals from employment relationship began prior to the reform will be governed by the previous legislation including Article 18 of Law no. 300/1970 (the famous *Statuto dei Lavoratori*). In particular, Legislative Decree no. 23/2015 changed the rules on sanctions applicable to employers in all kinds of unlawful dismissal: discriminatory dismissals or otherwise null; inadequately motivated disciplinary dismissals; dismissals unlawfully motivated by reasons related to the individual employee (e. g. for sickness absence that had not exceeded the legal limits); individual and collective dismissals in overstuffed businesses, crisis or receivership procedures. The most important innovations consist in a sharp reduction of the sanctions for unlawful dismissals of employees hired by employers with more than fifteen employees. Before this reform, in several cases of unlawful dismissal, employees were entitled to reinstatement in the workplace and in the remaining cases were entitled to a lump-sum compensation of an amount specified by the Court and still high (12 to 24 months' salary). According to the Legislative Decree no. 23/2015, instead, the reintegration into the workplace is no longer the general rule, but it is an exception applicable only in case of discrimination, in other cases of nullity of the dismissal and in few cases in which the disciplinary dismissal was motivated on the basis of an accusation based on non-existent facts. In all other cases of unlawful dismissal, including all cases of dismissal for economic reasons, the employee is entitled only to a lump-sum compensation for damages equal to two months' salary for each year of duration of the employment relationship, with a minimum of four months' salary for employment relationships of less than two years and a maximum of twenty-four months' salary for relationships lasted more than twelve years (actual average amounts will be probably lower, as was also introduced a partial tax incentive in order to encourage to reach a dispute settlement before the beginning of Labour Court trials). After offering an overview of Legislative Decree no. 23/2015, the author analyzes the main difficulties in the interpretation of the new rules, and finally concludes that this very significant reform appears a continuation of employment law reforms of recent years, since it aims to protect employers more in the labour market rather than in the employment relationship, and because it reduced the discretionary power of Labour Courts.

**Keywords:** Italian labour law reform, unfair dismissal, wrongful dismissal, redundancy payment and lump-sum compensation.

---

---

## Sumario

- I. Crisis de empleo, certidumbre de cara a los operadores económicos, promoción del contrato indefinido: Las razones de la reforma italiana
- II. La reducción de la protección de los trabajadores de nueva contratación: Características y técnicas de la regulación italiana
- III. La reincorporación (convertida en excepción): Despido discriminatorio o nulo; despido disciplinario en el que se demuestre la «inexistencia del hecho material»
- IV. La indemnización (regla general): Todos los (otros) casos de despido individual improcedente, el despido colectivo, el despido en las pequeñas empresas
- V. Conclusiones. El impacto del nuevo modelo de flexibilidad en la salida del mercado de trabajo y algunos problemas de constitucionalidad

### Bibliografía

**NOTA:** Este estudio ha sido traducido del original italiano por Victoria Rodríguez-Rico Roldán, del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

## I. CRISIS DE EMPLEO, CERTIDUMBRE DE CARA A LOS OPERADORES ECONÓMICOS, PROMOCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO: LAS RAZONES DE LA REFORMA ITALIANA

En tan solo dos años, y bajo Gobiernos de distinta orientación política, el legislador italiano ha acometido una profunda revisión de la regulación atinente a los despidos individuales y colectivos. Es este un proyecto que bien puede considerarse revolucionario, cuando menos a la luz de la estabilidad normativa que había caracterizado el Derecho del trabajo del país desde el Estatuto de los Trabajadores de 1970 (Ley 300/1970), y que participa de un intenso debate político y sindical sobre la necesidad de una distinta configuración de la protección<sup>1</sup>.

Las recientes modificaciones introducidas por la Ley de Delegación –denominada y conocida igualmente en el extranjero como el *Jobs Act* del Gobierno de Renzi (Ley 183/2014)– y por el Decreto Legislativo de aplicación 23/2015 denominado «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183», siguen en la línea, en los contenidos cuando no en las técnicas de intervención, de la también reciente «reformación Fornero» del mercado de trabajo italiano, llevada a cabo mediante la Ley 92/2012. Mientras que esta última ley, aprobada en el marco de un «Gobierno técnico de transición» de unidad nacional dirigido por el primer ministro Monti a raíz de la crisis del Gobierno de Berlusconi de centro derecha, procedió a modificar el histórico modelo de protección establecido en el artículo 18 de la Ley 300/1970, introduciendo al tiempo un nuevo régimen procedimental en la impugnación de los despidos improcedentes, el nuevo Decreto de aplicación del *Jobs Act*, aprobado por el Gobierno de coalición liderado por el primer ministro Matteo Renzi, introduce una nueva tipología de contrato indefinido, de nuevo con la intención de actuar sobre el régimen de los despidos: la nueva tipología contractual opera solo para las nuevas contrataciones, respecto a las cuales, con el contrato de «tutela creciente», son revisadas las técnicas de protección frente a los despidos improcedentes, restringiendo en definitiva el ámbito de la tutela *de reincorporación* que había caracterizado el régimen anterior, tanto en lo que se refiere a los despidos disciplinarios, como sobre todo en lo atinente a los despidos objetivos.

Los motivos de la reforma legislativa italiana en la que se centra, dada su novedad, este artículo, son en parte coincidentes con aquellos que, a escala europea, son referidos como principal

<sup>1</sup> CARINCI, F.: *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, ADAPT Studies e-book series, núm. 41.

justificación de una progresiva redefinición de la protección de los trabajadores en caso de despido, pasando de una tutela de reincorporación a una de tipo única o prevalentemente económica, en supuestos de despidos colectivos o individuales por razones no inherentes a la persona del trabajador.

Como es sabido, en muchos países los modelos de *severance pay* son legal o convencionalmente definidos como regímenes de tutela para los despidos por causas económicas, en ocasiones también abordando situaciones que implican el estado de salud del trabajador y, por tanto, su capacidad en el trabajo (por ejemplo, Eslovaquia); mientras que en la mayor parte de los Estados miembros el *severance payment* está previsto únicamente para los trabajadores indefinidos, extendiéndose también en otros países a los contratos temporales (España). Allí donde el *severance payment* concurre, a menudo prescinde de una evaluación de la procedencia del despido; además, su importe varía enormemente en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión, oscilando entre un mes de salario en Estonia y 18 mensualidades en los Países Bajos para los trabajadores de hasta 20 años de servicio. En Italia, con la nueva regulación del contrato de «tutela creciente», vinculado a la antigüedad en la empresa, el *severance payment* en sede judicial, según se verá, no podrá ser inferior a 4 mensualidades ni superior a 24.

La razón de la tutela únicamente indemnizatoria del trabajador despedido, y por tanto la tendencia hacia una generalización del *severance payment* en caso de despido injustificado o viciado por motivos formales-procedimentales, se corresponde con consideraciones de política económica, si bien relacionadas con la excesiva rigidez del mercado laboral, que reconocen como elemento disfuncional precisamente la falta de flexibilidad de salida: la «tutela de reincorporación» en caso de despido improcedente desincentivaría nuevas contrataciones y, en particular, los contratos de trabajo indefinidos (en favor de los trabajos temporales) a causa de los elevados e imprevisibles costes para los empresarios que pretenden extinguir la relación laboral, haciendo poco atractivas particularmente las inversiones exteriores y, con ello, generando el riesgo de ciclos recesivos en la creación de empleo.

A estas consideraciones, comunes y extendidas en los organismos europeos e internacionales, pero también en buena parte de la doctrina iuslaboralista, se ha sumado, en el marco italiano, una más específica atención a la incertidumbre en la determinación judicial del coste del despido, lo que es considerado como elemento desincentivador de la opción empresarial por los contratos indefinidos y de las inversiones productivas en Italia<sup>2</sup>.

Se trata, en esencia, de una crítica al control judicial de la validez del despido, a la larga duración de los procesos, así como a la aplicación jurisprudencial de las nociones generales y las sanciones previstas para el despido improcedente: el nuevo legislador italiano, siguiendo la vía emprendida con la Reforma Biagi (Decreto Legislativo 276/2003) y continuada con la Ley 183/2010, y más tarde con la Ley 92/2012, desarrolla hoy definitivamente esta crítica a través

<sup>2</sup> GARILLI, A.: «Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto», en *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, núm. 2.

de: a) una determinación legal de los criterios y límites del control judicial sobre los presupuestos sustanciales y formales de procedencia del despido y b) la eliminación íntegra de la discrecionalidad judicial en la determinación del *severance payment*, hoy enteramente vinculado a la antigüedad del trabajador despedido. A estas medidas se suman otras procedimentales aceleradoras de los litigios, habida cuenta de que la duración y el coste del proceso también inciden negativamente en la certeza del empresario en relación con el resultado de los recursos que tienen por objeto el despido improcedente.

Se puede naturalmente discutir, en el ámbito político y en el de los valores, además del técnico-jurídico y económico, el hecho por el cual una menor protección de los trabajadores frente a los despidos improcedentes pueda, por sí, promover confianza entre los inversores económicos, el desarrollo empresarial y la creación de empleo.

Sin embargo, la pretensión última de la más reciente reforma italiana no parece ser la de una pura y simple remodelación de la protección, con el tránsito definitivo del modelo de la reincorporación (hoy reservada únicamente a los supuestos de despido nulo, de despido verbal y de despido disciplinario en el que no concurra el hecho material imputado al trabajador) a una indemnizatoria, prevista en cambio para todos los despidos por causas económicas (colectivos e individuales), aunque también, como se verá, en algunos supuestos de despido disciplinario.

En efecto, en el centro de la reforma italiana se halla el propósito de «promover, en coherencia con las disposiciones europeas, el contrato indefinido como forma común de contrato de trabajo», más conveniente respecto de los otros tipos de contrato en términos de costes directos e indirectos (art. 1.7, letra b. de la Ley 183/2014), según la afirmación ya contenida en el artículo 1.1 de la Ley 92/2012, la cual define el contrato indefinido como «contrato prevalente... forma común de relación laboral», fórmula ahora aplicada, de modo significativo, como norma de apertura del reciente Decreto Legislativo de 15 de junio de 2015, n.º 81, también parte del Jobs Act, por el que se establece una «regulación de los contratos de trabajo y revisión de la normativa en materia de tareas, actividades y funciones, a tenor del artículo 1, apartado 7 de la Ley de 10 de diciembre de 2014, n.º 183», para cuyo artículo 1 «el contrato de trabajo indefinido constituye la forma común de relación laboral».

La reforma de la protección y su vinculación a términos precisos y no modificables por el juez respecto a las disposiciones legales parece, ante todo, servir al objetivo directo de incentivar el empleo estable: los empresarios que suscriban contratos indefinidos de «tutela creciente» conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 23/2015 podrán contar con incentivos económicos (ya previstos y operativos desde el art. 1, apartados 118-124 de la Ley 190/2014, Ley de Estabilidad de 2015, para la cual la celebración de contratos indefinidos se ve acompañada de la correspondiente exención del pago de la cuota empresarial de Seguridad Social)<sup>3</sup> y con un resul-

<sup>3</sup> Se trata de una exención por un periodo máximo de 36 meses, siendo el importe de 8.060 euros anuales. Corresponde solo a las empresas del sector privado por contrataciones llevadas a cabo desde el 1 de enero de 2015 al 3 de

tado sin duda más preciso y previsible que el del eventual litigio en caso de despido, así como del coste empresarial correspondiente.

La experiencia parece demostrar por el momento que la combinación de incentivos económicos y el nuevo contrato de tutela creciente en caso de despido responde positivamente a las exigencias empresariales de flexibilidad, partiendo de datos preocupantes en Italia tanto en relación con las inversiones como con la tasa de desempleo (13%), si bien con diverso reparto geográfico de los puntos más críticos. En los primeros meses del 2015, según fuentes del Gobierno, se pusieron en marcha en Italia 79.000 contratos indefinidos, un 38% más respecto al mismo periodo del 2014; las transformaciones de contrato temporal a indefinido pasaron de 22.116 en marzo de 2014 a 40.034 en marzo de 2015; por su parte, en la Región de Véneto se registró un aumento tendencial y exponencial de la contratación indefinida, +18% en enero de 2015, +46% en febrero y +71% en marzo<sup>4</sup>.

De confirmarse esta tendencia en los próximos meses, cobrarán cierto apoyo empírico las teorías que sitúan la solución del problema del empleo en el conocido *trade-off* entre la tutela de los *insiders* y empleo de los *outsiders* en el mercado de trabajo: en esencia, la mencionada combinación de impulsos económicos y normativos, acrecentando la confianza de los agentes económicos en la contratación indefinida en Italia, reforzaría la oportunidad de entrada en el mercado laboral a quienes buscan empleo. Sin embargo, parece claro que los *outsiders*, en fase de convertirse en *insiders*, quedan sometidos a una obvia y en nada transitoria disminución de protección en caso de despido, hasta el punto de generarse un tercer tipo de sujetos en el mercado de trabajo italiano: los *insiders* menos protegidos al ser contratados tras el 7 de marzo de 2015, fecha de entrada en vigor del Decreto Legislativo 23/2015.

## II. LA REDUCCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE NUEVA CONTRATACIÓN: CARACTERÍSTICAS Y TÉCNICAS DE LA REGULACIÓN ITALIANA

Si los primeros datos expuestos sobre el uso de los incentivos y de las contrataciones estables con fórmulas indefinidas parecen aportar una respuesta positiva a los fines del Gobierno en relación con las exigencias empresariales y con las del aumento porcentual del empleo «de calidad», muchas son, sin embargo, las dudas y críticas que afloran tras la intervención general del legislador, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico, como desde el prisma de la protección global del trabajo de los asalariados afectados por la reforma (los trabajadores contratados tras

---

diciembre de 2015, pero no respecto de aquellas contrataciones por tiempo indefinido que han tenido lugar en los seis meses precedentes. La exención corresponde también en caso de transformación del contrato de trabajo flexible (contratos temporales, contratos de trabajo a proyecto, etc.).

<sup>4</sup> Fuente: Osservatorio Veneto Lavoro.

el 7 de marzo de 2015 y, por tanto, tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo 23/2015, los trabajadores que en virtud de nuevas contrataciones indefinidas mediante contratos de tutela creciente pertenecen a empresas que superan el umbral de los 15 empleados, o incluso los trabajadores con contratos temporales o de aprendizaje convertidos en contratos de trabajo indefinidos tras la entrada en vigor del decreto)<sup>5</sup>.

Se decía que, respecto de la Ley 92/2012 (Ley Fornero), el Parlamento y el Gobierno han optado, con la Ley 183/2014 y el Decreto Legislativo 23/2015, por una técnica y una intervención distinta en la regulación de los despidos individuales y colectivos, sin duda más viable en el cuadro político y sindical que ha llevado a la aprobación del Jobs Act. No pareciendo por tanto oportuna, a la luz de las tensiones de tipo político y sindical sobre la reforma laboral, una nueva modificación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores –norma durante décadas en el centro de un profundo debate sindical, ideológico y jurídico sobre el efectivo *valor* de la reincorporación al puesto de trabajo–, el Gobierno ha cambiado de acción, creando una nueva tipología de contrato de trabajo indefinido aplicable solo a los trabajadores recién contratados y por dicha razón sometidos a nuevos y distintos modelos de protección en caso de despido improcedente. Conviene subrayar, no obstante, según se explicará más adelante, que no se trata de un tipo contractual adicional respeto de aquellos otros existentes en el ordenamiento italiano, sino de la forma de contratación *estándar*.

De esta forma, se ha evitado revisar el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores recién modificado en profundidad por la Ley Fornero; sin embargo, según se apuntaba, el Jobs Act se inscribe en la intervención de 2012, asistiendo a una modificación estructural y estable de la regulación italiana de los despidos, tanto en los supuestos contemplados, como en los mecanismos sancionadores.

El primer tramo de consolidación de las disposiciones introducidas con la Ley número 92 de 2012 consiste, en mi opinión, si bien con una simplificación significativa, en la confirmación de modelos de protección diferenciados no solo en razón de los umbrales de ocupación de la empresa (más o menos de 15 trabajadores como era en la relación entre protección obligatoria y protección real del art. 18 del Estatuto antes de la reforma Fornero), sino también del tipo de defecto que incorpora el despido disciplinario, el despido por causas objetivas y el despido colectivo.

Desaparece, pues, la lógica dual procedencia/improcedencia ligada a la existencia/inexistencia de los presupuestos formales y sustanciales del despido: la protección está ahora vinculada a una serie de variables reconducibles también a la justificación de la extinción de la relación laboral, con un papel más relevante de la motivación y de la correspondiente «gestión» empresarial del final de dicha relación en el plano sustantivo y procedimental.

<sup>5</sup> Respecto al ámbito de aplicación del nuevo Decreto, consúltese TREMOLADA, M.: «Il campo di applicazione del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23», en F. Carinci y C. Cester, *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, ADAPT Studies e-book series, núm. 46.

Este desglose de la protección según el caso particular de improcedencia de cada tipología específica de despido es, después de todo, funcional a los efectos de la reforma italiana de los dos últimos años, verdadera toma de posición también en el ámbito europeo: se trata del definitivo tránsito de la tutela de readmisión (la reincorporación en el puesto de trabajo del que ha sido despedido junto a una indemnización proporcional al periodo en el que ha sido apartado de la empresa), a la tutela indemnizatoria (con la extinción definitiva de la relación de trabajo y el abono de una suma de dinero en clave indemnizatoria). Este último se ha convertido en la actualidad en el modelo de protección prevalente en el ordenamiento italiano.

No obstante, si bien es cierto que «the severance pay consist of a one-off lump-sum payment to a worker who has been involuntary dismissed... The payment may differ according to the reason for dismissal (justified or not justified). In the majority of countries severance payments exist in case of dismissal for economic reasons, while they are not usually due in case of dismissal for disciplinary reasons»<sup>6</sup>, no es menos cierto que Italia se encuadra hoy en ese «poco común» conjunto de países que, además de hacer derivar el *severance pay* de una indagación sobre la validez del despido, prevén una protección únicamente indemnizatoria no solo para todos los supuestos de despido por causas económicas que presenten defectos formales o sustantivos, sino también para los (comunes) supuestos de despidos disciplinarios y, por tanto, fundados en razones subjetivas.

La controvertida cuestión se manifiesta, como ya lo hacía a la luz de la Ley Fornero, más bien crítica, aunque el texto de la ya aludida Ley italiana de delegación (Ley 183/2014) admite y prescribe esta extensión de la protección solo indemnizatoria al ámbito de los despidos por incumplimiento contractual y por tanto con culpa del trabajador<sup>7</sup>, restringiendo así solo a «casos específicos de despido disciplinario injustificado» la reincorporación. En este sentido, mientras es posible comprender, especialmente en coyunturas de crisis económica, una conexión entre exigencias de flexibilidad asociadas a opciones de tipo económico, que se traducen en una sustancial monetización de la gestión de las relaciones laborales incorrecta desde el punto de vista sustantivo y procedimental del despido objetivo, el nexo aparece en cambio mucho más débil en relación con los despidos disciplinarios, donde la sanción para el despido improcedente tiene que ver con la demostrada ausencia de los presupuestos causales y subjetivos de la extinción de la relación laboral por presunta culpa del trabajador, o bien vicios procedimentales, que atañen principalmente al derecho de defensa de quien es inculpado en el ámbito disciplinario. Se evidencia en este punto, además de la complejidad que aporta el desglose de casos particulares que antes se enunciaban brevemente, el desequilibrio de regulaciones entre intereses de la empresa e intereses del trabajo dependiente que, al menos por lo que respecta a los despidos disciplinarios,

<sup>6</sup> *European Commission, Europe 2020 thematic summary on employment protection legislation.*

<sup>7</sup> El artículo 1.7 c) de la Ley 183/2014 se refiere al establecimiento «para las nuevas contrataciones, del contrato indefinido con tutela creciente en relación a la antigüedad, excluyendo para los despidos económicos la posibilidad de reincorporación del trabajador en el puesto de trabajo, previendo una indemnización cierta y creciente con la antigüedad y limitando el derecho a la reincorporación a los despidos nulos y discriminatorios y a específicos supuestos de despido disciplinario injustificado, y también previendo disposiciones específicas para la impugnación del despido».

no parece recobrar una directa justificación en exigencias económicas de flexibilidad en la salida del mercado de trabajo, resolviéndose entonces la operación en una más amplia y general «liberalización» de las obligaciones y las sanciones en todas las tipologías de despido.

También en sintonía con la Ley Fornero 92/2012 se sitúa la elección del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 23/2015, en el que, si bien no explícitamente, se excluye de la aplicación del contrato de tutela creciente el trabajo en las Administraciones públicas. El efecto es el de aumentar y probablemente hacer definitiva la distancia del modelo propio y característico de la privatización del empleo público de las reformas operadas en Italia en 1992 y 1993, al menos en el plano del sistema de fuentes que, con respecto a la ley, en el artículo 2 del Decreto Legislativo 165/2001, quería un Derecho del trabajo público lo más coincidente posible con el Derecho del trabajo privado, con base en el Código civil y las leyes del trabajo en la empresa<sup>8</sup>.

De nuevo el legislador italiano no es claro en la exclusión de los trabajadores del *public service* de las normas de la Ley 92/2012 (que sirven para los antiguos empleados del sector privado) y del Decreto Legislativo 23/2015 (que sirven para los de nueva contratación, siempre del sector privado). La línea interpretativa mayoritaria, también en la jurisprudencia, es en todo caso la de la permanente aplicación en el ámbito de los empleados públicos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores en su formulación originaria, alimentándose pues cuestiones no banales sobre la justificación, también constitucional, de la profunda diferencia de trato entre trabajadores de los dos sectores (público y privado), con respecto a la tutela prevista en supuestos de despido improcedente.

### III. LA REINCORPORACIÓN (CONVERTIDA EN EXCEPCIÓN): DESPIDO DISCRIMINATORIO O NULO; DESPIDO DISCIPLINARIO EN EL QUE SE DEMUESTRE LA «INEXISTENCIA DEL HECHO MATERIAL»

Resumiendo al máximo el Decreto Legislativo 23/2015, la norma confirma el sistema definido en la Ley 92/2012 con respecto al ámbito hoy excepcionalmente reservado de manera íntegra a la reincorporación, esto es, la restitución de la relación de trabajo y el resarcimiento del daño proporcional al salario dejado de percibir, con un mínimo de cinco mensualidades<sup>9</sup>. Se trata de los supuestos de despidos declarados nulos por discriminatorios o por otras causas legales de nulidad, para los cuales la Ley del 2015 utiliza una fórmula menos detallada que el artículo 18.1 del Estatuto, modificado por el artículo 1.42 de la Ley 92/2012; constituye, sin embargo, una fórmula

<sup>8</sup> MAINARDI, S.: «Il campo di applicazione del D.Lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici», en F. Carinci y C. Cester, *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, ADAPT Studies e-book series, núm. 46.

<sup>9</sup> ICHINO, P.: *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano, 2012, págs. 792 y ss.; CHIECO, P.: «Il licenziamento nullo», en Chieco (dir.), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, núm. 92, Bari, 2013, págs. 292 y ss.

idónea, a mi parecer, también por razones sistemáticas, para abarcar las prohibiciones de discriminación presentes en el ordenamiento italiano en coherencia con las normas y la jurisprudencia comunitarias, pero también cada supuesto de despido que, desde el punto de vista teleológico, tiene fines ilícitos y, por tanto, reducibles a la amplia noción de nulidad como consecuencia de la violación de norma imperativa propia del Derecho civil. En este sentido, sin duda compatible con un enfoque sistemático, la protección antidiscriminatoria y el área de la protección plena ante el despido nulo aparece más amplia que la detallada por la Reforma Fornero.

Naturalmente, el ámbito en el que el ordenamiento italiano continúa previendo excepcionalmente la reincorporación plena es también aquel en el que la prueba del carácter discriminatorio o de la causa ilegal resulta más difícil para el trabajador, asumiendo tal casuística un carácter residual aplicativo, al menos desde el punto de vista cuantitativo. La demostración de la discriminación que supone el despido asume, de hecho, un papel fundamental en el nuevo sistema, y esto conduce, de un lado, a una ampliación del concepto de discriminación, con una extensión del ámbito cubierto por el «despido-represalia» o por causa ilegal; de otro, un cambio en la opinión por la que si el despido no es justificado, puede concluirse con una discriminación *in re ipsa*<sup>10</sup> del despido: hoy el trabajador tiene un interés concreto en la verificación del motivo discriminatorio y el acento debería ponerse en la detección de los elementos de hecho que si no son verificables con inversión de la carga de la prueba, sí admiten el uso de las técnicas que permiten en el ordenamiento italiano la prueba del carácter discriminatorio (art. 28.4 del Decreto Legislativo 150/2011; art. 40 del Decreto Legislativo 198/2006).

La reincorporación encuentra también aplicación en los supuestos de despido (individual o colectivo) verbal o en los casos, coherentemente con la protección antidiscriminatoria, en los que el juez comprueba «la falta de justificación por causa que consiste en la discapacidad física o mental del trabajador» en incumplimiento de las normas italianas de protección de tales condiciones del trabajador; sin embargo, la nueva regulación no menciona ya el despido basado en (supuesta pero inexistente) enfermedad, esto es, por la superación del tiempo de permiso, protagonizando aquí la ley una primera regresión en la protección respecto a la Ley 92/2012<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Para una reciente distinción, en el análisis judicial, bajo el régimen de la Ley 92/2012, véase. Trib. Milano, 11 de febrero de 2013: «A la luz de cuanto se ha observado, no cabe sino concluir el carácter injustificado del despido de la demandante. Esto, no es, en todo caso, suficiente para confirmar la naturaleza discriminatoria del mismo. El despido injustificado, en efecto, no puede ser considerado discriminatorio dado que este último exige un *quid pluris*, es decir, la prueba de que, en ausencia de una objetiva razón de despido, la selección del trabajador a despedir ha estado basada en una injustificada diferencia de trato que encuentra su propia razón de ser en uno de los supuestos legales de discriminación. El despido injustificado implica un mero arbitrio, mientras que el despido discriminatorio es aquel fundado en un motivo infame: la voluntad de excluir de la estructura social un sujeto por una simple característica personal que le diferencia, por un puro prejuicio de no identidad y homologación respecto a la condición psico-física o a la personalidad del trabajador».

<sup>11</sup> Hay quien sostiene una extensión analógica de la readmisión también a estos supuestos: MARAZZA, M.: «Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act», en WP CSDLE «Massimo D'Antona».it – 236/2015, 21.

En correspondencia con la actual excepcionalidad de la tutela de readmisión en supuestos de despidos improcedentes, la otra situación residual en la que aún opera la reincorporación al puesto de trabajo en el contrato de tutela creciente es la establecida en el artículo 3.2 del Decreto Legislativo 23/2015, esto es, «exclusivamente en los casos de despido por justa causa en que se demuestre judicialmente la ausencia del hecho material imputado al trabajador, respecto a la cual es irrelevante cualquier valoración sobre la desproporción del despido».

Lo cierto es que, si nos alejamos de la península italiana y habituados quizás a ejercicios legislativos menos complejos y más lineales, es difícil entender esta nueva especificación del legislador italiano prevista en la regulación del contrato de tutela creciente.

Se comprende lo anterior si se atiende al ámbito de la Ley Fornero de 2012, donde en cambio la referencia para la aplicación de la tutela de readmisión era simplemente a la «insussistenza del fatto contestato».

Sobre la noción de «insussistenza del fatto contestato» en la Ley Fornero (hoy aplicable a los trabajadores contratados antes del 7 de marzo de 2015) se ha discutido si la expresión debe ser interpretada en sentido material o jurídico. En el primer caso, es decisiva la prueba de la existencia de la conducta, entendida como acción u omisión, nexo causal y acontecimiento: la readmisión debe ser negada cuando la conducta subsista, mientras el eventual incumplimiento del requisito de proporcionalidad implica la sanción de una tutela indemnizatoria débil (art. 18.5 del Estatuto de los Trabajadores). Si, en cambio, el hecho se interpreta en sentido jurídico, comprensivo no solo de la conducta sino también del elemento subjetivo (dolo o culpa) y de la valoración jurídica de cuanto tiene lugar en términos de incumplimiento, la falta de proporcionalidad debe ser sancionada con la reincorporación. Se ha pronunciado precisamente a tal respecto una sentencia de la Corte de casación italiana, posicionándose en el primer sentido, si bien, de forma tangencial respecto a la decisión del caso concreto (Sentencia de 6 de noviembre de 2014, núm. 23669)<sup>12</sup>.

Por tanto, requiriendo ahora la ley sobre el contrato de tutela creciente, para la confirmación de la reincorporación si bien atenuada en el resarcimiento (máximo 12 mensualidades), que se trate de un supuesto en el cual «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», con la doble precisión de que en la verificación adquiere importancia solo el hecho material y permanece ajena cualquier valoración sobre la desproporción del despido, el legislador italiano ha querido «esterilizar» el debate sobre la fórmula introducida por la Ley Fornero que, reclamando solo la «l'insussistenza del fatto contestato», había dividido doctrina y jurisprudencia en cuanto a la consideración del solo hecho material o, en cambio, de la calificación jurídica. Así que ahora, para los nuevos contratos indefinidos, importa solo la inexistencia del hecho material (entendido como acción u omisión, nexo causal y acontecimiento)

<sup>12</sup> Véase Corte di Appello di Bologna, 14 de octubre de 2014.

sin tomarse en consideración la proporcionalidad del despido. Según el informe del Gobierno, se trata de un principio cardinal del sistema introducido por el decreto que tiene la finalidad de reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado de los litigios, con un fuerte reajuste de la interpretación judicial.

No obstante, esta «interpretación auténtica» de la Ley Fornero parece dejar ciertas víctimas: el artículo 3 de la Ley 604/1966, el cual prevé que el despido disciplinario se produzca por un caso particular considerado, en sentido jurídico, como «notable incumplimiento» contractual; así como el artículo 2106 del Código Civil italiano, al menos en la medida en que se concluya que la proporcionalidad constituye elemento constitutivo (también) de la sanción del despido.

Además, la norma prevé que la inexistencia del hecho material debe probarse «directamente en juicio». De este modo, el legislador ha pretendido evidenciar que la prueba de la no concurrencia del hecho material debe ser directa, plena, y, por tanto, no sirve la prueba indirecta, que es aquella basada en presunciones y en la que puede tener un papel más amplio la apreciación del juez. Resulta asimismo claro, al menos para el legislador, que mientras la concurrencia del hecho (que hace procedente el despido exonerando al empresario del pago de la sanción económica) debe ser probada por parte del empresario, la prueba de su inexistencia (a los fines de la sanción de reincorporación) corresponde de forma directa al trabajador<sup>13</sup>.

Desaparece, junto a la valoración de inexistencia del hecho jurídico en su componente de proporcionalidad respecto a la sanción, la evaluación vinculada a la previsión en la negociación colectiva, por el motivo alegado en el despido, de sanciones disciplinarias, situaciones para las que la Ley Fornero, para los antiguos contratados, prevé la reincorporación en el puesto de trabajo, si bien con resarcimiento reducido<sup>14</sup>. Por otra parte, la negociación colectiva, en las disposiciones dedicadas a los «códigos disciplinarios», no abunda en la caracterización de los ilícitos que llevan al despido y a menudo la línea que separa los incumplimientos para los que están previstas sanciones provisionales y aquellos otros para los que se prevé la extinción del contrato queda supeditada a un juicio de proporcionalidad, en relación con la gravedad del mismo hecho, según la concurrencia o no de circunstancias objetivas o subjetivas.

<sup>13</sup> La Exposición de Motivos del Decreto 23/2015, a propósito del artículo 3.2, señala: «En el entendimiento de que la carga de la prueba de la validez del motivo del despido corresponde al empresario, la carga de la prueba de la inexistencia del hecho material imputado (único supuesto de despido disciplinario o justa causa por el que cabe la reincorporación) corre a cargo del trabajador».

<sup>14</sup> La Ley del 2012 dispone la reincorporación cuando «el juez comprueba que el despido se ha llevado a cabo siendo la del trabajador una responsabilidad sancionable con sanción disciplinaria distinta del despido, según las previsiones de los convenios colectivos o de los códigos de disciplina aplicables».

#### IV. LA INDEMNIZACIÓN (REGLA GENERAL): TODOS LOS (OTROS) CASOS DE DESPIDO INDIVIDUAL IMPROCEDENTE, EL DESPIDO COLECTIVO, EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

En Italia se asiste a una (ulterior) reducción de la protección para los nuevos trabajadores con contrato de tutela creciente, asumido que, fuera de los supuestos ya indicados líneas arriba, completamente excepcionales y de difícil verificación práctica, el Decreto Legislativo 23/2015 prevé únicamente una tutela de tipo económico, de carácter automático y por ello sustraída a evaluación, graduación o ponderación judicial en cuanto relacionada aritméticamente con la antigüedad del trabajador en la empresa (dos meses de salario por cada año de servicio hasta un máximo de 24 meses y 4 de mínimo para los despidos injustificados; un mes de salario por cada año de servicio hasta 12 meses y un mínimo de 2 para los despidos que presenten vicios formales o procedimentales).

Cabe señalar, pues, que la tutela creciente del Jobs Act italiano no culmina, como se podría pensar, en los trabajadores con cierta antigüedad, en una serie que lleva progresivamente a la tutela de readmisión; sino que, dado que la relación laboral cesa en virtud del despido declarado improcedente, la protección únicamente económica crece solo en razón de la antigüedad (y no del tipo de defecto apreciado) hasta el importe máximo del resarcimiento económico. Se revela así la verdadera identidad del contrato de tutela creciente, el cual, como ya se ha anunciado, no es una nueva tipología contractual diferenciada por el aspecto temporal o causal, sino un contrato normal de trabajo indefinido, con una regulación particularizada del despido, sin perjuicio de las nociones de despido propias del ordenamiento jurídico italiano (por justa causa, disciplinario o por causas objetivas).

La finalidad no es otra que la de permitir al empresario, como se señalaba al comienzo de este artículo, predeterminar el coste económico de la eventual improcedencia del despido, sus trayendo al juez el poder de graduar la sanción atendiendo al caso concreto: según el informe del Gobierno al Decreto Legislativo 23/2015, el importe de la indemnización representa el justo equilibrio entre la protección del trabajador en caso de despido improcedente y la sostenibilidad de los costes *probables* de la empresa, de manera que no afecte la preferencia por el contrato indefinido y asegure el aparato sancionador.

Para el despido disciplinario, por tanto, *como regla general*, la improcedencia (por causa justificada o justa causa) comporta la extinción de la relación laboral y asegura al trabajador solo la indemnización resarcitoria. La previsión del *severance pay* encuentra su típico campo de aplicación cuando, probada en juicio la existencia de la conducta censurada, la sanción del despido se presenta no proporcionada, en violación de lo dispuesto en el artículo 2.106 del Código Civil, procediendo la sanción indemnizatoria incluso cuando la conducta reprochada resulte probada solo en parte.

La regla de la tutela solo indemnizatoria rige en cambio íntegramente y sin excepción para los despidos económicos individuales y por tanto basados en causas objetivas, en línea con lo ya previsto en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores tras la Ley 92/2012, pero con la no-

vedad de la previsión de la indemnización incluso cuando resulten manifiestamente insuficientes las razones económicas alegadas por el empresario como base del despido objetivo (supuesto que, en cambio, la Ley 92/2012 sancionaba con la reincorporación y el resarcimiento atenuado). Bien entendido, en el despido objetivo, a diferencia de lo regulado para el despido disciplinario, nada se prevé respecto (cuando menos) a la necesaria concurrencia del hecho o circunstancia de naturaleza económica, organizativa o productiva que determina la decisión de la extinción de la relación laboral: ello supondrá serios problemas interpretativos, en cuanto resultaría contrario al principio de la justificación del despido el hecho por el que, simplemente calificando el despido como objetivo, escapase a la indagación judicial la concurrencia del hecho o motivo de despido, abriéndose paso así automáticamente, siempre y en todo caso, a la tutela indemnizatoria<sup>15</sup>.

Se asiste, pues, respecto a la Ley 92/2012, a una completa equiparación de los despidos colectivos y los individuales de tipo económico: más allá de la falta de forma escrita, para la cual todavía se prevé la reincorporación, en caso de violación del procedimiento sindical y administrativo del despido colectivo y en caso de incumplimiento de los criterios de selección de los trabajadores a despedir se aplica siempre la tutela indemnizatoria (de 4 a 24 meses según la antigüedad). La disminución de protección se produce aquí con respecto a la transgresión de los criterios de selección establecidos en el artículo 5 de la Ley 223/1991 (que en Italia, salvo distinta previsión convencional incluyen, además de las exigencias técnico-productivas empresariales, las cargas familiares y la antigüedad del trabajador), obviamente cuando dicha transgresión no asuma carácter discriminatorio: mientras la Ley 92/2012 preveía la reincorporación del trabajador con resarcimiento atenuado, el contrato de tutela creciente prevé ahora la sola indemnización, adaptándose integralmente la protección a la prevista para los despidos objetivos individuales.

Si bien esta adaptación parece correcta y coherente, en mi opinión, en el ámbito del gran *genus* de los despidos económicos (ya sean individuales o colectivos), lo cierto es que se pueden dar serios problemas de igualdad de trato, además de razonabilidad, en el largo periodo transitorio que atiende la reforma, para los despidos colectivos en las crisis de empresa que implican trabajadores contratados antes y contratados después de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 23/2015. Será del todo inexplicable de hecho la diferencia de trato por incumplimiento de los criterios de selección cuando la causa del despido es unitaria y unitario sea el procedimiento sindical o administrativo de despido de los trabajadores: de hecho, el empresario podría ser empujado a acometer una aplicación errónea de los criterios a los trabajadores de contratación más reciente, para los cuales contará la sola garantía de la indemnización y nunca la de la reincorporación.

<sup>15</sup> La jurisprudencia más reciente, sobre la base del régimen anterior, continúa sosteniendo que el juez únicamente tiene el poder de control de su efectividad, con la consiguiente carga del empresario de probar en juicio las razones de la reestructuración y el nexo de causalidad de las mismas con el despido (*cf.* Corte de Casación, 12 de junio de 2015 núm. 12242). La doctrina considera con bastante acierto que se debe tratar en cualquier caso de un despido objetivo, pues de otro modo se convertiría en un despido *ad nutum*. *Cfr.* ZOLI, C.: «I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al D.lgs. n. 23 del 2015», en G. Ferraro (dir.), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, *Quaderni di Arg. Dir. Lav.*, núm. 14, 2015, 90.

Finalmente, para no dejar la posición de los trabajadores de nueva contratación en las medianas-grandes empresas paradójicamente deteriorada respecto a la de los contratados en pequeñas empresas, el Decreto Legislativo 23/2015 revisa, empeorándola, la protección en caso de despido improcedente por debajo del umbral dimensional previsto en el artículo 18, apartados 8 y 9 del Estatuto de los Trabajadores (en síntesis, empresas con menos de 15 trabajadores): en estos casos, la indemnización es reducida a la mitad y no puede superar las seis mensualidades con un retroceso en la protección tanto con respecto al umbral mínimo, como con respecto al máximo, antes ambos regulados en el artículo 8 de la Ley 604/1966. Por el contrario, se extiende explícitamente el nuevo régimen del contrato de tutela creciente a los trabajadores de las denominadas empresas de tendencia (partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas) sin que se excluyan estas particulares empresas del ámbito en el que opera la reincorporación por despido disciplinario, luego también con respecto a las discriminaciones que bien podrían afectar al carácter ideológico de la organización empresarial.

## V. CONCLUSIONES. EL IMPACTO DEL NUEVO MODELO DE FLEXIBILIDAD EN LA SALIDA DEL MERCADO DE TRABAJO Y ALGUNOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

El marco para poder valorar el impacto de la nueva regulación de los despidos improcedentes en el mercado de trabajo italiano se encuentra todavía incompleto y en plena evolución. Las consecuencias económicas y organizativas del Jobs Act en el ámbito de la flexibilidad podrán ser enteramente valoradas solo cuando sean llevadas a cabo también las restantes actuaciones relativas, además de a las tipologías contractuales establecidas en el Decreto Legislativo 81/2015, a la protección de los desempleados y a la regulación del mercado de trabajo (Agencia Nacional del Trabajo).

El objetivo de incrementar el empleo estable deberá ser evaluado en particular con respecto al «grado» de las restricciones, no solo de carácter normativo, que el Jobs Act introdujo en la utilización de las tipologías contractuales flexibles (contratos temporales, contratos de puesta a disposición, contratos de trabajo a proyecto, contratos de trabajo autónomo), en cuanto que una excesiva limitación en el acceso al mercado de trabajo mediante tales contratos, especialmente para determinados tipos de actividad (especializadas, ocasionales, etc.), podría conducir a un saldo negativo, en nada compensado por la celebración de contratos indefinidos; como también a una rigidez organizativa interna en la empresa, privada de cara al futuro de la posibilidad de adaptar los tipos contractuales a las específicas exigencias productivas.

Los datos de aumento del empleo estable mediante contratos de trabajo indefinidos del primer trimestre de 2015 (datos que, en todo caso, no todos interpretan de forma unívoca) son una excelente señal para el Gobierno italiano. Sin embargo, aparecen como el resultado de los incentivos económicos introducidos desde enero en la Ley de Estabilidad de 2015, más que de la introducción, ya en marzo, del nuevo contrato de tutela creciente en caso de despido improcedente:

la preocupación es que en el medio-largo plazo tales incentivos no resulten sostenibles desde el punto de vista financiero y la exención contributiva por los nuevos empleados no pueda asumir carácter estructural.

Ya se sabe que una simplificación de los vínculos y de las sanciones en caso de despido improcedente tiene repercusiones significativas sobre la posición del trabajador en la relación laboral, principalmente quedando expuesto a los requerimientos y exigencias empresariales de flexibilidad interna (en términos de exigibilidad del trabajo, flexibilidad horaria, productividad del trabajador). La nueva regulación italiana de los despidos, también a la luz del Derecho comunitario y en particular de los artículos 30 de la Carta de Niza<sup>16</sup> y 24 de la Carta Social Europea<sup>17</sup>, habrá de ser por tanto evaluada en términos de justificación y de equilibrio entre tal retroceso de posición (sin duda actual, si se tiene en cuenta la intervención normativa en materia del *ius variandi* y los controles de la prestación laboral) y las exigencias de certeza para las empresas, además del desarrollo del empleo de calidad que han orientado el diseño legislativo.

Si de las segundas exigencias, las del crecimiento del empleo, se ha hablado líneas arriba en términos dubitativos y por tanto en espera de datos más ciertos sobre el *appeal* del nuevo modelo en función del desarrollo del sistema y del mercado laboral, respecto al objetivo de certeza, en cambio, el ordenamiento italiano opta ya por la sustancial simplificación del modelo sancionador y una casi absoluta monetización de la protección frente al despido improcedente: relegada la reincorporación a supuestos del todo excepcionales y de limitada casuística aplicativa, la monetización viene fijada en términos inequívocos por parte del legislador, según la fecha de contratación del trabajador y de su antigüedad, sin que quepa calcular el *severance pay*, efectuado caso por caso por el juez de lo social.

También es cierto que el legislador del Jobs Act ha dispuesto la inaplicabilidad, en el contrato de tutela creciente (art. 11 del Decreto Legislativo 23/2015), de las reglas procesales en caso de despido improcedente introducidas por la reforma Fornero (art. 1, apartados 48-68 de la Ley 92/2012). A esta decisión ha contribuido la mala experiencia del modelo de procedimiento que habría debido aligerar los litigios en materia de despido, pero también la consideración de que,

<sup>16</sup> El cual, como es sabido, asentando principios en materia de «protección en caso de despido injustificado», dispone que «Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales».

<sup>17</sup> La Carta, en el precepto dedicado al «Derecho a protección en caso de despido», establece que «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial».

frente a una tutela solo indemnizatoria, bien podrá el proceso sobre el despido seguir tiempos y formas ordinarias.

Esto sin duda funcionará como estímulo a las partes (visto que se trata de la sola satisfacción económica) hacia el uso de la «oferta de conciliación» del artículo 6.1 del Decreto Legislativo 23/2015, con una medida económica de nuevo establecida por el legislador, en el mínimo y en el máximo (de 2 a 18 mensualidades según la antigüedad, con exención fiscal y contributiva por cuanto corresponde al trabajador), con el fin de evitar a través de la «oferta» empresarial el recurso a la vía judicial.

Resulta claro, pues, que tal exigencia de certeza sobre los costes del despido satisface sin duda y de lleno las exigencias de las empresas, que podrán efectivamente calcular y establecer a priori el peso económico de un despido viciado por razones formales o sustantivas, ya se verá con qué repercusiones reales sobre la voluntad de los sujetos económicos de invertir mayormente en nuestro país.

Esta concesión a las exigencias de las empresas exhorta a una fuerte asunción de responsabilidad por parte de los sujetos económicos y de sus representantes sindicales, respecto de las auténticas finalidades de la intervención legislativa, tendente a la promoción del empleo. La pregunta, a este respecto, es si es posible para la negociación colectiva restablecer la protección mediante readmisión abandonada por el legislador. Si el planteamiento es sin duda viable desde el punto de vista técnico y desde el de la base histórica del artículo 12 de la Ley 604/1966 —ya se ha hecho, por ejemplo, para los empleados públicos, en los convenios colectivos nacionales de 2010—, no puede decirse lo mismo en relación con su oportunidad política y sindical, porque supondría un cortocircuito en el sistema de fuentes y un retorno a un *statu quo* verdaderamente incomprensible para los trabajadores. En cambio, es posible reflexionar sobre un papel de la negociación que contribuya a reforzar la protección económica y normativa de los contratados conforme al nuevo régimen, sin alterar las previsiones legales: por mantenerse en el ámbito de los despidos, un campo de maniobra extensivo y ejemplo válido con respecto a la duración del preaviso, y por tanto, al valor de la indemnización sustitutiva en caso de despido; se pueden prever periodos de estabilidad de la relación laboral (a reserva de la justa causa) para trabajadores de nueva contratación que hayan alcanzado una cierta antigüedad en el sector; son por tanto infinitas para la negociación las posibles combinaciones, tras el despido, entre el (*out*)placement y la formación, así como sobre la financiación de los mismos.

No hay duda en cambio sobre la posibilidad de que los contratos individuales tienen de establecer excepciones a la regulación, especialmente en la contratación de trabajadores con una antigüedad en empresas anteriores que se trasladan a otras empresas a cambio de una inédita «fidelización» al régimen aplicable en caso de despido.

Superadas desde hace tiempo y en sentido positivo las dudas de constitucionalidad, desarrolladas en torno a las hipótesis de revisión del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la alternativa entre tutela de readmisión y tutela solo indemnizatoria (en el sentido de una prefe-

rencia por parte del legislador de la segunda en lugar de la primera, según las dimensiones de la empresa o de otros criterios razonables)<sup>18</sup>, el *focus* de legitimidad constitucional se desplaza hoy hacia la verificación del carácter razonable de una sustancial diferencia de trato, determinada por diversos regímenes de protección frente a los despidos improcedentes, que tienen como única distinción aplicativa la fecha de contratación de los trabajadores de la misma empresa: una diferencia de trato que permanecerá en el tiempo y por tanto asumirá un carácter estructural, dando lugar a una distinta dinámica entre *insiders* más protegidos por haber sido contratados antes del 7 de marzo de 2015, e *insiders* menos protegidos, por haber sido empleados en virtud del contrato con tutela creciente en caso de despido improcedente.

---

<sup>18</sup> Véase DE LUCA, M.: «Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi», *Lav. Giur.*, 2015, págs. 545 y ss.

---

## Bibliografía

- CARINCI, F. [2015]: *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, ADAPT Studies e-book series, núm. 41.
- CHIECO, P. [2013]: «Il licenziamento nullo», en Chieco (dir.), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, núm. 92, Bari.
- DE LUCA, M. [2015]: «Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi», *Lav. Giur.*
- GARILLI, A. [2015]: «Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2.
- ICHINO, P. [2012]: *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano.
- MAINARDI, S. [2015]: «Il campo di applicazione del D.Lgs. n. 23/2015: Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici», in F. Carinci y C. Cester, *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, ADAPT Studies e-book series, núm. 46.
- MARAZZA, M. [2015]: «Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act», en WP CSDLE «Massimo D'Antona», it - 236/2015, 21.
- TREMOLADA, M. [2015]: «Il campo di applicazione del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23», en F. Carinci, y C. Cester, : *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, ADAPT Studies e-book series, núm. 46.
- ZOLI, C. [2015]: «I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al D.lgs. n. 23 del 2015», en G. Ferraro (dir.), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti, Quaderni di Arg. Dir. Lav.*, núm. 14.