

EL REDISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CONTRA EL DESPIDO INDIVIDUAL EN ITALIA

THE CONSTITUTIONAL REDISIGN OF THE PROTECTION AGAINST INDIVIDUAL DISMISSAL IN ITALY

Maria Teresa Carinci
Universidad de Milán

RESUMEN La Corte Constitucional italiana con la Sentencia N° 194/2018 declaró inconstitucional las modalidades de cálculo de la indemnización económica, directamente relacionadas con el tiempo de servicios del trabajador prevista para el despido injustificado por la denominada “Jobs Act”, D.leg. 23/2015, por contraposición con los artículos 3, 4, 35, 76 y 117 de la Constitución, en relación con el artículo 24 de la Carta Social Europea; reafirmando en señalar que el principio de justificación necesaria para el despido tiene base constitucional -en cuanto expresión del principio fundamental de tutela del trabajo del artículo 4 de la Constitución- mientras que la tutela resarcitoria calculada de manera rígida y predeterminada no la tiene. Dicho pronunciamiento está destinado a tener efectos significativos en todo el sistema de protección contra el despido, como consecuencia de ello, los trabajadores comprendidos en la “Job Act” disponen de tutelas económicas más beneficiosas que aquellos sujetos al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Derivándose de ello una violación flagrante del principio de igualdad, lo que requeriría una intervención legislativa para la reorganización general del referido sistema.

PALABRAS CLAVES Corte Constitucional Italiana, despido, indemnización, tutela económica, adecuación.

ABSTRACT The Italian Constitutional Court in the Ruling N° 194/2018 declared unconstitutional the method of calculating the economic compensation, strictly related to seniority’s worker for unjustified dismissal by the so called “Jobs Act”, Legislative Decree 23/2015, for infringement of articles 3,4,35, 76 and 117 of the Constitution related to the article 24 of the European Social Charter; reaffirming that the principle of necessary justification for dismissal has a constitutional foundation as an expression of the fundamental principle of protection of work of the article 4 of the Constitution, while does not exist in the economic compensation calculated in a fixed and predetermined manner. This judgment would have a significant effects on the entire system of the protection against unfair dismissal, because the workers covered by the “Job Act” are entitled to a more favorable economic protection than the one provided by the article 18 of the Workers' Statute. It follows a flagrant violation of the principle of equality, which would require legislative intervention for the overall reorganization of that system.

KEYWORDS Italian Constitutional Court, dismissal, compensation, economic protection, adequacy.

SUMARIO

1. El “corazón” del pronunciamiento constitucional
2. Las premisas: el principio de justificación del despido es expresión necesaria del derecho fundamental de la persona al trabajo, mientras que el tipo de tutela que se otorga al despido injustificado es dejado a la elección discrecional del legislador
3. Función y naturaleza de la indemnización prevista para el despido injustificado del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015: un nudo difícil de desatar
4. El criterio de cálculo del tiempo de servicios contrasta con el principio de igualdad. “Personalización” del daño y los criterios interpretativos derivados del sistema
5. La cuantificación predeterminada del daño es conforme a la Constitución, pero el tiempo de servicios no puede constituir el único parámetro, bajo pena de un desequilibrio irrazonable entre el derecho al trabajo y la libertad de iniciativa económica privada
6. ¿El límite máximo de la indemnización cumple con el principio de equilibrio razonable entre el derecho al trabajo y la libertad de iniciativa económica privada? Una declaración apodíctica
7. Resarcimiento a tanto alzado, daños no patrimoniales y “omnicomprensividad” de la indemnización
8. Los métodos de cálculo de la indemnización contrastan con el principio de razonabilidad que impone una "adecuada" disuasión del empleador en las rescisiones injustificadas
9. El artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 en comparación con el artículo 24 de la Corte Social Europea. La autoridad, pero no el carácter vinculante, de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales
10. El impacto de la sentencia en el sistema de tutela del despido elaborado por la denominada “Jobs Act” y otros asuntos

1. El “corazón” del pronunciamiento constitucional

Con la importante Sentencia N° 194/2018, que aquí se analiza, la Corte Constitucional rediseña el sistema de protección económica previsto por la denominada “Jobs Act” en caso de despido individual injustificado.

En realidad, el pronunciamiento declara inconstitucional solo¹ el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, en la parte en la que establece el sistema de cálculo de la compensación por el despido injustificado, sin extender dicha fórmula a otras disposiciones del Decreto Legislativo que utilizan la misma modalidad de cálculo, en la medida que no son relevantes para el proceso impugnado o no se han sometido al juzgamiento *a quo*. Está claro que la decisión está destinada a tener en perspectiva un importante impacto sobre la entera estructura del Decreto Legislativo 23/2015, y por qué no decirlo, incluso sobre la entera normativa de los despidos. (cfr. § 10).

Partiendo del final, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, en la parte en la cual fija un mecanismo uniforme, rígido y automático para el cálculo de la compensación prevista por el despido injustificado (es decir, carente de justa causa, justificado motivo subjetivo u

¹ El Tribunal de Roma, en la ordenanza del 26 julio 2017, había evidenciado dudas sobre la constitucionalidad, incluso con referencia a otras normas del Decreto Legislativo 23/2015, pero la Corte Constitucional las consideró inadmisibles, algunas porque no resultan relevantes para el procedimiento principal (con referencia al artículo 2, a los artículos 3.2 y 3.3, y al artículo 4 del Decreto Legislativo 23/2015), otras en razón del defecto de motivación sobre la relevancia y la “no manifiesta falta de fundamentación”(artículo 3.3 del Decreto Legislativo 23/2015) y otras aún, a causa del defecto de motivación con respecto a la “no manifiesta falta de fundamentación”(literal c, artículo 1.7 de la Ley 183/2014).

Por defecto de motivación en la no manifiesta falta de fundamentación es también declarada inadmisibile la cuestión de ilegitimidad propuesta en referencia al artículo 1.7 de la Ley 183/2014.

La Corte declara inadmisibile la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, planteada con referencia al artículo 76 y al artículo 117.1 de la Constitución en relación con el artículo 10 de la Convenio de la OIT 158/1982, por la razón fundamental de que este Convenio no ha sido ratificado por Italia y, por lo tanto, no puede considerarse vinculante. Sin embargo, el pronunciamiento luego atribuye una importancia al Convenio en tanto “criterio” interpretativo del artículo 24 CSE (cfr. punto 14 de las consideraciones de la Sentencia N° 194/2018 de la Corte Constitucional).

Por el contrario, otras cuestiones propuestas por la ordenanza del Tribunal de Roma fueron rechazadas por la Corte Constitucional porque se consideraron infundadas. Estas, que no serán aquí examinadas totalmente, se refieren a la ilegitimidad constitucional de la ley en contraste con el principio de igualdad, porque la tutela de los trabajadores contratados después del 7 de marzo de 2015, de manera injustificada, resulta peor que aquellos contratados, en la misma empresa, antes de la dicha fecha; por trasgresión del principio de igualdad porque tutela a los trabajadores sin nivel gerencial resulta inferior que aquella otorgada a los directivos (en relación con el tema cfr. GIUBBONI S., “Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti”, in *CSDLE*, 246/2015; SPEZIALE V., “Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali”, *ibidem*, 259/2015).

Asimismo, La Corte también considera infundada la cuestión de la legitimidad constitucional del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 planteada con relación al artículo 76 y al artículo 117.1 de la Constitución, por el trámite del criterio interpuesto constituido por el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (al respecto PEDRAZZOLI M., “Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato”, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2017, 570 ss. ove riferimenti alla dottrina; CHIECO P., “Riforme “strutturali” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro giuridico europeo”, in *GDLRI*, 2015, 359 ss.; ORLANDINI G., “La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea”, in *GDLRI*, 2012, 620 ss.).

objetivo) de los trabajadores contratados a partir del 7 de marzo de 2015 y extiende su fallo desde el texto originario de la norma en mención a aquel sucesivamente modificado por el Decreto Ley 87/2018 (denominado “Decreto Dignidad”), convertido posteriormente en la Ley 96/2018, por contradicción con el artículo 3, el artículo 4.1 y el artículo 35.1 de la Constitución italiana, así como con el artículo 76 y el artículo 117.1 de la misma norma, en relación con el artículo 24 de la Carta Social Europea (CSE).

Como se aprecia, el Decreto Legislativo 23/2015, de conformidad con las indicaciones de la ley delegatoria, Ley 183/2014², no solo ha elegido a la tutela económica como tutela regular en caso de los despidos viciados de nulidad, sino que también ha establecido parámetros fijos para el cálculo y límites mínimos y máximos insuperables con referencia al importe compensatorio correspondiente al trabajador. Esta elección implicó en primer término al despido injustificado: el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 originalmente estipulaba que la compensación debiera tener un “importe igual a dos meses del salario correspondiente a la última remuneración computable para efectos del cálculo de la compensación por finalización de la relación por cada año de actividad” del trabajador, entre un mínimo de 4 y un máximo de 24 meses de salario; a continuación el Decreto Ley 87/2018 ha modificado la referida norma, pero solo en relación con el monto mínimo (aumentándolo de 4 a 6 meses de salario) y máximo (aumentándolo de 24 a 36 meses de salario) de la referida compensación, sin incidir en el mecanismo para el cálculo.

La Corte Constitucional se encuentra así frente a la evaluación de la legitimidad constitucional del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 después de las modificaciones efectuadas por el llamado “Decreto Dignidad” y decide realizar una doble operación, al mismo tiempo “restrictiva” y “extensiva”; por un lado, restringe la cuestión de constitucionalidad a lo que considera el corazón de las quejas” planteadas por el juez remitente, es decir, “el mecanismo para determinar la indemnización establecida por la norma cuestionada” excluyendo de ello “el quantum del límite mínimo y máximo dentro de la cual se puede establecer la indemnización”³; de otro lado, en virtud de tal interpretación (puede extender y en efecto) *extiende la declaración de inconstitucionalidad* desde la versión original del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 a aquel sucesivamente modificado por el “Decreto Dignidad”.

Quien suscribe considera que la operación “restrictiva” llevada a cabo por la Corte Constitucional es cuestionable: la comunicación del juez remitente proponía claramente a la Corte también la cuestión de legitimidad constitucional de los límites

² Cfr. artículo 1.7.c de la Ley 183/2014, de acuerdo con el cual se delegó al Gobierno italiano para que emita uno o más decretos legislativos en cumplimiento del siguiente principio y criterio directivo “previsión, para las nuevas contrataciones, del contrato a tiempo indeterminado a tutela creciente en relación con el tiempo de servicio, excluyendo para los despidos económicos la posibilidad de reintegrar al trabajador al puesto de trabajo, proporcionando una compensación económica cierta y creciente con el tiempo de servicio y limitando el derecho a la reintegración para los despidos nulos y discriminatorios y a casos específicos del despido disciplinario injustificado, así como también prever ciertos términos para la impugnación contra el despido”.

³ Cfr. punto 3 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

de la indemnización, aunque solo sea con referencia al parámetro constituido por el artículo 24 CSE⁴.

Precisamente, es esta vía argumentativa que permite en cualquier caso a la Magistratura Constitucional, sin tener que reenviar los actuados al juez, evaluar la cuestión presentada a su instancia y extender la declaración de inconstitucionalidad a ambas versiones del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015.

Antes de proceder a evaluar el mérito de la cuestión planteada, la Corte reconstruye los lineamientos de la tutela económica previstos en el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015: el mecanismo rígido y uniforme de cuantificación, vinculado únicamente al tiempo de servicios del trabajador; los límites mínimos (4 y después 6 meses) y máximos (24 y después 36 meses), que fijan los límites insuperables del mecanismo de cuantificación; y la no posibilidad de incrementar los montos resultantes de la aplicación de este mecanismo (omnicomprensividad de la indemnización)⁵.

Posteriormente, la Corte Constitucional aclara que la indemnización prevista por la norma tiene una doble función y naturaleza: una prioritaria, de carácter resarcitorio y otra, secundaria, de naturaleza disuasoria

Este supuesto lleva inevitablemente a la Corte a hacer una doble evaluación de la legitimidad constitucional de la indemnización, primero en su calidad de recurso resarcitorio y luego como una herramienta disuasivo-sancionatoria.

El análisis siguiente, realizado de forma paralela y entrelazada de manera diversa con referencia a las dos "almas" de la tutela económica, lleva a la Corte Constitucional a considerar la norma que lo contempla, en la parte en que regula el mecanismo para el cálculo de la indemnización por despido, no conforme con el principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución), ni idóneo para la realización de aquel equilibrio "razonable" entre el derecho al trabajo (artículo 3.1 y artículo 35.1 de la Constitución) y la libertad de la iniciativa económica privada impuesta por la norma constitucional y, a través de ella, por el Derecho Internacional (artículo 76 y artículo 117.1 de la Constitución, en relación con la norma establecida por el artículo 24 de la CSE).

En efecto, el parámetro elegido, constituido por el tiempo de servicio del trabajador -en cuanto es *uniforme* para todos los trabajadores, sin considerar su particular situación personal, y *rígido* es, por eso incongruente con respecto a la doble finalidad perseguida-, no está en grado de garantizar una reparación "*personalizada*"⁶ y "*adecuada*" del daño efectivamente sufrido por el trabajador⁷ ni constituir un "*adecuado*" instrumento de disuasión para que el empleador no actúe de manera ilegal⁸.

⁴ Cfr. Tribunal de Roma, Ordenanza *cit.*, en la cual con referencia al art. 24 CSE se lee "De ello se deduce que, en línea de principio cualquier límite resarcitorio que impida una compensación proporcional al daño sufrido y suficientemente disuasiva está en contraste con la Carta".

⁵ Cfr. punto 10 de los considerandos de la Sentencia *cit.*: "A pesar de que el censurado artículo 3.1 -diverso del vigente artículo 18.5 de la Ley 300/1970- no define la indemnización 'omnicomprensiva' es en efecto clara la voluntad del legislador de preestablecer completamente las consecuencias del despido ilegítimo, en conformidad al principio y criterio directivo dictado por la ley delegatoria de prever una compensación económica 'cierta'".

⁶ Cfr. punto 11 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

⁷ Cfr. puntos 12, 13 e 14 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

⁸ Cfr. puntos 12, 13 e 14 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

Por el contrario, según la Corte Constitucional es conforme a la Constitución el límite máximo de 24 meses de salario (después convertidos en 36 meses de salario por el llamado "Decreto Dignidad") establecido por la norma como monto indemnizable, tomando en consideración su prioritaria dimensión resarcitoria, en cuanto este aspecto efectúa -incluso la afirmación es apodíctica- una "adecuada" resolución de los intereses en conflicto⁹. Sin embargo, la afirmación no es necesaria en la economía de la decisión, que ya inicialmente había circunscrito su propia intervención solo a las modalidades de cálculo de la indemnización, criterio que no parece compartido, precisamente porque, como se dirá, no se encuentra motivado.

En conclusión, el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 es declarado inconstitucional en la frase "por un importe igual a dos meses de salario correspondiente a la última remuneración computable para efectos del cálculo de la indemnización por fin de la relación". De ello se deduce que en el intervalo entre los límites mínimo y máximo establecidos por la ley, corresponde al juez cuantificar el monto de la indemnización, teniendo en cuenta "principalmente el tiempo de servicio, criterio que es prescrito por el artículo 1.7.c de la Ley 183/2014 y que inspira el diseño de reforma del Decreto Legislativo 23/2015, así como los demás criterios (...) sistemáticamente deducibles de la evolución de la norma que limita los despidos (número de trabajadores contratados, dimensiones de la actividad económica, comportamiento y condiciones de las partes)"¹⁰.

Por lo tanto, la consecuencia de ello fue la flexibilización de la indemnización prevista el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 para el despido injustificado que efectúen los grandes empleadores, ya que gracias a la sentencia constitucional objeto de análisis, **el monto de tal indemnización ya no es más hoy predeterminado de manera fija por la ley, sino que se deja a la evaluación discrecional del juez, sobre la base de criterios definidos que pueden ser identificados por el sistema, dentro de un rango que va de un mínimo de 6 a un máximo de 36 meses de salario.**

Es así como viene desarticulado por la Corte Constitucional, el mecanismo previsto por el Decreto Legislativo 23/2015, en cumplimiento de las indicaciones de la ley delegatoria (artículo 1.7.c de la Ley 183/2014) para conferir "certeza" al importe económico resultante del despido injustificado, precisamente por su insuperable contradicción con los principios constitucionales,

De hecho, la primera consecuencia previsible es que, **de ahora en adelante, al aplicar el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, los jueces tenderán a liquidar, en promedio, sumas superiores a las derivadas del cálculo impuesto por la norma declarada inconstitucional.** Proporcionar al trabajador una protección económica "personalizada" y "adecuada", tanto para reparar el daño sufrido (función reparadora) como para desalentar actos ilegales (*rectius*: ilegítimos) del empleador (función disuasoria), parece ser, después de todo, la razón y el objetivo del pronunciamiento de inconstitucionalidad.

2. Las premisas: el principio de justificación del despido es expresión necesaria del derecho fundamental de la persona al trabajo, mientras que el tipo de tutela

⁹ Cfr. punto 12.1 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

¹⁰ Cfr. punto 15 y véase también punto 11 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

que se otorga al despido injustificado es dejado a la elección discrecional del legislador

El pronunciamiento parte de dos premisas que, como se indica en la motivación¹¹, señalan las coordenadas fundamentales del equilibrio impuesto por la Constitución (artículo 3 de la Constitución) sobre el tema de rescisión empresarial, entre el derecho al trabajo, por un lado (artículo 4.1 y artículo 35.1 de la Constitución) y la libertad de iniciativa económica privada, por el otro (artículo 41.1 de la Constitución): la justificación del acto y las tutelas previstas en caso de falta de justificación. Coordenadas respecto de las cuales la Corte aclara cuáles son el fundamento y los límites impuestos por la Constitución.

En cuanto a la primera, reafirma, en línea de continuidad con un enfoque ya consolidado¹², que el principio de justificación del despido tiene fundamento constitucional¹³.

En realidad, en un principio la Corte Constitucional había delegado íntegramente en la ley la determinación del equilibrio impuesto por la Carta fundamental respecto al despido, incluida la previsión ante una eventual obligación de justificar la rescisión del empleador, y por esta razón se limitaba únicamente a instar al legislador ordinario a introducir "cualquier instrumento oportuno en los casos en que sea necesario hacer despidos"¹⁴. Sin embargo, durante algún tiempo, la Magistratura Constitucional dictaminó que la regla de la justificación necesaria complementa el núcleo mínimo insuprimible del derecho, de importancia constitucional, para la "estabilidad" del trabajo¹⁵.

El pronunciamiento que se analiza reitera firmemente este supuesto: "la afirmación siempre más clara del "derecho al trabajo" (artículo 4.1 de la Constitución), junto con la "tutela" del trabajo "en todas sus formas y aplicaciones" (artículo 35.1 de la Constitución), se fundamenta, entre otras cosas, en el reconocimiento de que los límites impuestos al poder de rescisión del empleador corrigen un desequilibrio de facto existente en el contrato de trabajo. **La fuerte participación de la persona humana, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de contratación, califica el derecho al trabajo**

¹¹ Cfr. v. *incipit* del punto 10 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

¹² Sobre este punto cfr. NOGLER L., "La disciplina dei licenziamenti individuali all'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali", in *GDLRI*, 2007, 611 ss.; asimismo, si se considera CARINCI M.T., "L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act", in *RIDL*, 2017, I, pp. 218 ss.

¹³ Cfr. punto 9.1 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

¹⁴ Así, la Sentencia de la Corte Constitucional, 26 mayo 1965, N° 45, punto 4. En el mismo sentido cfr., sin pretender total integridad: la Sentencia de la Corte Constitucional, 18 diciembre 1970, N° 194; la Sentencia de la Corte Constitucional, 15 julio 1971, N° 174; la Sentencia de la Corte Constitucional, 22 junio 1972, N° 121; la Sentencia de la Corte Constitucional, 19 mayo 1976, N° 129; la Sentencia de la Corte Constitucional, 16 diciembre 1980, N° 189; la Sentencia de la Corte Constitucional, 14 enero 1983, N° 15; la Sentencia de la Corte Constitucional, 8 enero 1986, N° 2; la Sentencia de la Corte Constitucional, 9 noviembre 2011, N° 303.

¹⁵ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 3 febrero 2000, N° 46; la Sentencia de la Corte Constitucional, 27 noviembre 2000, N° 541; la Sentencia de la Corte Constitucional, 30 enero 2003, N° 41; la Ordenanza de la Corte Constitucional, 10 febrero 2006, N° 56.

como un derecho fundamental, que el legislador debe considerar al establecer tutelas específicas¹⁶.

Para la Corte Constitucional, el principio de justificación, en cuanto constituye actuación necesaria del derecho fundamental de la persona al trabajo, posee esa misma naturaleza. No puede imaginarse que el ordenamiento pueda admitir, sin traicionar el imperativo constitucional de protección del "derecho fundamental de la persona al trabajo", obligaciones de justificación más restringidas y circunscritas que aquellas que hoy son previstas por la ley. De hecho, no solo las causas justificativas del despido impuestas por la normativa italiana (artículo 2119 del Código Civil y artículo 3 de la Ley 604/1966) están en línea con las de los principales ordenamientos europeos¹⁷ y del Derecho Internacional (artículo 24 CSE, Convenio OIT 158/1982¹⁸), sino sobre todo las razones que aseguran siempre la realización (despidos por justa causa, justificado motivo subjetivo y justificado motivo objetivo de tipo personal)¹⁹ e incluso la prevalencia total (despido por justificado motivo objetivo de tipo económico) del legítimo interés técnico-organizativo²⁰ del empleador²¹ (interés que quien escribe ha definido en otro lugar como "interés a disponer de la organización").

La segunda premisa de la cual parte la Magistratura Constitucional se refiere a los límites constitucionales en cuanto al tipo de tutela que debe reconocerse en caso de despido injustificado. En este sentido, siguiendo un enfoque ahora ya consolidado, la sentencia reitera que la elección entre la tutela restitutoria y la tutela económica es puesta a la decisión discrecional del legislador ordinario²². Por lo tanto, para la Corte, la opción de fondo del Decreto Legislativo 23/2015 -que coloca a la tutela económica

¹⁶ Cfr. punto 9.1. de las consideraciones de la Sentencia *cit.*, ya la Corte Constitucional en la Sentencia, 9 junio 1965, N° 45 refiriéndose al art. 4.1 de la Constitución habla del "derecho fundamental de la persona al trabajo".

¹⁷ Cfr. los aportes expuestos en el volumen PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, 2014.

¹⁸ El Convenio 158/1982 de la OIT, aunque no ha sido ratificado por Italia, constituye un importante criterio interpretativo para dotar de contenido el derecho fundamental a justificar el despido. (Cfr. las observaciones compartidas de ORLANDINI G., *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, *op. cit.*, 625. Para un comentario sobre el Convenio, me permito proponer CARINCI M.T., "ILO Convention 158", in E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Oliver, (a cura di), *International and European Labour Law*, Nomos, 2018, 1149 ss.).

¹⁹ Es una opinión compartida que los despidos por causa justa, justificado motivo subjetivo y justificado motivo objetivo de tipo personal engloban en sí mismas hipótesis que, de acuerdo con los principios del Derecho Civil, constituirían supuestos de resolución del contrato, cfr. NAPOLIM., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, 222 ss. y 385 ss.

²⁰ Interés, que la suscrita ha definido en otra oportunidad como "interés a disponer de la organización", si se considera cfr. CARINCI M.T., "Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto", in *GDLRI*, 2012, 555.

²¹ Para considerar que los despidos por justa causa, justificado motivo subjetivo y justificado motivo objetivo dan siempre y en todo caso enfatizan el interés del empleador a disponer de la organización, si se considera cfr. CARINCI M.T., "Il licenziamento discriminatorio e o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale", in *RGL*, 2012, I, 647 s; y con referencia al despido por justificado motivo objetivo de tipo económico *ead.*, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, *op. cit.*

²² Cfr. entre otras Sentencias de la Corte Constitucional: 18 diciembre 1974, N° 194; 6 marzo 1974, N° 55; 8 julio 1975, N° 189; 19 mayo 1976, N° 129; 8 enero 1986, N° 2; 3 febrero 2000, N° 46; 10 febrero 2006, N° 56 (ordenanza); 9 noviembre 2011, N° 303.

en el centro del sistema y que relega a un carácter excepcional a la tutela restitutoria es en sí misma conforme a la Constitución. "El legislador -se lee en la motivación- bien puede, en el ejercicio de su discrecionalidad, prever un mecanismo de tutela incluso solo resarcitorio-monetario"²³. Pero, precisa inmediatamente su pronunciamiento. "siempre que tal mecanismo de tutela se articule con respeto al principio de razonabilidad"²⁴ y, como se verá también, de igualdad.

La cuestión es, pues, la siguiente: ¿qué tutela económica efectúa un equilibrio razonable entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa? y ¿qué tutela económica efectúa una tutela uniforme de situaciones uniformes y una tutela diferente de situaciones diferentes?

Ante todo, para responder a estos interrogantes es necesario aclarar la función y la naturaleza de la indemnización regulada por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015.

3. Función y naturaleza de la indemnización prevista para el despido injustificado del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015: un nudo difícil de desatar

Con la finalidad de evaluar la conformidad constitucional de la indemnización prevista por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, en primer término, la Corte Constitucional se interroga, y con justa razón, sobre la función y la naturaleza de dicha compensación económica. En efecto, establecer si un importe monetario respeta los principios constitucionales y el equilibrio razonable entre aquello en conflicto, depende de la función y de la correspondiente naturaleza que la ley le atribuya; solo después de haber definido el marco jurídico es posible entender cuáles son los principios constitucionales implicados y, en consecuencia, evaluar si los criterios para determinación de la suma a pagar al trabajador son conformes con el marco constitucional.

En principio, en el sistema establecido por el "Jobs Act", el legislador habría podido elegir atribuir diferentes funciones a dicha compensación económica vinculada al despido sin justificación, dependiendo de si consideraba la rescisión del empleador como injustificada desde la perspectiva del contrato de trabajo sobre el cual incide o bien evaluar el despido injustificado en su calidad de acto unilateral de ejercicio de un poder jurídico o, incluso, dar importancia a ambos perfiles de manera simultánea.

Desde la óptica del contrato de trabajo subordinado a tiempo indeterminado, el acto de despido injustificado constituye un acto de rescisión empresarial *contra legem*, que, sin embargo, atendiendo a lo previsto por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, es idóneo para interrumpir la relación laboral, perjudicando así el interés del trabajador al cumplimiento de la contraparte. Observado desde este punto, el despido injustificado es causante de daños, seguramente patrimoniales (las retribuciones no percibidas, el daño a la profesionalidad) e incluso, eventualmente, no patrimoniales. Por lo tanto, la compensación económica considerada en esta perspectiva revestiría una función prioritariamente resarcitoria.

Desde la óptica de la relación poder-sujeción, el acto de despido injustificado constituye, en cambio, un acto unilateral de ejercicio de un poder jurídico de

²³ Cfr. punto 9.2. de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

²⁴ Cfr. siempre punto 9.2. de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

supremacía en violación de límites²⁵, establecido por la ley por dos razones: en primer lugar, para circunscribir su utilización -conforme a derecho- por parte del empleador en atención a de específicas y predefinidas finalidades, consideradas conformes al ordenamiento (despidos por justa causa, justificado motivo subjetivo y justificado motivo objetivo) y, por lo tanto, protege el interés del trabajador a la estabilidad en el empleo; en segundo lugar, para evitar que, de facto, debido al temor a perder el empleo, un ilimitado poder en los despidos ponga en riesgo el ejercicio por parte del trabajador de otros derechos fundamentales constitucionalmente protegidos que están ligados a la relación laboral (derecho a la libertad sindical, política, religiosa, etc.). Desde esta perspectiva, el despido injustificado es un acto de ejercicio de un poder jurídico *contra legem*. Por lo tanto, la tutela económica conexas a él podría desempeñar, desde este enfoque, una función más puramente disuasivo-sancionatoria, si no exclusivamente sancionatoria²⁶.

Por lo tanto, si las antes descritas son las opciones, en abstracto, posibles dentro del sistema del “Jobs Act”, está claro que, **la función y naturaleza de la indemnización en cuestión dependen más específicamente del orden de los intereses establecidos por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015.**

Y es precisamente en la indagación del significado del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 que la Corte se enfrentó a un problema interpretativo difícil de resolver: por un lado, el término genérico "indemnización" (en italiano *indennità*) utilizado por la norma antes citada no proporciona ninguna indicación útil²⁷; por otro

²⁵ De hecho, es una opinión compartida que el Decreto Legislativo 23/2015 no ha cambiado los conceptos ni la estructura del despido por causa justa, justificado motivo subjetivo y justificado motivo objetivo. Sin embargo, para las modificaciones aportadas posteriormente a la estructura del despido por justificado motivo objetivo del nuevo artículo 2103 del Código Civil, si se considera cfr. CARINCI M.T., *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, *op. cit.*

²⁶ En términos abstractos, el legislador también podría haber recurrido a la figura de los denominados “daños punitivos” (cfr. PONZANELLI G., “I danni punitivi”, in P. Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Giuffrè, 2011, 319 ss.; GALGANO F., “Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali”, in *Contr. Impr.*, 1987, 531 ss.) abstractamente admisible en el sistema italiano (v. en jurisprudencia Casación de la Sezione Unità (S.U.), 5 julio 2017, N° 1660, en mérito a la cual cfr. PONZANELLI G., “Le decisioni delle sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?”, in *RDC*, 2018, 1, 300 ss.; *id.*, “Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno”, in *NLCC*, 10/2017, 1413 ss.; GABRIELLI E., FEDERICO A. (a cura di), “I danni punitivi dopo la sentenza delle Sezioni Unite”, in *GI*, 2018, 2274 ss.; VACCÀ C., “Le Sezioni Unite ed i punite damages: una significativa circolazione di un modello?”, in *Lav. dir. Europa*, 1/2017, 1 ss.), siempre que estén expresamente previstos por la ley (cfr. SESTA M., “Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale”, in *RDC*, 2018, 305 ss.).

Sin embargo, los denominados “daños punitivos” se caracterizan por el hecho de ser “ultracompensativos” con respecto a los daños o, en cualquier caso, se desprenden de los daños sufridos por la víctima, así como calibrados en atención al comportamiento del causante del daño (dañador), en lugar del perjuicio causado al afectado (sujeto dañado). Tales características son completamente extrañas en la redacción del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, mientras que, como se explica en el texto, por un lado se toma como criterio la remuneración del trabajador, pero por otra parte se le atribuye una suma estadísticamente casi siempre menor al daño realmente sufrido. Para una hipótesis de liquidación de daños punitivos en el Derecho Laboral cfr. Sentencia del Tribunal de Bergamo, 30 marzo 2018, in *GI*, 2018, 2191 ss. con nota de BIASI M., “Il caso Ryanair e l’ingresso del “danno punitivo” nel diritto del lavoro”.

²⁷ Cfr. punto 10 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

lado, los dos criterios de cálculo determinados por ella resultan incongruentes con las funciones antes mencionadas: en la perspectiva resarcitoria, la referencia a la remuneración sería coherente con el objetivo de resarcir al trabajador afectado, pero su alcance viene anulado por el factor multiplicador, constituido por el tiempo de servicio, incapaz en sí mismo²⁸ de interpretar el daño sufrido por el trabajador despedido; en tercer lugar, bajo el perfil disuasivo-sancionatorio, ambos parámetros son totalmente irrelevantes con respecto al propósito de disuadir al empleador que ha llevado a cabo el acto *contra legem*, no logrando conseguir dichos criterios ni a calcular el importe económica en base a la gravedad del ilícito, ni a modularlo en relación a la capacidad económica del sujeto trasgresor²⁹.

A la luz de estas observaciones, las dificultades interpretativas que la Corte ha tenido que enfrentar son evidentes.

Después de todo, ni siquiera la doctrina ha podido definir la cuestión, atribuyendo a la indemnización por momentos una función resarcitoria³⁰, por momentos una función sancionatoria³¹ o por momentos ambas³².

Ante este *impasse*, el pronunciamiento constitucional reconoce a la indemnización ambas funciones, resarcitoria y disuasorio-sancionatoria atribuyendo, sin embargo, prioridad a la primera: "Se trata de una tutela no específica *del interés del trabajador al cumplimiento del contrato de trabajo a tiempo indeterminado* -la

²⁸ El criterio del tiempo de servicio es incapaz de captar el daño realmente sufrido por el trabajador si se considera de forma aislada, pero no si se utiliza en relación con otros indicadores. De hecho, es un dato conocido que el trabajador con mayor antigüedad (en años de vida y en tiempo de servicio), estadísticamente, tiene más dificultades para encontrar un nuevo trabajo y, por lo tanto, desde este punto de vista, está más expuesto a sufrir daños de carácter patrimonial, en caso del despido injustificado.

²⁹ Quien escribe no cree que el alcance exclusivamente sancionador de la indemnización pueda ser tratado, prescindiendo de la redacción del artículo 3.1, a partir de la completa estructura Decreto Legislativo 23/2015. De hecho, el "Jobs Act" calibra la tutela no sobre la culpa del sujeto que ejecuta el acto ilícito, sino sobre el tipo de patología que aflige el acto unilateral de ejercicio del poder. Para la perspectiva aquí no compartida con referencia al art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, modificada por la Ley 92/2012, cfr. MARESCA A., "Il nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo", in *RIDL*, 2012, I, 415 ss.

³⁰ Cfr. FILÌ V., "Tutela risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali", in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 206. Sobre "indemnización resarcitoria" se pronuncian: TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Wolter Kluwer- Cedam, 2015, 529; VIANELLO R., "Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento", in *RIDL*, 2018, I, 76.

³¹ Al respecto, cfr. MATTAROLO M.G., "Le conseguenze risarcitorie o indennitarie del licenziamento illegittimo", in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt University Press, 130; para quien la indemnización tiene una función prevalentemente sancionatoria.

³² Cfr. CESTER C., "Le tutele", in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in F. Carinci, M. Persiani, (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, V, Wolter Kluwer-Cedam, 2017, 1125; quien considera la indemnización "polifuncional, dirigida o a fines punitivos o a fines restitutorios y a remediar las consecuencias (despido ilícito) indiscutiblemente producidas por el daño; además cfr. TARQUINI E., "Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo", in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Wolter Kluwer-Ipsosa, 2016, 216 ss. Sobre la "sanción resarcitoria" se pronuncia VIDIRI G., "Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e non poche ombre", in *ADL*, 2015, 358.

reintegración al puesto de trabajo, de hecho, está excluida- pero por ser equivalente y, por lo tanto, la tutela es solo económica”³³. (la cursiva corresponde al autor).

De hecho, una lectura atenta del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 muestra que la tutela económica exigida por la ley es consecuencia principalmente de la interrupción *contra legem* del contrato de trabajo. Así, la norma establece textualmente que: "en los casos en los cuales se establezca que las condiciones no se aplican a los supuestos de despidos por justificado motivo objetivo y por justificado motivo subjetivo o justa causa, *el juez declara extinta la relación laboral (...) y condena al empleador al pago de una indemnización (...)*" (la cursiva corresponde al autor).

La posición de la Corte parecer ser, en definitiva, compatible. El elemento literal denota, de hecho, que **el legislador ha querido considerar prioritariamente a la indemnización como una consecuencia del acto de interrupción *contra legem* del contrato de trabajo. La función disuasoria constituye solo una consecuencia secundaria del resarcimiento del daño sufrido por el trabajador**³⁴, en contra de un receso que es al mismo tiempo un acto ilegal unilateral (*rectius*: ilegítimo).

Asimismo, se aprecia que el rumbo seguido permite a la Magistratura Constitucional mantener la indemnización dentro de los límites mínimo y máximo establecidos por la ley (cfr. § 6). De hecho, no sería posible si, por el contrario, -sin ninguna referencia normativa- el pronunciamiento constitucional hubiera atribuido a la indemnización una función disuasoria-sancionatoria; en tal caso, el trabajador habría necesariamente conservado, de acuerdo con los principios constitucionales (artículos 3, 4 y 35 de la Constitución), el derecho al resarcimiento integral del daño, más allá de los límites de la indemnización sancionatoria prevista por la ley.

En definitiva, la sentencia reconduce el alcance de la tutela económica del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, tras una reflexión que ha interesado tanto a la "indemnización resarcitoria" prevista en el artículo 8 de la 604/1966³⁵ como a la "indemnización resarcitoria omnicompreensiva" establecida por el artículo 18.5 del Estatuto de los Trabajadores³⁶, modificada por la Ley 92/2012, consideradas ambas de naturaleza exclusiva o principalmente resarcitorias por la doctrina mayoritaria.

³³ Cfr. punto 10 de las consideraciones de la Sentencia *cit*.

³⁴ Por otra parte, la responsabilidad civil desarrolla un rol polifuncional es un dato adquirido desde ya hace mucho tiempo. (vedi RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Cedam, 1964, 41 ss.; más recientemente MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, Utet, 2006, 19). Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 5 julio 2017, N° 16601, que afirma "puede decirse que junto a la primaria función compensativa-reparadora del instituto (que ciertamente arriba a la disuasión) ha emergido una naturaleza polifuncional de la responsabilidad civil".

³⁵ Cfr. NAPOLI M., "Licenziamenti", in *DDP comm.*, IX, 1993, 83 quien habla del "*danno forfettizzato*"; en sentido análogo SANDULLI P., VALLEBONA A., PISANI C., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, 1990, 51; NAPOLETANO D., *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa Legge 15 luglio 1966, n. 604*, Utet, 1967, 78; recientemente, TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Wolter Kluwer-Cedam, 2015, 129.

³⁶ Cfr. CESTER C., *op.cit.*, 881 y en el mismo escrito otras referencias; cfr. también SPEZIALE V., "Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori", in *CSDLE*, 165/2012, 56.

4. El criterio de cálculo del tiempo de servicios contrasta con el principio de igualdad. “Personalización” del daño y los criterios interpretativos derivados del sistema

La valoración de la dimensión resarcitoria de la indemnización permite a la Corte declarar inconstitucional el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 por contradecir el principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución)³⁷.

En efecto, la estandarización del cálculo de la indemnización, anclado al único criterio del tiempo de servicios, homologa en forma injustificada, situaciones diversas: la aplicación de ese único criterio implica que trabajadores con el mismo tiempo de servicios, pero que, en relación con otras circunstancias, hayan sufrido daños diferentes, terminen percibiendo un resarcimiento idéntico³⁸.

Por lo tanto, el pronunciamiento, en línea con sus propios precedentes³⁹ y el enfoque de la jurisprudencia que niega la posibilidad de automatismos en el resarcimiento de derechos fundamentales, razonablemente considera imprescindible, de conformidad con el artículo 3 de Constitución, la "personalización" o "individualización" de la indemnización, vista en su función resarcitoria primaria, al daño efectivamente sufrido por cada trabajador.

Sin embargo, la Corte Constitucional no se detiene allí: en el cuerpo de su motivación⁴⁰ indica los criterios, ya presentes en el sistema, que el juez debe utilizar para calibrar el resarcimiento del daño en la base a la peculiar situación concreta. En este sentido, el pronunciamiento señala expresamente tanto a los índices establecidos por el artículo 8 de la Ley 604/1966, que se refiere a "el número de trabajadores empleados, la dimensión de la empresa, el tiempo de servicios del trabajador, el comportamiento y las condiciones de las partes", como los indicados por el artículo 18.5 del Estatuto de los Trabajadores, que en primer término identifica la "antigüedad del trabajador" y luego precisa "teniendo en cuenta del número de trabajadores empleados, la dimensión de la actividad económica, el comportamiento y las condiciones de las partes, con la carga de una motivación específica al respecto". Por lo tanto, los parámetros que se pueden obtener del ordenamiento son ampliamente convergentes, si no totalmente superponibles. Por el contrario, se evidencia una positiva evolución en la comparación entre el parámetro de la simple "dimensión de la empresa" del artículo 8 de la Ley 604/1966, el cual hace referencia a un mero dato "cuantitativo": el número de trabajadores, y el más reciente de la "dimensión de la actividad económica" que a su vez hace alusión al elemento "cualitativo" de la capacidad económica de la empresa, que reabsorbe en sí incluso al indicador del simple número de trabajadores, de mayor aptitud para dar cuenta de la fuerza y la solidez del empleador en el escenario económico productivo en la actualidad.

³⁷ V. punto 11 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

³⁸ Se piensa, haciendo un ejemplo, en las diversas consecuencias que el despido pueda tener según las condiciones económicas del trabajador (*p. ej.* la necesidad de pagar un préstamo bancario), en la dificultad en la búsqueda de otra ocupación, en la importancia de la continuidad laboral para la "mantenimiento" de la profesionalidad, etc. Cfr. punto 11 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*, en donde la Corte Constitucional se refiere a "*dato de experiencia común*".

³⁹ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 16 octubre 2014, N° 235; la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 noviembre 2011, N° 303.

⁴⁰ Cfr. punto 11; así como el punto 15 de las consideraciones de la Sentencia *cit.*

Posteriormente, la sentencia proporciona una indicación adicional al juzgador: "el juez tendrá en cuenta, en primer término, el criterio del tiempo de servicios" como es "prescrito por el artículo 1.7 de la Ley 183/2014, que inspira el diseño reformador del Decreto Legislativo 23/2014"⁴¹, norma que como se ha dicho continúa vigente⁴². Una prioridad a considerar de orden lógico -¿De qué criterio deberá partir el juez!- no de tipo cualitativo -es decir, relativa a la importancia o al "peso" del criterio del tiempo de servicios-, so pena de privar de autoridad toda la estructura de la decisión. Por lo demás, el criterio de tiempo de servicios se coloca en primer término incluso por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, el cual no ha impedido a los jueces cuantificar el resarcimiento del daño efectivamente sufrido por el trabajador.

Según la Corte **no existe una laguna normativa en cuando a los criterios para calibrar la indemnización entre el mínimo y el máximo previstos por la ley -los parámetros de referencia están ya presentes en el sistema-** queda por evaluar, sin embargo, si esos criterios deben considerarse vinculantes para el juez.

Sin embargo, en opinión de quien escribe, la respuesta debió ser positiva: la decisión de la Corte Constitucional, solo desde un punto de vista *formal* se presenta como una sentencia de aprobación parcial, que se limita a anular una parte de la disposición examinada, pero desde un punto de vista *sustancial* debe, por el contrario, ser enumerada entre las sentencias aditivas de regla, adoptadas cuando la solución normativa adecuada para cubrir la laguna está implícita en el ordenamiento⁴³. De hecho, es evidente que en la motivación la Corte integra los criterios al dispositivo: "El juez *tendrá en cuenta* en primer lugar la antigüedad de servicio (...), así como los demás criterios antes mencionados, deducibles en una clave sistemática a partir de la evolución de la normativa limitativa de los despidos (número de trabajadores empleados, dimensión de la actividad económica y condiciones de las partes)⁴⁴ (las cursivas corresponden al autor). De lo que se deduce que el dispositivo deba ser leído a la luz de la motivación.

En definitiva, el juez debe aplicar los criterios indicados por la Corte Constitucional, ofreciendo adecuada motivación.

5. La cuantificación predeterminada del daño es conforme a la Constitución, pero el tiempo de servicios no puede constituir el único parámetro, bajo pena de un desequilibrio irrazonable entre el derecho al trabajo y la libertad de iniciativa económica privada

La decisión en cuestión también establece que la modalidad de cálculo de la indemnización, aún considerado bajo el perfil resarcitorio, trasgrede el principio de razonabilidad en el equilibrio entre el derecho al trabajo (artículo 4.1 y artículo 35.1 de la Constitución) y la libertad de iniciativa económica privada (artículo 41 de la Constitución) y esto debido a la modalidad concreta de cuantificación predeterminada del daño sufrido por el trabajador.

⁴¹ Cfr. punto 14 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

⁴² Cfr. nota ¹.

⁴³ Véase ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, p. 202.

⁴⁴ Cfr. punto 15 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

En realidad, la Magistratura Constitucional comienza reafirmando, en línea con su jurisprudencia anterior⁴⁵, que una norma que establece un resarcimiento de cuantificación predeterminada del daño no es en sí misma contraria a la Constitución. Y, de hecho, el supuesto con referencia al daño patrimonial es comúnmente aceptado⁴⁶.

Sin embargo, la Corte Constitucional precisa inmediatamente que la Constitución impone que el daño comprendido en la cuantificación predeterminada sea en cualquier caso de importe "adecuado"⁴⁷. Es claro que el parámetro de la "adecuación" expresa, con palabras más apropiadas a la evaluación de la conveniencia de una suma monetaria, el principio de "razonabilidad" que constituye el criterio general de equilibrio entre los principios constitucionales.

Así, encuadrada la cuestión, el pronunciamiento en análisis concluye que las modalidades de cálculo de la indemnización, fijadas con base en solo el criterio del tiempo de servicios, ya evaluado como "incongruente" con respecto a la función resarcitoria, no pueden al mismo tiempo realizar de ningún modo un "adecuado" y por lo tanto "razonable" equilibrio entre los intereses en conflicto⁴⁸.

De hecho, el criterio de tiempo de servicios, al estar desvinculado del daño, termina por premiar a quien aquel daño ha ocasionado. Esta situación es particularmente evidente cuando vienen a consideración trabajadores con poca antigüedad, respecto de los cuales no puede siquiera ser considerada suficiente garantía de "adecuación" la previsión de un nivel mínimo de indemnización (4 y después 6 meses de salario)⁴⁹.

Quien escribe concuerda plenamente con las conclusiones de la Corte Constitucional; el criterio de tiempo de servicios es "incongruente", porque es incapaz por sí mismo de lograr el propósito de reparar el daño sufrido por el trabajador, y por esta razón es al mismo tiempo "inadecuado" (o irrazonable), porque termina comprimiendo, frecuentemente, el interés del trabajador y, en consecuencia, favorece claramente el interés contrapuesto del empleador que ha ocasionado el daño.

De hecho, dicho criterio es funcional siempre y, de cualquier modo solo responde al interés del empleador, a la certeza y la previsibilidad de los costes (cfr. literal c del artículo 1.7 de la Ley 183/2014).

⁴⁵ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 16 octubre 2014, N° 235, que reafirma el principio con referencia incluso al daño no patrimonial, pero en una hipótesis en la cual la norma prevea la cuantificación predeterminada en beneficio de la víctima (cfr. infra § 7); la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 noviembre 2011, N° 303; la Sentencia de la Corte Constitucional, 26 mayo 2005, N° 199; la Sentencia de la Corte Constitucional, 9 noviembre 2000, N° 482; la Sentencia de la Corte Constitucional, 30 abril 1999, N° 148; la Sentencia de la Corte Constitucional, 22 noviembre 1991, N° 420; la Sentencia de la Corte Constitucional, 6 mayo 1985, N° 132.

⁴⁶ Cfr. PONZANELLI G., "I danni punitivi", in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile, op. cit.*, 325; VILLA G., "La forfettizzazione legale del danno contrattuale", in AA.VV., *Il risarcimento del danno contrattuale*, Giuffrè, 2009, 11 ss.; SALVI C., "Risarcimento del danno", in *ED*, XL, 1989, 1093; DE NOVA G., voce "Clausola penale", in *DDP civ.*, 1988, 377 ss.

⁴⁷ Cfr. punto 12.1 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

⁴⁸ Cfr. punto 12.3 de los considerandos de la Sentencia *cit.*, donde se lee que el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 "no realiza una composición equilibrada de los intereses en juego; por un lado, la libertad de organización de la empresa y, por el otro, la tutela del trabajador despedido injustamente. Con la consideración de una tutela económica que no puede constituir una adecuada restauración del daño sufrido, en los diversos casos, para el despido (...) la disposición censurada restringe el interés del trabajador en una medida excesiva, hasta el punto de ser incompatible con el principio de razonabilidad".

⁴⁹ Cfr. punto 12.1 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

6. ¿El límite máximo de la indemnización cumple con el principio de equilibrio razonable entre el derecho al trabajo y la libertad de iniciativa económica privada? Una declaración apodíctica

La Corte Constitucional, al evaluar la conformidad con la Constitución de la indemnización en su dimensión resarcitoria, afirma que el importe máximo previsto para ella (24 y luego 36 meses de salario) efectúa una "adecuada" ponderación de los intereses en conflicto. Aun así, la Corte afirma que el límite máximo de la indemnización equilibra adecuadamente el derecho al trabajo de una parte, y la libertad de iniciativa económica privada, de la otra. La afirmación no era necesaria, habiendo la Corte limitado la cuestión propuesta por el juez remitente únicamente a las modalidades de cálculo de la indemnización.

Esta afirmación, desprovista totalmente de motivación, suscita perplejidad.

Si bien es in discutible que la ley, al cuantificar predeterminadamente el daño, también puede establecer límites máximos, estos últimos deben resultar respetuosos de los principios constitucionales: en primer lugar del principio de igualdad, que exige que no se dé al acreedor-trabajador un trato injustificadamente minimizado en comparación con los otros acreedores en el ámbito de los contratos sinalagmáticos; en segundo lugar del principio de razonabilidad, que requiere que el límite no se establezca de manera arbitraria, sino de forma tal de cuantificar ese "techo" en una suma congruente en relación con el *vulnus* máximo que el trabajador puede sufrir. En el caso que nos concierne, por ejemplo, el límite máximo de la indemnización podría ser establecido teniendo en cuenta el tiempo necesario para que un trabajador con un considerable tiempo de servicios pueda encontrar una nueva ocupación.

Nada de esto se encuentra en la motivación de la sentencia, que se limita a afirmar que el límite es "adecuado".

La afirmación no convence. Detrás de ella puede esconderse de parte de la Corte, bien una actitud de *self restraint*, respetuosa de la discrecionalidad ya ejercida por el legislador con la "Jobs Act", o bien el temor de demoler desde sus fundamentos a las tutelas en tema de despidos individuales, requiriendo nuevamente a la ley rediseñar íntegramente el sistema de tutela frente a la rescisión del empleador. En efecto, si la Corte Constitucional no hubiera argumentado la "adecuación" del límite máximo de la indemnización, tendría que haber declarado la norma inconstitucional, reenviando la redefinición de la normativa al legislador.

Cualquiera sea la razón, la falta de motivación en este punto es particularmente grave, porque la compatibilidad del límite máximo establecido por la ley con la Constitución no es argumentada ni siquiera con referencia al parámetro interpuesto (en relación con el artículo 76 y el artículo 117.1 de la Constitución) constituido por el artículo 24 de la CSE (cfr. § 9).

7. Resarcimiento a tanto alzado, daños no patrimoniales y "omnicomprensividad" de la indemnización

La decisión de la Corte Constitucional considera "omnicomprensiva" la indemnización prevista en el apartado 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015.

Además, el hecho de que el legislador pretendiera que la indemnización agotase las consecuencias económicas derivadas de un despido injustificado, se deriva de una lectura de la norma que la contempla a la luz de las indicaciones de la ley delegatoria,

que encarga al legislador introducir una compensación económica "cierta" en su importe (cfr. artículo 1.7.c de la Ley 183/2014).

Sin embargo, este carácter de "omnicompresividad" debe ser correctamente entendido.

Si, de hecho, como ya se subrayó, con respecto al daño patrimonial, destinado a satisfacer intereses patrimoniales, la Constitución no impide limitaciones o cuantificaciones predeterminadas del resarcimiento (véase el § 5), en el caso de daño no patrimonial, que se desprende de las lesiones de intereses de la persona, rige el principio opuesto de integridad del resarcimiento.

La necesidad de un resarcimiento integral del daño no patrimonial es una afirmación del todo aceptada, tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁰ como de la Corte de Casación⁵¹.

Queda claro entonces que, a pesar del silencio de la sentencia sobre el punto, la indemnización conforme al artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 puede solo incluir, bajo pena de un flagrante contraste con la Constitución, el resarcimiento a tanto alzado del daño patrimonial⁵²; el daño no patrimonial debe considerarse, por el contrario, excluido. De ello se deduce que el trabajador podrá siempre probar el daño no patrimonial resultante de un despido injustificado y el juez deberá disponer el resarcimiento, además del importe de la indemnización legalmente prevista.

En los mismos términos, además, la jurisprudencia se ha orientado tanto en relación con la indemnización a tanto alzado ex artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores⁵³ como del artículo 8 de la Ley 604/1966⁵⁴, considerando las indemnizaciones previstas por estas dos normas referidas únicamente a los daños económicos.

Sin embargo, es importante subrayar que solo en algunas hipótesis extremas, por ejemplo, en el caso de despido injurioso, el despido falto de justificación puede producir daños no patrimoniales. De hecho, en la mayor parte de los casos es más bien el despido discriminatorio o por motivo ilícito que afecta los derechos de la persona del trabajador.

8. Los métodos de cálculo de la indemnización contrastan con el principio de razonabilidad que impone una "adecuada" disuasión del empleador en las rescisiones injustificadas

Como ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia N° 194/2018, se reconoce a la indemnización establecida por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 también un alcance secundario disuasivo-sancionatorio. Por lo tanto, es

⁵⁰ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 julio 2003, N° 233; la Sentencia de la Corte Constitucional, 18 julio 1991, N° 356; además de la Sentencia de la Corte Constitucional, 14 julio 1986, N° 184. Solo en un caso la Corte Constitucional ha reconocido la legitimidad de la limitación del daño no patrimonial, pero se trataba de una hipótesis en la cual el equilibrio efectuado por la ley resultaba en beneficio del mismo afectado; cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 16 octubre 2014, N° 235.

⁵¹ Cfr. Casación de la Sezione Unità (SU), 11 noviembre 2008, N° 26972.

⁵² Cfr. DE PAOLA L., "Il danno "ulteriore" connesso al licenziamento", in *id.* (a cura di), *Il licenziamento dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, 2016, 384 s.

⁵³ Cfr. las Sentencias de Casación: 19 noviembre 2015, N° 23686; 8 enero 2015, N° 63; 12 marzo 2014, N° 5730; 30 diciembre 2011, N° 30668; 17 diciembre 2007, N° 26561; 13 julio 2002, N° 10203.

⁵⁴ Cfr. Tribunal de Milano, 1 diciembre 2013, in rev. *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 904 ss.

necesario preguntarse si la indemnización prevista por la norma cumple esta función complementaria respetando el mandato constitucional.

La respuesta de la Corte Constitucional vuelve a ser negativa.

En primer lugar, la sentencia considera trasgredido el principio de razonabilidad en sí mismo: la inadecuación de la indemnización con respecto a su función primaria reparatoria-compensatoria -se lee en el pronunciamiento- “es susceptible de socavar, incluso la función disuasoria de la misma ante el empleador, alejándolo de la intención de despedir sin razón válida”⁵⁵.

En segundo lugar, la Magistratura Constitucional considera que la norma en análisis ni siquiera logra un equilibrio razonable entre el derecho fundamental de la persona al trabajo y la libertad de iniciativa económica, en cuanto perjudica en exceso el interés del trabajador al empleo⁵⁶. Precisamente en este punto, la Corte Constitucional otorga importancia al despido injustificado no solo como un acto de interrupción *contra legem* del contrato de trabajo, sino también como un acto de ejercicio *contra legem* de un poder jurídico de supremacía en grado de perjudicar en hecho y derecho la posición general del trabajador (cfr. supra § 3). De hecho, en la motivación se afirma⁵⁷: “El” derecho al trabajo” (artículo 4.1 de la Constitución) y la “tutela” del trabajo en “todas sus formas y aplicaciones” (artículo 35.1 de la Constitución) implican la garantía del ejercicio en el lugar de trabajo de otros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. El nexo que une estas esferas de los derechos de la persona, cuando se pretende proceder a los despidos, emerge a partir de la ya señalada Sentencia 45/1965, que hace referencia a “los principios fundamentales de libertad sindical, política y religiosa” ⁵⁸ (...), así como en la Sentencia 63/1966, donde se afirma que “el temor a la rescisión, es decir al despido, empuja o puede empujar al trabajador a renunciar a una parte de sus derechos”⁵⁹.

En definitiva, para la Magistratura Constitucional un mecanismo de cálculo que no es capaz de asegurar una reparación “adecuada” del perjuicio sufrido, no puede constituir de ninguna manera un instrumento eficaz de disuasión para que el empleador no cometa el ilícito.

En efecto, una sanción para poder ser persuasiva y disuasoria debe ser de alguna manera temible. Ciertamente, no puede ser una indemnización que a menudo se resuelve con el pago de importes modestos y, en cualquier caso, muy lejanos de aquellos necesarios para asegurar el pleno resarcimiento del daño.

9. El artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 en comparación con el artículo 24 de la Corte Social Europea. La autoridad, pero no el carácter vinculante, de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales

La Corte Constitucional en la Sentencia N° 194/2018 sanciona, finalmente, que el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015⁶⁰ -con referencia, una vez más, al

⁵⁵ Cfr. punto 12.2 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

⁵⁶ Cfr. punto 13 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

⁵⁷ Cfr. punto 13 de los considerandos de la Sentencia *cit.*

⁵⁸ Cfr. la Sentencia N° 45/1965 de la Corte Constitucional.

⁵⁹ Cfr. punto 3 de los considerandos de la Sentencia N° 63/1966 de la Corte Constitucional.

⁶⁰ Para las diversas evaluaciones en mérito a la importancia del art. 24 CSE con referencia a la normativa del despido establecida por el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 cfr. a los juslaboristas FONTANA G., “La Carta sociale Europea oggi”, in *CSDLE*, 132/2016; SPEZIALE V., “Il contratto a

criterio de cálculo del tiempo de servicios- trasgrede tanto al artículo 76 de la Constitución (en cuanto la ley delegatoria imponía el respeto de los Tratados Internacionales), como el artículo 117.1 de la Constitución, en relación con la norma interpuesta, constituida por el artículo 24 CSE⁶¹.

En primer lugar, la Corte reitera, en línea con su jurisprudencia más reciente⁶², que incluso -el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶³, "del cual constituye un complemento en el plano social"⁶⁴-, es un tratado internacional vinculante para Italia, que como tal no puede determinar, en algún modo, la no aplicación del derecho interno por parte del juez, sino que requiere ser utilizada por la Corte, como norma interpuesta, para evaluar la legitimidad constitucional de conformidad con el artículo 117.1 de la Constitución⁶⁵.

La adquisición es importante: la CSE emerge así definitivamente del limbo de la irrelevancia jurídica en que la Magistratura Constitucional la ha confinado durante mucho tiempo, para finalmente llegar a actuar como parámetro de constitucionalidad de la ley⁶⁶. Por lo tanto, el significativo reconocimiento de la CSE permite a la Corte evaluar la legitimidad constitucional del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, en relación con el artículo 24 de la misma.

Sin embargo, al mismo tiempo la Magistratura Constitucional reafirma, recordando su pronunciamiento reciente⁶⁷, que las normas deben entenderse necesariamente en el sentido que les atribuyen las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que, aunque se consideran dictadas de "autoridad" no son sin embargo vinculantes. La "autoridad" de las decisiones del CEDS se afirma explícitamente y se refuerza aún más por la inusual y explícita referencia en la motivación a la decisión tomada después de la reclamación colectiva n. 106/2014 interpuesta por la *Finnish Society of Social Rights*.

tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo”, in *RIDL*, 2016, I, 11 ss.; CESTER C., “Il licenziamento nel Jobs Act”, in *CSDLE*, 273/2015, 8 ss.; ORLANDINI G., *op. cit.*, 623 ss.

⁶¹ Cfr. punto 14 de los considerandos de la Sentencia *cit.* La CSE, revisada en el año 1996, ha sido ratificada por Italia con la Ley 30/1999.

⁶² Dicho criterio ha sido iniciado a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional, 13 junio 2018, N° 120 según el cual la CSE “debe calificarse como una fuente internacional, en atención al artículo 117.1 de la Constitución. La cual esta privada de efecto directo y su aplicación por el juez no puede ocurrir inmediatamente; sino que requiere la intervención de esta Corte ante la cual se debe plantear la cuestión de legitimidad constitucional, por violación de la citada disposición del artículo 117 de la Constitución”. Anteriormente, la Sentencia de la Corte Constitucional, 23 julio 2015, N° 178 que se había limitado a citar la CSE (punto 16 de las consideraciones); cfr. además la Sentencia de la Corte Constitucional, 7 febrero 2000, N° 46.

⁶³ Cfr. las dos “sentencias gemelas” de la Corte Constitucional, 24 octubre 2007, N° 348 y N° 349.

⁶⁴ Así, la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 abril 2018, N° 120.

⁶⁵ Para un panorama de las posiciones asumidas por la jurisprudencia y la doctrina e incluso por la Corte Constitucional en mérito al alcance jurídico de la CSE, cfr. GUIGLIA G., “Il contributo della giurisprudenza e degli studi giuridici all’effettività della Carta Sociale Europea nell’ordinamento italiano: cenni ricostruttivi”, in *Riv.giur. Derechos Sociales*, 8/2018, 45 ss., donde además se pueden encontrar otras referencias bibliográficas.

⁶⁶ Cfr. SPADARO A., “Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)”, in *Consultaonline.it*, II/2015, 504 ss.

⁶⁷ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 abril 2018, N° 120.

Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte Constitucional reitera que las decisiones del CEDH no son vinculantes.

El punto no es plenamente aceptado⁶⁸.

En este sentido, parte de la doctrina constitucional, a pesar de la ausencia de disposiciones específicas en la Carta Social Europea, sostiene que las decisiones del CEDH son vinculantes, no solo por el hecho de que el Comité es la única organización institucionalmente delegada para interpretar la Carta, sino sobre todo destacando que aquellos pronunciamientos -aunque de naturaleza no estrictamente jurisdiccional y desprovistos de sanciones- se emiten siguiendo procedimientos específicos destinados a determinar la violación de las obligaciones establecidas en la Carta y que la obligación de remediar las violaciones, una vez comprobadas, tiene su origen en la misma aceptación de la CSE por parte de los Estados⁶⁹. La doctrina que acabamos de mencionar -rígida en la orientación expresada con referencia al CEDH⁷⁰- hacia esperar, por tanto, que la Corte adoptase la misma posición para la CSE, considerando no solo a esta última vinculante en sí, sino también vinculantes, como resultado de una orientación consolidada, también las decisiones del Comité institucionalmente llamado a interpretarla.

Una posición más "moderada" es la asumida por una parte de la doctrina internacionalista, según la cual el principio de "cooperación sincera" establecido por el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, que obliga a los Estados a colaborar "sincera y activamente" en la promoción y protección de los derechos sociales, fundamenta también la obligación de los tribunales nacionales de tomar necesariamente "en consideración" las decisiones del Comité y poder alejarse de ellas solo con una adecuada motivación⁷¹.

Sin embargo, la Corte Constitucional no aceptó ninguna de las dos propuestas interpretativas y reiteró, después de la Sentencia 120/2018, que las decisiones del Comité, aun teniendo autoridad, no pueden considerarse vinculantes, dado que la CSE,

⁶⁸ La cuestión también es tratada dentro de la ONU, cfr. UN Doc. A/73/10 "Report of the International Law Commission, Seventieth Session (30 April -1 June and 2 July - August 2018)", en la sección *Conclusion* n. 13.

⁶⁹ Cfr. PANZERA C., "Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea", in *AIC*, 1/2017, 1.

⁷⁰ Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 4 diciembre 2009, N° 317; la Sentencia de la Corte Constitucional, 22 julio 2011, N° 236; la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 noviembre 2011, N° 303; la Sentencia de la Corte Constitucional, 7 julio 2012, N° 150; las Sentencias de la Corte Constitucional, 24 octubre 2007, N° 348 y N° 349.

⁷¹ Cfr. BORLINI L., CREMA L., "Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta Sociale Europea nel diritto internazionale", in AA.VV., *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea ?*, *Atti del Seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d.lgs. n. 23/2015*, in www.forumcostituzionale.it, 103; para quienes: "El principio de colaboración sincera y activa que incumbe al Estado italiano en razón a su participación en el Consejo de Europa, se traduce, en el sistema delineado a partir de la CSE y de sus protocolos integrativos con el agravante de la carga motivacional sobre el juez nacional, el cual, si se considera que no se adhiere a las directrices del CEDH en el caso concreto, deberá indicar expresamente las motivaciones". Cfr. también AMOROSO D., "Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali", *ibidem*, 81.

a diferencia de cuanto hace el CEDH con referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDU), no atribuye esta competencia al Comité⁷².

La posición de la Corte Constitucional en la Sentencia N° 194/2018 sobre la naturaleza no vinculante de las decisiones del CEDS tiene evidentes repercusiones en la evaluación de la legitimidad constitucional, no tanto en los criterios de cálculo, como en los límites establecidos al pago del importe económico.

El artículo 24 CSE establece al respecto que, para garantizar un ejercicio adecuado del derecho a la tutela en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer "el derecho de los trabajadores despedidos sin una razón válida a una compensación adecuada u otra reparación apropiada" (apartado b).

Hay muchas decisiones sobre la noción de "compensación adecuada" del CEDS, que con el tiempo ha asumido una orientación consolidada.

En primer término, el Comité considera constantemente que la compensación puede considerarse "adecuada" si permite "garantizar una adecuada restitución por el perjuicio sufrido por el trabajador despedido sin una razón válida y disuadir al empleador de despedir injustificadamente"⁷³. La Corte Constitucional en el pronunciamiento que se está examinando enfatiza en este aspecto las decisiones "de autoridad" del Comité, reafirmando de tal modo el concepto de "adecuación" del resarcimiento ya considerado relevante en el plano del derecho nacional.

Sin embargo, en varias decisiones, el CEDS precisa también de forma inequívoca que la tutela económica del despido injustificado, para que sea "adecuada", debe poseer otras características específicas: incluir todas las pérdidas económicas sufridas por el trabajador desde la fecha de despido hasta la fecha de la sentencia y, sobre todo, no estar sujeta a techos o límites insuperables que pongan en peligro la restauración completa. El CEDS ha también especificado en la decisión citada en la motivación (*Finnish Society of Social Right v. Finland - Complaint n. 106/2014*), que el límite de 24 meses de salario no puede considerarse adecuado⁷⁴. La Magistratura Constitucional, no considerándose vinculado⁷⁵, no les da ninguna importancia a las posiciones del CEDS sobre este punto.

⁷² Cfr. la Sentencia de la Corte Constitucional, 11 abril 2018, N° 120, punto 13.4 de las consideraciones, donde se resalta que la CSE no contiene una norma equivalente al artículo 32.1 del CEDH según el cual "La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos"; ni el Protocolo adicional de la CSE, que norma los reclamos colectivos, contiene una disposición de contenido análogo al artículo 46 del CEDH según el cual "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes", disposición que -afirma el pronunciamiento- "establece la autoridad *di res iudicata* de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humano (TEDU) relativa al/a los Estado(s) en causa o en controversia resuelta por el propio Tribunal".

⁷³ Cfr. Comité Europeo de Derechos Sociales, *Finnish Society of Social Right v. Finland - Complaint n. 106/2014*, in www.coe.int. Cfr. además, *Comitato Europeo dei diritti sociali, Conclusioni Slovenia 2012 e Conclusioni Finlandia 2012*. Por otro lado, se trata de un principio recurrente en las decisiones del Comité (cfr. entre otros, ORLANDINI G., *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea, op. cit.*, 636).

⁷⁴ Cfr. también para la valoración de la oposición al art. 24 de los límites máximos del resarcimiento, las disposiciones del CEDS de fecha 9 diciembre 2016 frente a Letonia, Francia, Portugal y Moldavia, in www.hudoc.esc.coe.int.

⁷⁵ Cabe señalar que actualmente hay un reclamo colectivo pendiente ante el CEDS presentado por la CGIL que cuestiona los artículos 3, 4, 9 y 10 del Decreto Legislativo 23/2014 por contraponerse al

En opinión de quien escribe, habría sido más apropiado que la Corte Constitucional, valorizando plenamente la "autoridad" explícitamente reconocida a las decisiones del Comité, hubiese abordado la cuestión, motivando su propia disidencia respecto a la lectura del CEDS. Pero tal vez era demasiado esperar un giro de tal magnitud a pocos meses de la emisión de la Sentencia 120/2018 de la Corte.

10. El impacto de la sentencia en el sistema de tutela del despido elaborado por la denominada “Jobs Act” y otros asuntos

Como se indicó, la Corte Constitucional en la Sentencia N° 194/2018 declaró solo inconstitucional el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015.

Sin embargo, está claro que el pronunciamiento está destinado a tener repercusiones *directas e indirectas* en todo el sistema del Decreto Legislativo 23/2015: de hecho, en algunos casos el mecanismo de cálculo contenido en la norma declarada inconstitucional aparece referido explícitamente en otras normas, de modo que en el ámbito de estas, el nuevo sistema de parametrización de la indemnización como ha sido configurado por el pronunciamiento constitucional debe ya necesariamente operar; sin embargo, en otros casos, normas posteriores al Decreto Legislativo 23/2015, sin mencionar el artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, reproducen el mismo modelo de cálculo para la indemnización declarada inconstitucional. En esta segunda hipótesis es inevitable, en ausencia de una intervención legislativa, que la Corte, llamada siempre a validar la conformidad con la Constitución, declare inconstitucionales también las otras normas derivadas del Decreto Legislativo 23/2015 que hacen uso de ese mismo mecanismo.

El impacto directo de la sentencia de la Corte Constitucional se observa primero con referencia al artículo 9.1 del Decreto Legislativo 23/2015. Esta norma hace referencia explícita al artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 para el cálculo de la indemnización correspondiente al trabajador en caso de despido injustificado por parte de los empleadores de pequeña dimensión, especificando que el monto de la indemnización prevista por la ley declarada inconstitucional “se reduce a la mitad y en ningún caso podrá exceder el límite de seis meses de salario”. La mención expresa del artículo 9.1 al artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015, implica que el nuevo sistema de parametrización de la indemnización resultante del pronunciamiento de inconstitucionalidad debe aplicarse también a las empresas de pequeña dimensión.

Un razonamiento similar concierne al artículo 10 Decreto Legislativo 23/2015, según el cual, en caso de incumplimiento de los procedimientos o criterios de selección previstos por la Ley 223/1991 para los despidos colectivos, dispone que “se aplica el régimen previsto por el artículo 3.1 Decreto Legislativo 23/2015”.

La incidencia indirecta del pronunciamiento constitucional se evidencia, en cambio, con respecto al artículo 4 del Decreto Legislativo 23/2015, que, para el caso de vicios relacionados con la motivación o el procedimiento de despido individual, prevé el pago al trabajador de una indemnización calculada “en términos de un mes de salario por cada año de servicio entre el límite de 2 y un máximo de 12 meses de salarios equivalentes a la remuneración computable para efectos del cálculo de la indemnización por fin de la relación”. La disposición en cuestión, en consideración a

artículo 24 CSE, cfr. *Confederazione italiana del lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint n. 158/2017, in <https://rm.coe.int/cc158casedoc1-fr/16807e6b3>.

los métodos de cálculo de la indemnización, ciertamente contrasta, por las razones ya ilustradas, con el principio de igualdad y razonabilidad y, con especial referencia al despido disciplinario, también con el derecho del trabajador a la defensa (artículo 24 de la Constitución) y con el principio de razonabilidad en la modulación de las tutelas entre aquellas resultantes del incumplimiento de las normas dictadas para las sanciones disciplinarias conservativas (nulidad) y para el despido disciplinario (tutela económica). Sin embargo, la norma sigue vigente al no ser directamente afectada por la sentencia de inconstitucionalidad.

Por otra parte, en un futuro inmediato la decisión de la Corte está destinada a tener un reflejo de facto sobre el funcionamiento del procedimiento de conciliación previsto por el artículo 6 del Decreto Legislativo 23/2015, en virtud del cual, para evitar el juicio, el empleador puede ofrecer al trabajador "una cantidad que no constituye renta imponible y no está sujeta a cotización a la Seguridad Social de un importe equivalente a un mes de salario correspondiente a la remuneración computable para efectos del cálculo de la indemnización por fin de la relación por cada año de actividad, en ningún caso menor de tres ni superior a veintisiete meses de salario". La norma no se ve afectada, ni directa ni indirectamente, por el pronunciamiento de la Magistratura Constitucional, pero está claro que la incertidumbre sobre el importe de la indemnización correspondiente al trabajador, ahora puesta a la decisión discrecional del juez, hará menos probable la conclusión del acuerdo entre las partes.

Por lo tanto, es evidente que todo el sistema de las tutelas para la rescisión por voluntad del empleador configurado por la denominada "Jobs Act" se ve transformado o de alguna manera afectado por la Sentencia N° 194/2018 de la Corte Constitucional.

De hecho, no solo eso. En realidad, la referida sentencia está destinada a tener repercusión sobre la coherencia de toda la disciplina protectora frente a los despidos. Si ampliamos la mirada a la total disciplina del despido viciado⁷⁶, incluyendo en la reflexión, tanto las reglas consideradas hasta ahora, dictadas para las "contrataciones nuevas" (Decreto Legislativo 23/2015), como las previstas para las "contrataciones antiguas" (artículo 8 de la Ley 604/1966, artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, Ley 223/1991), emerge una normativa totalmente privada de racionalidad.

Es cierto que la Corte Constitucional rechazó la cuestión de constitucionalidad propuesta por el juez remitente debido al contraste del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015 con el principio de igualdad, ya que el criterio temporal de la fecha de contratación sería en abstracto razonable en relación con el objetivo perseguido por el legislador de "reforzar las oportunidades de ingreso en el mundo laboral de quienes están en busca de una nueva ocupación" (artículo 1.7 de la Ley delegatoria 183/2014)⁷⁷.

Pero está claro que el dictamen de la Corte, si se comparte, ya no se sostiene en el nuevo sistema resultante de la inconstitucionalidad del artículo 3.1 del Decreto Legislativo 23/2015: en la actualidad, paradójicamente, el vicio del acto de rescisión puede llevar a la aplicación, en el caso concreto de un régimen de tutela más severo para los "nuevos" contratados en relación con los "antiguos" contratados.

En conclusión, es evidente que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia N° 194/2018, ha llevado a cabo una importante contribución al reequilibrio del sistema

⁷⁶ Se refiere en particular al despido viciado por defecto de justificación o de motivación, por falta respecto al procedimiento o criterios de selección.

⁷⁷ Cfr. nota ¹.

de tutela "desbalanceado" de la "Jobs Act". Le corresponde ahora al legislador proporcionar coherencia al sistema en su conjunto.