

Criterios de selección de trabajadores y despidos colectivos: estudio comparado en la Unión Europea

Ana Castro Franco^{1,*}

¹ Contratada Predoctoral FPU, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Universidad de León, España

Resumen

Los despidos colectivos generan importantes costes sociales, en tanto llevan aparejada la extinción de numerosos puestos de trabajo y el consiguiente acceso a prestaciones públicas de distinta clase. Las circunstancias subjetivas individuales pueden incrementar la vulnerabilidad a los efectos del reajuste, pues los empleados de mayor edad, con discapacidad o cargas familiares enfrentan mayores problemas en la reincorporación al mercado de trabajo. La doctrina judicial comunitaria ha contribuido a clarificar la validez de los criterios de selección de los afectados por los expedientes de regulación de empleo, así como de la prioridad de permanencia establecida para ciertos grupos, con especial consideración a las trabajadoras embarazadas y a la libertad sindical para, en su caso, determinar la nulidad del despido por razones discriminatorias. La debida ponderación de las prerrogativas empresariales y los derechos del personal esbozan los límites a respetar como consecuencia de factores personales o familiares.

La Directiva 98/59/CE no limita la facultad de los Estados miembro de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o convencionales más favorables para los trabajadores. Así, reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable implica equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones, identificando los riesgos más importantes, calculando todos los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas, y evaluando todas las opciones que permitirían reducir los despidos.

Palabras clave: Directiva 98/59/CE; despidos colectivos; tutela antidiscriminatoria; criterios de selección; prioridad de permanencia.

* Ganadora del **Premio anual de investigación de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2024)**

Abstract

Collective redundancies generate significant social costs, as they entail the termination of many jobs and consequent access to public benefits of various kinds. Individual subjective circumstances may increase vulnerability to the effects of readjustment, as older employees, employees with disabilities or family responsibilities face greater problems in re-entering the labour market. Community judicial doctrine has contributed to clarifying the validity of the selection criteria for those affected by redundancy plans, as well as the priority of permanence established for certain groups, with special consideration for pregnant workers and trade union freedom in order to, where appropriate, determine the nullity of the dismissal for discriminatory reasons. The due balancing of employer prerogatives and staff rights outlines the limits to be respected as a result of personal or family factors.

Directive 98/59/EC does not restrict the Member States' power to apply or introduce laws, regulations, administrative provisions or agreements that are more favourable to employees. Thus, restructuring from a socially responsible point of view implies balancing and taking into account the interests and concerns of all those affected by changes and decisions, identifying the most important risks, calculating all direct and indirect costs of alternative strategies and measures, and assessing all options that would reduce redundancies.

Keywords: Directive 98/59/EC; collective redundancies; anti-discrimination protection; selection criteria; priority of permanence.

ÍNDICE

- I. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN ACOGIDOS POR LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES
 1. Modelo centroeuropeo de cogestión pública
 2. El modelo nórdico de cogestión negociada
 3. Negociación colectiva del despido colectivo en Benelux
 4. Control de los abusos empresariales en los Estados del Mediterráneo
 - 4.1. La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en España
 - 4.2. Insuficiencia de los criterios de selección
 - 4.3. Discriminación por razón de sexo y tutela de las mujeres embarazadas.
 - 4.4. Valoración de la edad como criterio de selección
 - 4.5. Adhesión voluntaria a la extinción indemnizada por despido colectivo
 - 4.6. Personas trabajadoras con discapacidad
 5. Adaptación a los estándares en Europa del Este
 6. Neoliberalismo del modelo anglosajón
 - II. HACIA UNA PROTECCIÓN ARMONIZADORA POR CRITERIOS SOCIALES A NIVEL EUROPEO FRENTE A LOS DESPIDOS COLECTIVOS
 1. Protección de las trabajadoras embarazadas
 2. La corresponsabilidad como factor a sopesar
 3. Las cargas familiares en sentido amplio
 4. Prioridad de permanencia de las personas con discapacidad
 5. La edad como criterio de selección
 6. El respeto a los representantes de los trabajadores
 7. Otros criterios determinantes en la selección de afectados
 8. Información algorítmica y obligación de negociar el algoritmo
- CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFÍA
ANEXO JURISPRUDENCIAL
LEGISLACIÓN COMPARADA

I. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN ACOGIDOS POR LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

De conformidad con el párrafo 23 de la Recomendación núm. 166 de la OIT, la selección por el empleador de los empleados cuya relación de trabajo vaya a dar por terminada debería efectuarse según criterios, en lo posible, fijados de antemano, y que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio, como los de los

trabajadores. Estos patrones, su orden de prelación y su importancia relativa deberían determinarse mediante la legislación nacional, contratos colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional y apropiada según las condiciones nacionales. La Comisión de Expertos de la OIT ha subrayado importancia de una elección de los trabajadores afectados presidida por la forma de obrar más objetiva posible, para así evitar cualquier riesgo de llegar a decisiones arbitrarias. En particular, es importante garantizar a determinados trabajadores, como los representantes de los trabajadores, protección frente a eventuales represalias bajo el pretexto de un despido colectivo¹.

Ninguna manifestación concreta consta en la Carta Social Europea en relación a la selección de afectados por la reestructuración; ahora bien, a lo largo de su articulado, reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en la empresa, el amparo de la maternidad, el derecho de las personas discapacitadas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, el principio de igualdad de oportunidades en materia de empleo y la no discriminación, la debida protección a las personas de edad avanzada y la igualdad de trato a los trabajadores con responsabilidades familiares. En ningún caso los trabajadores serán despedidos sin que existan razones válidas para ello basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio. El despido efectuado sin razón válida dará lugar a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada, determinada por un organismo imparcial.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cúspide de la jerarquía de normas jurídicas de la Unión, prevé el derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa y el derecho a la negociación colectiva, al punto de considerar como una buena práctica la participación activa de los interlocutores sociales en muchos de los esquemas disponibles para anticipar y gestionar la reestructuración. Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, en general, y contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, en particular, a fin de poder conciliar la vida familiar y la profesional.

El esfuerzo jurisprudencial a la hora de tratar de hilvanar un derecho homogéneo ha de encontrar debido acomodo en las legislaciones nacionales, sin perder de vista el firme propósito de otorgar a los trabajadores la máxima protección dentro de los márgenes de la literalidad de la Directiva 98/59. Esta tendencia obliga, sin duda, a actuar con la máxima cautela a la hora de diseñar los planes de reestructuración, solapando conscientemente las garantías de las normativas europea y nacional, valorando todo tipo de combinaciones alternativas, al objeto de evitar la declaración de nulidad en supuestos antes insospechados.

Resulta patente la necesidad de acudir a la jurisprudencia supranacional, la norma laboral nacional, las tradiciones de relaciones laborales, así como las preferencias sociales y políticas, para conformar a partir de diferentes marcos regulatorios una serie de pautas a seguir o evitar en la selección de los trabajadores despedidos. Parece haber consenso entre los encargados de formular políticas acerca de que los despidos masivos tienen un efecto particularmente negativo sobre el bienestar social y necesitan de una protección más estricta. De este modo, la variación entre países en el rigor de la regulación en materia de despidos colectivos es menor en comparación con los despidos individuales.

El recurso de Derecho Comparado orientado a propósitos prácticos se convertirá en un abuso cuando aparezca informado por un espíritu que ignore el contexto de la ley². La

¹ OIT: *Protection against unjustified dismissal. International Labour Conference, Report III of the Committee of Experts*, Ginebra (Oficina Internacional del Trabajo), 1995, disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1995-82-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf)

metodología empleada requiere de un esfuerzo de abstracción jurídica al efecto de esbozar grandes categorías capaces de facilitar una composición unitaria, sopesando los contextos histórico, económico y social; a la par, el análisis integrador permitirá distinguir las diferencias existentes al trazar el patrón común de la norma superior³.

La perspectiva comparada de las relaciones laborales entraña dificultades potencialmente significativas, tanto en términos analíticos como normativos, a la hora de observar las divergencias en las denominadas “mejores prácticas” de un país u otro. Ello obedece a la alta especificidad del contexto y a la noción misma de la Directiva como instrumento mínimo de armonización a nivel de la Unión Europea. Según indica la doctrina científica, la idea de replicar o trasladar soluciones concretas de la norma laboral en diferentes países dista de resultar sencilla, pues la base industrial y económica puede variar y las instituciones o el consenso político y social que sustentan una práctica particular no siempre son transferibles a otras realidades. Advertido este punto preliminar, resulta factible y deseable que los sistemas legales aspiren a incorporar dentro de sus peculiares marcos internos algunos principios generalmente aceptados. Más concretamente, la participación activa de los interlocutores sociales, crucial para anticipar y gestionar la reestructuración, ha de ser entendida como la expresión de una serie de derechos laborales protegidos por diversas normas europeas y de la OIT.

1. Modelo centroeuropeo de cogestión pública

La nota esencial del sistema centroeuropeo viene dada por los trabajadores en la dirección empresarial, con la consiguiente participación directa en la adopción de decisiones, llevando todas las cuestiones laborales a un estado en el cual cada quien conoce su posición⁴. La legislación austriaca se asienta sobre el equilibrio entre la flexibilidad demandada por las organizaciones empresariales con la seguridad y la protección de los derechos de los trabajadores exigidas por los sindicatos. El convenio colectivo, resultado de un proceso de negociación de carácter descentralizado, establece unos criterios mínimos aplicables a todo el sector; mientras las condiciones particulares se fijan a través de los contratos de trabajo.

Al seleccionar los afectados por despidos colectivos, el empleador debe tener en cuenta las “dificultades sociales”, es decir, las posibles consecuencias negativas para el afectado en comparación con otros trabajadores; influidas, por ejemplo, por la probable duración del desempleo, futuros niveles de ingresos más bajos, la situación de salud o la antigüedad en la empresa actual. Ciertos grupos de empleados se benefician de una protección especial contra el despido: aprendices, mujeres embarazadas, padres con permiso parental, discapacitados, quienes cumplen su servicio militar, miembros del comité de empresa, funcionarios contratados en el sector de servicios públicos o conserjes de viviendas de empresa⁵. El empleador debe informar al comité de empresa de cada despido previsto, respetando el plazo de una semana para comentar la propuesta. A petición de los empleados, sus representantes tienen derecho a apelar ante el tribunal dentro de una semana después de haber sido

² KAHN-FREUND, O.: “On uses and misuses of Comparative Law”, *Modern Law Review*, Vol. 37, núm.1, 1974, pág. 7.

³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2015, págs. 17 y 18.

⁴ BEHRENS, M.: “Still married after all these years? Union organizing and the role of works councils in German industrial relations”, *Industrial Labour Relations Review*, Vol. 62, núm. 3, 2009, pág. 282.

notificados de un despido colectivo y oponerse al mismo. También pueden impugnar el despido ante los tribunales dentro de las dos semanas siguientes a haber sido informados, con independencia de si el comité de empresa ha objetado o aprobado el despido.

El mercado laboral alemán se caracteriza por aunar la flexibilidad en el empleo y un elevado nivel de protección social. La configuración de la regulación laboral alemana ha propiciado un alto grado de asociaciones empresariales representativas, donde los convenios supraempresariales de carácter regional y por sector industrial presentan notable importancia. De forma similar a la presencia generalizada de confederaciones y organizaciones en el ámbito empresarial, también abundan las asociaciones de sindicatos, cuya tarea fundamental consiste en participar en la negociación de los convenios colectivos. Según la Ley de Protección del Empleo, solo pueden ser despedidos por motivos operativos aquellos empleados que no puedan ser transferidos voluntariamente a otro departamento o establecimiento del mismo empleador, incluso si reciben capacitación adicional. Los criterios de selección social aplicables son la antigüedad en el cargo, edad, responsabilidades familiares y discapacidad grave⁶.

Las directrices para la selección de personas en el marco de despidos individuales o colectivos requieren el acuerdo de la representación electiva. En las compañías de más de 500 empleados, el comité de empresa puede solicitar la fijación de criterios de selección en atención a circunstancias sociales y a falta de acuerdo decide un órgano de mediación. Al elegir a los afectados, primero se ha de identificar un grupo de empleados comparables antes de aplicar criterios específicos. En general, el empleador solo está facultado para despedir a quienes obtengan las calificaciones más bajas en aplicación de dichos criterios. El proceso excluirá a los empleados considerados vitales para la existencia futura de la empresa debido a sus habilidades, competencias o desempeño. Según la Ley de Constitución de Empresas, el comité tiene derechos de codeterminación con respecto a los principios rectores de recursos humanos de la empresa en materia de contratación y despido, siendo posible establecer derechos adicionales mediante acuerdo. Por este motivo, habrá de ser consultado sobre la lista de empleados potencialmente afectados y puede mostrar su oposición a la inclusión de trabajadores individuales en la lista si no cumplen los criterios sociales. Si un plan social acordado proporciona una lista de seleccionados, estos trabajadores no tienen derecho a presentar una queja en virtud de la Ley de Protección del Empleo.

También están cubiertos por la normativa de despido colectivo distintos colectivos: los trabajadores con contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas⁷; los miembros de la dirección de una sociedad de capital que ejercen su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, perciben una retribución a cambio de su actividad y no poseen ninguna participación en dicha sociedad; y, en tercer lugar, quienes realizan una actividad en una empresa como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en estos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario, pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad⁸. En términos generales, la base social implícita tiende a proteger a los trabajadores más vulnerables; ahora bien, esta pretensión puede entrar en conflicto con el objetivo de recuperar la viabilidad económica mediante la reestructuración, objetivo que puede ser compartido por el comité de empresa en su esfuerzo por preservar los puestos de trabajo. Las negociaciones sobre la reestructuración se centran en alcanzar un compromiso valorando con

⁵ Art. 105 Arbeitsverfassungsgesetz (Ley de Constitución del Trabajo); arts. 10 y 15 Mutterschutzgesetz (Ley de licencia de maternidad); art. 7 Väter-Karenzgesetz (Ley de licencia parental para los padres); art. 12 Arbeitsplatzsicherungsgesetz (Ley de seguridad en el lugar de trabajo).

⁶ Arts. 95 y 102 Betriebsverfassungsgesetz (Ley de Constitución de Obras); art. 1 Kündigungsschutzgesetz (Ley de Protección del Empleo).

tiento perspectivas sociales y económicas, y en diseñar los mecanismos capaces de hacer valer el resultado acordado.

2. El modelo nórdico de cogestión negociada

El sistema de relaciones laborales nórdico, característico de Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega no siempre ha logrado una traslación real al resto de países miembros, pese a su considerable desarrollo. La estrategia seguida de cara a afrontar las etapas de crisis económicas dependió en buena parte de los exitosos acuerdos alcanzados entre sindicatos y patronales. Los cimientos del sistema radican en una negociación colectiva multinivel como resultado de combinar los fundamentos económicos del libre mercado, el corporativismo social, un alto porcentaje de la fuerza laboral sindicalizada y una gran proporción de población empleada en el sector público. La nota definitoria viene dada por una negociación colectiva corporativista, debiendo tener presente el alejamiento del neoliberalismo y la repolitización signada por una mayor cooperación entre los países nórdicos de los últimos años.

De cultura escandinava, Dinamarca está caracterizada por un amplio sistema del bienestar y un mercado de trabajo con la flexiseguridad como pieza clave. Fruto del dinamismo de una economía liberal de mercado con la seguridad, desde el punto de vista social, de ofrecer unos servicios públicos universales y una nivelación salarial. Ello genera cohesión, gracias a una fuerte nivelación salarial y a una desactivación de las tensiones, y proporciona a los trabajadores la seguridad para adaptarse y hacer frente a la flexibilidad del sistema. Asimismo, cuenta con una de las densidades sindicales —número de empleados miembro de algún sindicato en relación con el número total de trabajadores— más elevadas de Europa. La normativa en materia laboral es muy escasa, prácticamente limitada a recoger ciertas exigencias del Derecho de la Unión, pues los interlocutores sociales tienden a canalizar por sí mismos la solución a los conflictos; mientras, el sistema de protección social y las políticas activas de empleo son muy intensas. En cualquier caso, los sindicatos participan activamente en la gestión (o gestionan directamente) las prestaciones por desempleo.

Hasta el momento, no hay una regulación general de la protección por despido mediante una norma de rango legal, a salvo del deber del empresario de comunicar los criterios utilizados en la selección de los empleados⁷. Con todo, sí existen leyes que prohíben el despido discriminatorio por razón de sexo o aquel vulnerador del derecho de afiliación sindical. Los empleados del sector público y de “cuello blanco” están amparados por la norma, pero para el resto la protección viene dada por los convenios colectivos. Las tasas de cobertura de la negociación colectiva son elevadas, incluso en empresas de dimensión muy reducida, incorporando garantías adicionales para reforzar los derechos de los representantes de los trabajadores. De un modo u otro, el despido ha de estar suficientemente justificado a través de una causa razonable ligada a las necesidades empresariales, con la prohibición general de incurrir en arbitrariedad. No obstante, la interpretación de “justa causa” resulta poco restrictiva, habida cuenta de la prerrogativa del empleador de decidir el volumen de empleo necesario para la entidad. Sin perjuicio de la posibilidad de demostrar el motivo real de las

⁷ STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), asunto *Pujante Rivera*, apartado 41.

⁸ STJUE de 9 de julio de 2015 (C-229/14), asunto *Balkaya*, apartados 48 y 52.

extinciones, no median reglas particulares para proceder a la selección de los trabajadores afectados, ni una obligación de acudir al despido como último recurso.

Históricamente, la negociación colectiva en Finlandia estaba claramente centralizada a nivel estatal o sectorial, y no por empresas o centros de actividad; sin embargo, en 2007 la principal federación empresarial del sector privado (EK) rompía con esta fórmula, decantándose por la negociación sectorial por industria. Desde entonces, y a pesar del acuerdo marco firmado en 2011 a nivel estatal para fijar una base común para todos los empleados del país, se ha mantenido la negociación sectorial. En caso de reestructuración, los representantes de los trabajadores no pueden ser despedidos antes de haber procedido a eliminar todos los puestos de su categoría laboral y comprobar que no haya ningún otro trabajo adecuado disponible para esta persona. El empleador solo puede despedir a una empleada embarazada o con licencia parental o de cuidado cuando las operaciones cesan por completo¹⁰, de manera que cualquier despido se considerará fundado en razones discriminatorias, a menos que el empleador pueda probar la existencia de algún otro motivo. Algunos convenios colectivos pueden regular el orden de prelación, teniendo en cuenta la antigüedad en el servicio y las circunstancias familiares, o dotando de prioridad de permanencia al personal cualificado y a aquellos parcialmente discapacitados debido a accidentes de trabajo.

Tradicionalmente en Suecia, la negociación colectiva ha estado centralizada a nivel estatal, sectorial o por rama de actividad, en lugar de negociar por empresa o unidad productiva. En los últimos años, el ámbito sectorial obtiene mayor protagonismo, no obstante, siguen firmándose acuerdos marco a nivel estatal entre los empresarios y las tres confederaciones empresariales, sin incluir materias salariales.

Según las reglas de selección, los empleados con mayor antigüedad en el empleo tienen prioridad para permanecer en la empresa sobre los trabajadores con menor trayectoria, en cumplimiento del principio de “el último en entrar, el primero en salir”. A partir del tiempo agregado de antigüedad en la organización, se elabora una lista para cada unidad y para cada grupo de empleados amparados por un mismo convenio colectivo. Si tienen la misma antigüedad, tendrá prioridad para mantener su puesto de trabajo aquel de mayor edad¹¹. Una condición importante para la continuidad radica en disponer calificaciones suficientes para uno de los puestos alternativos que quedan en la unidad después de la reorganización estructural. Sin embargo, según la ley, el trabajador solo necesita cumplir ciertos requisitos mínimos, sin necesidad de ser el más adecuado para un puesto en particular. Los cambios legislativos acometidos en 2022, como resultado de los acuerdos entre los interlocutores sociales, permiten a los empresarios eximir a tres trabajadores del principio de mayor antigüedad, si son particularmente importantes para la continuación de las operaciones. Las personas discapacitadas y los representantes sindicales suelen disfrutar de una protección especial frente al despido y, en términos generales, la selección basada en sexo, nacionalidad, afiliación sindical o motivos similares es ilegal.

Si existe un convenio colectivo, las partes pueden estipular criterios adicionales a los estipulados por la Ley de Protección del Empleo. Tras el anuncio del proyecto de despido colectivo, el empresario y los representantes de los trabajadores también pueden acordar cualquier selección alternativa no discriminatoria. Los sindicatos disponen de un poder de

⁹ Art. 6 Bekendtgørelse af lov om varsling mv i forbindelse med varsling af større afskedigelser LBK nr 291 del 22/03/2010 (Ley danesa sobre despidos colectivos).

¹⁰ Capítulo 7, secciones 9-10 Työsopimuslaki 55/2001 (Ley de Contrato de Trabajo); capítulo 7, sección 9 Laki työsopimuslain muuttamisesta 32/2022 (Ley de modificación de la Ley de Contrato de Trabajo).

¹¹ Art. 22 Lag 1982:80 om Anställningsskydd (Ley de Protección del Empleo).

negociación muy fuerte en aras de garantizar, por ejemplo, la indemnidad para los trabajadores de mayor edad. En ausencia de convenio colectivo en el lugar de trabajo afectado, el empleador debe actuar de acuerdo con el orden de prioridad estipulado en la norma. Las organizaciones de empleadores han demandado durante mucho tiempo una reforma legal para permitir una mayor flexibilidad, con la oposición frontal de los sindicatos. Como resultado de un compromiso con el partido del centro y los liberales, el Gobierno encargó a los interlocutores sociales la presentación de una sugerencia conjunta para modificar la norma. Los sujetos negociadores (con excepción de la Confederación de Sindicatos Suecos) alcanzaron un acuerdo en otoño de 2020, posteriormente reformulado como propuesta legislativa.

Las empresas inmersas en procesos de reestructuración seguirán respetando el principio rector de mayor antigüedad. Un empleador obligado por el convenio colectivo principal puede, en cambio, excluir a tres trabajadores de “cuello azul” y a tres trabajadores de “cuello blanco” por unidad operativa, o al 15% de los trabajadores de cuello azul y de cuello blanco cuyo empleo puede ser rescindido. Sin embargo, la exención no podrá exceder del 10% de los trabajadores de la unidad operativa. Los empleadores con una sola unidad operativa cubierta por el convenio pueden optar por excluir a un total de cuatro empleados. A diferencia de cuanto acontecía con anterioridad, en el caso de disputas por despidos improcedentes, el empresario no siempre deberá pagar el salario de los afectados hasta la resolución del problema. En general, también hay más oportunidades para obtener fondos destinados a los ajustes y mayor apoyo a la formación del personal, incluso cuando no estén cubiertos por convenios colectivos. La Ley fue aprobada por el Parlamento y entró en vigor el 30 de junio de 2022, mientras la enmienda específica relativa al principio de último en entrar, primero en salir entró en vigor el 1 de octubre de 2022.

En cuanto a los efectos colaterales hace, los empleadores evaluarán si el despido colectivo planificado entraña riesgos para la salud (incluida la psicosocial), o accidentes que puedan necesitar de intervención¹². La integridad física y mental tanto de los trabajadores despedidos como de quienes permanecen en la empresa deberá quedar sometida a control, documentando por escrito la evaluación de riesgos con indicación de los riesgos presentes y si son graves o no. Igualmente, el empresario está obligado a realizar el seguimiento de la evaluación realizada y a brindar a los trabajadores, sindicatos y delegados de seguridad la posibilidad de participar en la gestión sistemática del clima laboral, especialmente en relación con el proceso de reestructuración. La Autoridad del Ambiente Laboral y la organización Prevent, propiedad conjunta de la Confederación de Empresas Suecas y la Confederación de Sindicatos Suecos, proporcionan plantillas y listas de verificación.

Situado geográficamente en el continente europeo, Noruega no es un Estado miembro de la Unión Europea; si bien, se ha adherido a acuerdos importantes como el Espacio Schengen y el Espacio Económico Europeo. En relación a su sistema de relaciones laborales, destaca la importancia otorgada al diálogo social, donde es práctica habitual la consecución de acuerdos entre patronal, sindicatos y gobierno.

El despido fundado en la reducción de operaciones o en medidas de racionalización no está objetivamente justificado si el empleador tiene otro trabajo adecuado para el empleado. Desde el 1 de enero de 2024, si forma parte de un grupo de empresas, también debe buscar un puesto adecuado en las otras empresas del grupo. La definición legal de “grupo de empresas” parte de la influencia decisiva de la empresa matriz sobre la filial, en consonancia con el Derecho Comunitario. Así, concurre dicha influencia cuando posee tantas acciones o participaciones en otra sociedad que representen la mayoría de los votos emitidos en la junta general u órgano

¹² Sección 8 Arbetsmiljöverkets föreskrifter AFS 2001:1 om systematiskt miljöarbete (Disposiciones de la Autoridad Sueca del Entorno Laboral sobre la Gestión Sistemática del Entorno Laboral).

equivalente, o le confieren el derecho a elegir o destituir a más de la mitad de los miembros del consejo de administración de la empresa subsidiaria. A tenor de la norma, la elección de los empleados afectados por el despido colectivo requiere de una evaluación objetiva, ponderando adecuadamente las particularidades de cada caso, las necesidades de la empresa y la situación del mercado¹³. Los factores establecidos por un acuerdo entre la dirección y los delegados sindicales normalmente se consideran pertinentes, pero los tribunales pueden dictaminar que deben prevalecer otros patrones.

Los criterios suelen comprender la duración del servicio prestado, las calificaciones, la idoneidad, las desventajas de ser despedido para el empleado y cualquier aspecto social relevante, como las obligaciones respecto a los miembros de la familia. La antigüedad suele ser el principio dominante en las empresas sujetas a convenio, como el negociado entre la NHO (Confederación de Empresas e Industrias de Noruega) y la LO (Federación de Sindicatos de Noruega), pero nada obsta a la posibilidad de introducir distintas preferencias si el motivo aparece objetivamente justificado. Los delegados sindicales también gozan de una protección especial asentada en los convenios colectivos a nivel intersectorial.

3. Negociación colectiva del despido colectivo en Benelux

Dentro del marco de la Unión Europea, la unión de Estados conocida como Benelux surge del acuerdo por el que Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos aprueban la libre circulación de bienes, servicios y personas, como consecuencia de la unión aduanera y fronteriza. Los interlocutores sociales gobiernan las relaciones laborales a través del diálogo social, reservando a la norma el papel de ratificar los acuerdos previamente alcanzados en un modelo de negociación colectiva paradigmático.

En Bélgica, las empresas deben distribuir los despidos colectivos proporcionalmente en función de la edad de sus empleados con el fin de mantener un equilibrio en el lugar de trabajo¹⁴. Se acepta una desviación del 10% por grupo para los despidos repartidos entre las diferentes categorías de edad (a saber, menores de 30 años, entre 30 y 50 años o 50 y más). Pueden quedar excluidos de este régimen los empleados con contrato de duración determinada, aquellos contratados para un proyecto específico y los trabajadores con funciones clave en la empresa. Los representantes de los sindicatos gozan de una protección particular frente a los despidos, pues únicamente pueden ser seleccionados por el comité paritario pertinente o el Tribunal laboral. La obligación de respetar la pirámide de edad no crea protección ni derechos especiales para los empleados individuales, pero es una condición relevante para las empresas si desean mantener el derecho a una reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social. En algunos casos, los empleadores podrían preferir despedir a los trabajadores mayores en favor de los más jóvenes, habida cuenta de los costes asociados a la antigüedad. El objetivo, por ende, radica en evitar la eventual afectación de grupos de edad específicos dentro de la empresa.

El Código del Trabajo de Luxemburgo no establece ningún criterio sobre la selección de empleados en el marco de un despido colectivo; sin embargo, en las empresas con un comité mixto, el empleador debía llegar a un acuerdo con los representantes del personal respecto a los afectados. En el marco de la Ley de 23 de julio de 2015, que reforma la representación de

¹³ Secciones 15-7 y 8-4 Arbeidsmiljøloven (Ley de entorno laboral).

¹⁴ Arts. 62, 63 y 65 Loi du 29 Mars 2012 portant des dispositions divers/Wet of 29 Maart 2012 houdende diversos bepalingen Pyramide des âges en cas de licenciement Collectif/Leeftijdspiramide bij Collectief ontslag (Ley Ómnibus de 29 de marzo de 2012 que contiene diversas disposiciones. Título 9 - Capítulo 4: Pirámide de población en caso de despido colectivo).

los trabajadores en las empresas, dejaron de existir comités de empresa después de las elecciones en el lugar de trabajo acontecidas después del 1 de enero de 2016 (y, a más tardar, después de las elecciones en el lugar de trabajo celebradas en 2019)¹⁵. A partir de tales comicios, sus tareas se traspasaron a los delegados de personal en las empresas que tuvieran al menos 150 empleados durante los 12 meses anteriores al primer día de la publicación de la convocatoria de elecciones. Hasta ese momento, los comités existentes continuaron desempeñando sus funciones. Las modificaciones pretendían impulsar a las partes interesadas a avanzar hacia el modelo alemán, que inspiró la norma, y permitir una cooperación más estrecha entre los empleadores y los representantes de los trabajadores.

En caso de un despido de al menos 7 trabajadores en un plazo de 30 días o de al menos 15 trabajadores en un plazo de 90 días, el empresario debe informar y consultar a los representantes de los trabajadores. Los empleadores proporcionan información escrita, incluyendo los motivos de los despidos colectivos proyectados, el número y las categorías de empleados afectados, los criterios seguidos para despedir a los empleados y cualquier paquete de compensación propuesto¹⁶. En tal marco, los interlocutores sociales pueden acordar los criterios de selección, sin perjuicio del plan social a negociar cuando el empresario esté obligado por convenio colectivo. En las empresas con delegados de personal (en organizaciones con al menos 150 empleados), el empleador ha de llegar a un acuerdo sobre la selección con los representantes del personal. Según el Código del Trabajo, los representantes de los trabajadores ejercen una facultad ejecutiva mediante la cual puede codeterminar o disponer modificaciones a los criterios de selección para la contratación, promoción, traslado, despido y, en su caso, los criterios de prioridad para el reingreso de los despedidos.

El empresario es responsable de su negocio y, por tanto, libre de decidir sobre medidas de reestructuración conducentes a recortes de ocupación, siempre y cuando estas acciones no sean el resultado de una conducta culpablemente irreflexiva o un pretexto para despedir personal de manera arbitraria. En consecuencia, no está obligado a justificar por qué ha optado por despedir a un trabajador y no a otro; sin embargo, aun cuando es libre de tomar esta decisión, cualquier selección debe respetar la tutela antidiscriminatoria.

En el caso de puestos de trabajo intercambiables, en los Países Bajos resulta aplicable el sistema del último en entrar, primero en salir, dentro de las cinco categorías de edad (esto es, de 15 a 25 años, 25 a 35 años, 35 a 45 años, 45 a 55 años y más de 55 años). En principio, la distribución por edades de los empleados dentro de una empresa no cambia después de un despido colectivo (si un empleador tiene la intención de despedir o ha despedido al menos a 20 empleados en una o más ubicaciones de la misma empresa dentro de una misma región de servicio público de empleo en el plazo de 3 meses por reorganización por motivos económicos). Obran varias excepciones a las reglas básicas, facilitando al empleador cierto margen de selección. Desde 2019, también el empleador público debe informar a la Agencia de Seguros de los Empleados de los motivos de la reorganización y de los recortes de puestos de trabajo.

Las principales excepciones al principio de proporcionalidad para la selección de trabajadores en los despidos colectivos vienen dadas por los trabajadores con discapacidad, los empleados indispensables para la empresa y aquellos adscritos a un empleador externo, por ejemplo, a través de una agencia de adscripción. En determinadas condiciones, el empresario podrá apartarse del límite del 10% por grupo de trabajadores despedidos establecido en el

¹⁵ Loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le Code du travail et la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (Ley del 23 de julio de 2015, importante reforma del diálogo social en el interior de las empresas).

¹⁶ Arts. L. 166-2-art. L.166-9 Code du travail (Código de Trabajo).

principio de proporcionalidad. A estos efectos, el criterio de antigüedad puede aparecer modulado, previa aprobación de otras pautas por el comité imparcial e independiente del convenio colectivo.

El Código Civil prohíbe la afectación de las trabajadoras embarazadas, así como de las empleadas durante el periodo de disfrute del permiso por maternidad y, tras la reincorporación al trabajo, en las seis semanas siguientes a dicho permiso, o tras una incapacidad laboral causada por el parto o el embarazo precedente¹⁷. Cuando el empresario procede al despido de un centro o sección completo, debe intentar encontrar un trabajo adecuado para la empleada en otro distinto cuando regrese de una baja por embarazo. Tampoco será posible la rescisión el contrato mientras el trabajador no pueda realizar el trabajo estipulado por haber sido llamado a filas para cumplir el servicio militar o el servicio sustitutorio, ni por razones de afiliación sindical, pertenencia a los órganos de representación de los trabajadores o por enfermedad durante los dos primeros años. Las afirmaciones anteriores son matizadas a lo largo del articulado de la norma, de modo que, a título de ejemplo, es posible efectuar el despido de un empleado con licencia por enfermedad si ha cometido una falta muy grave, está en periodo de prueba, acepta el despido por escrito, ha alcanzado la edad de jubilación o la empresa se ha declarado en quiebra o suspensión de pagos.

Según los arts. 4 a 6 del Real Decreto sobre despidos, la intención de sustituir a los trabajadores con contrato indefinido por trabajadores sin contrato indefinido o que realizan trabajos similares con remuneraciones inferiores no es un motivo legítimo para el despido colectivo¹⁸. No obstante, la sustitución de empleados con contratos laborales permanentes por otros por cuenta ajena registrados en la cámara de comercio es un motivo legítimo para el reajuste, si es necesario desde una perspectiva empresarial.

4. Control de los abusos empresariales en los Estados del Mediterráneo

La seña de identidad de todos los países del sur de Europa viene dada por el conflicto asociado a cualquier proyecto de despido colectivo como manifestación clara de un drama en el seno de las relaciones laborales. La normativa laboral constituye un dique de contención frente a la radicalización de las controversias a través de un proceso de negociación respaldado por las modalidades procesales dispuestas para el control de eventuales excesos empresariales.

Con una mezcla de cultura mediterránea y europea continental, Francia destaca por la defensa de los derechos humanos y un amplio Estado del bienestar. Las relaciones laborales siempre han sido tensas y han estado dominadas por las leyes promulgadas por el Estado central. Precisamente, como resultado de una trayectoria propensa a los conflictos, el diálogo social resulta históricamente complicado debido, principalmente, a la falta de reconocimiento mutuo entre los interlocutores sociales y el papel intervencionista del Estado en materia laboral y social. “*Un pays qui n’aime pas négocier*” (“Un país al que no le gusta negociar”), sintetizaba Jean-Paul Jacquier a la vista de las características políticas y sociológicas, profundamente arraigadas, que no dejaban mucho espacio para la negociación y el diálogo social. La denominada “excepción francesa” acuña la tendencia hacia la expresión directa de la divergencia de intereses, si bien el sistema ha mejorado notablemente en los últimos cuarenta y cinco años.

¹⁷ Art. 7:670 Burgerlijk Wetboek (Código Civil).

¹⁸ Arts. 2 bis, 4-6 y 11 Ontslagregeling van 1 juli 2016 (Real Decreto sobre Despido).

A propósito de la renovación del modelo francés, las normas avanzaron hacia un modelo más descentralizado, dotando a las empresas de un mayor protagonismo y situando el punto de mira de la negociación en los problemas de empleo y producción. En la práctica totalidad de los casos, las condiciones laborales aparecen a día de hoy fijadas por convenio colectivo, con un alcance especialmente relevante a nivel sectorial. Los sindicatos están posicionados ideológicamente con determinados partidos políticos, fragmentados, divididos y con una tasa de afiliación de las más bajas de la Unión Europea dado su escaso arraigo en la sociedad. En contraste con el bajo nivel de afiliación, están presentes en casi todos los sectores y empresas. Otro aspecto característico del mercado laboral analizado es la complejidad ligada a las regularizaciones de plantillas, convertidas a menudo en un conflicto largo, complejo y costoso.

En caso de despidos colectivos, el empleador aplica los criterios de selección previstos en el convenio colectivo para la implementación de un plan de ahorro de empleo (*plan de sauvegarde de l'emploi*). Cuando no esté vinculado por ningún convenio colectivo, tiene la responsabilidad de definir las preferencias según los elementos especificados por la norma, consistentes en gastos familiares, especialmente en el caso de familias monoparentales, antigüedad en la empresa, cualidades profesionales y cualquier otra situación capaz de dificultar la búsqueda de trabajo (por ejemplo, por edad o discapacidad). Una vez ponderados todos los aspectos, podrá dar prioridad a un criterio o agregar otros a la lista. En todo caso, el art. L.1132-1 establece un principio general de no discriminación en las relaciones laborales, vetando la utilización del origen, el apellido, el lugar de residencia, la etnia, la apariencia física, el sexo, la orientación sexual, el estado civil, el embarazo de la empleada, edad, estado de salud, discapacidad, afiliación sindical, creencias religiosas y políticas como criterios de selección para el despido¹⁹. No obstante, el empresario no está obligado a fijar criterios para establecer el orden de los despidos cuando no pueda elegir entre los empleados despedidos; este es el caso particularmente del cierre total y definitivo de la empresa o de la supresión de todos los puestos de trabajo de una misma categoría profesional.

La parte económica ostenta un alto grado de flexibilidad con respecto a la aplicación de criterios de selección a las unidades de negocio. Con independencia del tamaño de la plantilla y de las cifras de despidos, cada empresario (una única empresa, incluidas sus distintas unidades de negocio, en su caso) tiene derecho a fijar el ámbito de aplicación de los criterios de selección establecidos en los convenios colectivos. En ausencia de convenio, corresponde al empleador definir el ámbito de aplicación, limitado por ley a la zona de empleo individual (*zones d'emploi*), donde se encuentran uno o más establecimientos de la empresa afectados. Por consiguiente, los criterios pueden variar entre las zonas de empleo, establecidas por el Instituto Nacional de Estadística y Estudios Económicos (INSEE) y los servicios de estadística del Ministerio de Trabajo. Según la base de datos gestionada por el INSEE, una zona de empleo, como zona geográfica en la que vive y trabaja la mayor parte de la mano de obra general, proporciona a los establecimientos el personal necesario para cubrir los puestos de trabajo ofrecidos.

Dentro de los 10 días siguientes a la extinción del contrato, el trabajador despedido podrá interrogar al empresario sobre los criterios aplicados, a través de carta escrita entregada personalmente como oposición al despido o por carta certificada con acuse de recibo (LRAR). El empleador deberá responder, bajo las mismas modalidades, dentro de los 10 días siguientes. El incumplimiento de los criterios de selección podría dar lugar a una compensación para los perjudicados, previa remisión del asunto al Tribunal Laboral. Más aún, la transgresión supone un delito sancionado con la multa prevista para las infracciones de cuarta clase (3.750 euros para una persona jurídica y 750 euros para una persona física).

¹⁹ Arts. L.1233-5, L. 1233-6, L.1233-7, L.1233-17, R.1233-1, D. 1233-2, L. 1132-1 Code du travail (Código de Trabajo).

Después de la reforma de 2015, el Código Laboral fue modificado nuevamente en 2017 para aumentar la flexibilidad brindada a los empleadores a la hora de aplicar cánones de selección. Con la reforma de 2015, solo las empresas con al menos 50 empleados y 10 personas despedidas durante un periodo de 30 días podían limitar su alcance por convenio colectivo²⁰. Mientras, en consonancia con la reforma de 2017, todas las empresas se benefician de esta disposición con independencia del tamaño de su plantilla y las cifras de despidos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) —para los despidos colectivos de menos de 10 empleados— y del Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) —para los despidos colectivos de 10 empleados o más— controla estrictamente el cumplimiento de todos los criterios sometidos a consideración.

La regulación legal italiana y su interpretación jurisprudencial del despido por razones empresariales es similar a la española, pues exige una determinada situación de dificultad, una efectiva amortización del puesto de trabajo y un nexo de causalidad entre ambos elementos; esta situación puede ser una crisis de empresa, una reorganización o la introducción de nuevas tecnologías y solo puede operar en defecto de otras medidas menos gravosas.

Los criterios para la selección de los trabajadores deben fijarse en el contexto del procedimiento de despido colectivo y, en última instancia, en el acuerdo alcanzado al concluir. Si finaliza sin acuerdo, los criterios serán los establecidos en atención al número de miembros de la unidad de convivencia y compromisos familiares, la duración del servicio y las necesidades técnicas, productivas y organizativas²¹. Además, ninguno prevalece sobre los demás, ni el empresario tiene la facultad de asignar a cada uno de ellos un peso diferente, en aras de evitar la alteración arbitraria del resultado de la elección. En atención a la jurisprudencia en la materia, los acuerdos surgidos como manifestación de la capacidad de las partes deben cumplir con el principio de no discriminación por motivos sindicales, políticos, religiosos, raciales, sexuales y de idiomas, así como con el principio de racionalidad, es decir, los criterios acordados deben poseer las características de objetividad y generalidad.

En los últimos años la legislación laboral portuguesa ha sido objeto de numerosos cambios y ajustes. Como miembro de la Unión Europea, el actual régimen es semejante al de sus socios comunitarios, especialmente del sur de Europa, tanto en términos de arquitectura jurídica como de soluciones legales. Así, tras más de 30 años de reformas legislativas, los valores y derechos activamente defendidos pasan por la protección del trabajador en caso de enfermedad o accidente de trabajo, la no discriminación por sexo o raza, la igualdad de oportunidades, la protección de la maternidad o la participación de los representantes de los trabajadores en la empresa y en la definición de las reglas generales de la actividad económica del país.

En un proyecto de despido colectivo, si existieran varios puestos de trabajo con idéntico contenido funcional, para determinar el puesto de trabajo a eliminar, la decisión del empleador deberá observar el siguiente orden: peor evaluación del desempeño, con parámetros previamente conocidos por el trabajador; menores calificaciones académicas y profesionales; mayor carga para el mantenimiento de la relación laboral del empleado con la empresa; menos experiencia en el puesto; en fin, menor antigüedad en la empresa²². El trasladado a un puesto de trabajo a extinguir en los tres meses anteriores al inicio del procedimiento tiene derecho a

²⁰ Décret n. 2015-1637 du 10 décembre 2015 relatif au périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (Decreto N. 2015-1637, de 10 de diciembre de 2015, relativo al ámbito de aplicación de los criterios para la orden de despidos de las empresas sujetas a la obligación de establecer un plan de protección del empleo).

²¹ Arts. 24 y 24 bis Decreto Legislativo 14 Settembre 2015, n. 148 (Decreto legislativo de 14 de septiembre de 2015, núm. 148); art. 368 Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (Decreto legislativo 12 de enero de 2019, n. 14).

ser reasignado al anterior, si aún existe, con la misma remuneracin bsica. El mantenimiento de la relaciona laboral se considera prcticamente imposible cuando el empresario no dispone de otro puesto compatible con la categora profesional del afectado.

Los requisitos establecidos en el art. 368 del C3digo de Trabajo para la terminacin son acumulativos y la carga de alegarlos y probarlos queda atribuida al empleador. En la valoracin de la regularidad del despido, corresponde al Tribunal comprobar la veracidad de los motivos esgrimidos y verificar la existencia de una relacin de causalidad, de modo que pueda concluir, segn juicios de razonabilidad, la adecuacin de la causa para justificar la decisin de reduccin de personal. El cumplimiento de los criterios legales exigidos para la extincin no es suficiente a la hora de garantizar la legalidad del despido, siendo necesario, adem1s, acreditar la excesiva carga derivada de mantener la relacin laboral. De este modo, la inexistencia de otra unidad organizativa distinta a la gestionada por el trabajador con la misma denominacin no resulta suficiente para demostrar la ausencia, en toda su estructura organizativa, de una ocupacin compatible con la categora del afectado²³. La valoracin se limita a la estructura empresarial, incluso si se encuentra inserta en un grupo de las empresas, salvo que el "levantamiento del velo" para descubrir una personalidad colectiva est justificada por haber sido utilizada de forma ilcita o abusiva en perjuicio de terceros.

Durante las crisis econ3micas y financieras, la *troika* formada por la Comisin Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional ha ejercido notable presi3n sobre los gobiernos de los Estados del sur de Europa, con el consiguiente desgaste en sus mercados laborales. Grecia acus3 una alteracin especialmente larga y prolongada en el marco institucional de las relaciones laborales, seguido de Portugal, Espaa e Italia con relativa menor intensidad.

La Ley 4808/2021 griega, en virtud de su art. 66, incluye por primera vez una lista de supuestos de despidos inválidos, relacionados con categoras especficas de empleados, incluyendo a los veteranos de guerra y personas con discapacidad bajo una relacin laboral obligatoria, miembros de la junta directiva de un sindicato (por el periodo de duracin de su mandato y un a1o despu3s), empleados en el servicio militar; empleadas embarazadas y madres primerizas, durante el embarazo y por un periodo de 18 meses a partir de la fecha del nacimiento²⁴. Asimismo, comprende los casos formulados en los últimos a1os por la jurisprudencia, tales como extinciones en represalia por el ejercicio de un derecho legal por parte del empleado; otros recientemente introducidos en lnea con las disposiciones de la nueva Ley del Trabajo como la proteccin contra el despido para los padres y por un periodo de seis meses a partir de la fecha del nacimiento; trabajadores que ejercen derechos contra la discriminacin, la violencia, el acoso laboral o la desconexin; empleados beneficiarios o solicitantes de cualquier tipo de licencia legal; o, en último extremo, trabajadores con fórmulas flexibles disponibles en su relacin laboral por ser padres y cuidadores.

²² Arts. 360 y 368 C3digo do Trabalho Lei n. 7/2009, de 12 de Fevereiro (C3digo del Trabajo).

²³ STJ de Portugal, 6 de abril de 2017 (proc. 1950/14.2TTLSB.L1).

²⁴ Seccin IV, art. 66 N3mos 4808/2021 ΦΕΚ Α' 101/19.06.2021, Για την Προστασία της Εργασίας - Σύσταση Ανεξάρτητης Αρχής "Επιθεώρηση Εργασίας" - Κύρωση της Σύμβασης 190 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας για την εξάλειψη της βίας και παρενόχλησης στον κόσμο τ ης εργασίας - Κύρωση της Σύμβασης 187 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας για το Πλαίσιο Πρωτόκλησης της Ασφάλειας και της Υγείας στην Εργασία - Ενσωμάτωση της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1158 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ής Ιουνίου 2019 για την ισορροπία μεταξύ της επαγγελματικής και της ιδιωτικής ζωής, άλλες διατάξεις του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων και λ ΦΕΚ Α' 158,0 9.2023, Για την ενίσχυση της εργασίας - Ενσωμάτωση της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1152 του Ευρωπαϊκού 2019 - 2019 - 2019 - 2019 δικασιών και ενίσχυση της Κάρτας Εργασίας - Αναβάθμιση της επιχειρησιακής λειτουργίας του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης και της Επ

En general, ante el reajuste por motivos operativos, existe la obligación legal de tener en cuenta criterios sociales. Las rescisiones de puestos de trabajo en procesos de despido colectivo son ilícitas si el empresario no tiene en cuenta ni evalúa los criterios de antigüedad, edad, situación económica y familiar durante la selección de los afectados. Este deber de diligencia exige centrar la elección en aquellos para quienes la medida sería menos gravosa, con la limitación expresa de que las personas de 55 a 64 años no podrán superar el 10% del número total de los afectados. Tanto en los despidos colectivos, como en la reorganización de servicios o partes de la empresa o reducción de personal por motivos económicos debidos a dificultades financieras, la decisión de hacer frente a la crisis a través de la disminución del personal no es en sí misma juzgada por los tribunales. Sin embargo, existen controles, en primer lugar, sobre la relación causal entre esta elección y el despido de un determinado empleado como último recurso para hacer frente a los problemas de la empresa; en segundo término, sobre la forma de selección, en tanto debe realizarse sobre la base de criterios objetivos, es decir, de buena fe y de conformidad con prácticas honestas. Por tanto, será nulo el despido de un empleado con 15 años de servicio, casado y con tres hijos menores, posteriormente reemplazado por un trabajador más joven, con menos años de servicio y sin responsabilidades familiares al vulnerar excesivamente la buena fe y la finalidad social y económica del derecho del empresario a resolver el contrato de trabajo.

En particular, al elegir a un empleado entre quienes pertenecen a la misma categoría y descripción del puesto, y con el mismo nivel en términos de capacidad, cualificación y rendimiento, el empleador también debe tener en cuenta los criterios sociales y económicos de antigüedad. Estos factores se evalúan en términos de la duración del empleo en la empresa específica, la edad, la situación familiar, la eficiencia y la posibilidad de encontrar otro trabajo. En este último supuesto, es necesario comprobar si es posible ofrecer otra ocupación al empleado, incluso en un puesto inferior al que ocupaba hasta ese momento, cuando existe dicha vacante en la empresa.

4.1. La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en España

En España, los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas cabrá establecer preferencias también a favor de otros colectivos, tales como aquellas con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, según el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. En la misma línea, el art. 68.b) del ET extiende el beneficio, tanto en la empresa como en el centro de trabajo respecto de

ιθεώρησης Εργασίας (Ley 4808/2021 Boletín Oficial del Gobierno A' 101/19.06.2021, para la Protección Laboral - Establecimiento de una Autoridad Independiente "Inspección del Trabajo" - Ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo - Ratificación del Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Marco para la Promoción de la Seguridad y la Salud en el Trabajo - Incorporación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre la equilibrio entre la vida profesional y privada, otras disposiciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y otras normas urgentes, modificada por la Ley 5053/2023 Boletín Oficial del Gobierno A' 158/26.09.2023, para fortalecer el trabajo - Integración de Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 - Simplificación de los procesos digitales y refuerzo de la Tarjeta de Trabajo - Mejora de la función operativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo); art. 3 N. 1387/1983: Έλεγχος Ομαδικών Απολύσεων και άλλες διατάξεις (Ley 1387/83 sobre despidos colectivos); art. 74 N. 3863/2010: Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις. Ρυθμίσεις στις Εργασιακές Σχέσεις (Ley 3863/2010 sobre el Nuevo Sistema de Seguridad Social y disposiciones pertinentes. Reglamento sobre Relaciones Laborales).

los demás afectados, en los supuestos de suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, a los delegados sindicales, al igual que a los delegados de prevención (art. 37 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

Por su parte, el art. 13 RPDC establece la obligación de justificar en la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

El reconocimiento de la preferencia a la representación legal aparece en la Recomendación núm. 143 de la OIT de 1971; su traslado al Derecho Laboral español conforma una limitación al poder de dirección y organización del empresario, en su concreto aspecto de selección de los afectados por su decisión asentada en argumentos empresariales. Esta garantía alcanza a los representantes de los trabajadores no solo por estar en el ejercicio de funciones, sino igualmente, por encontrarse dentro del plazo del año siguiente a la expiración de su mandato²⁵. El derecho implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo subsistente, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño, en cuyo supuesto se impone la preeminencia legal como medio para facilitar de su función representativa. Es, desde luego, relativa y así lo ha señalado la doctrina científica, pues la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, a falta de una alternativa de selección.

Ninguna regla restringe este derecho al ámbito de afectación de la causa extintiva. Antes al contrario, la conservación de la ocupación se extiende a la empresa o al centro y este será, en principio, el terreno de juego, aun cuando esta mención alternativa actúa como una referencia a la conexión entre la garantía y el marco de la representación, de forma que si se extiende a toda la empresa, será dentro de esta donde deberá operar, mientras que si se trata del centro de trabajo habrá de limitarse a este espacio más restringido²⁶.

Por la lógica de la sustitución, puede resultar afectado por el despido quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar cuanto debe, ha de dar ocupación al representante en otra unidad productiva, tal decisión llevará normalmente consigo que un trabajador de esta pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Semejante consecuencia se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito de proyección del beneficio. Por otra parte, y si no fuera así, las posibilidades de eludirla mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para su efectividad. A efectos de examinar la eventual vulneración, lo importante no es la pertenencia a la misma categoría profesional o al mismo grupo, sino la efectiva existencia de otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado y, por tanto, intercambiable²⁷.

Las causas de nulidad del despido individual dimanante de uno colectivo previo son tasadas. Así, el despido es nulo cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 122.2 LRJS: si no se hubiera impugnado, será nulo si se ha omitido el periodo de consultas o cuando no se respeten las prioridades de permanencia legal o convencionalmente establecidas; y en el caso de haber sido impugnado, asimismo ocurrirá de no haber respetado ese concreto mandato

²⁵ STSJ Comunidad Valenciana 14 de diciembre de 2015 (rec. 2800/2015).

²⁶ STSJ Madrid 5 de abril de 2019 (rec. 1084/18).

²⁷ STSJ Cantabria 18 de julio de 2013 (rec. 413/2013).

legal, si bien cuando no se han respetado los criterios de selección establecidos en el acuerdo alcanzado, el despido es improcedente y no nulo²⁸.

Como han reiterado los órganos judiciales, la selección de los afectados corresponde en principio al empresario y su decisión solo será revisable en vía jurisdiccional cuando quepa apreciar fraude de ley o abuso de derecho, o cuando la designación en concreto obedezca a móviles discriminatorios²⁹. Si bien incumbe al empresario la determinación del personal afectado, tal facultad no autoriza a despedir a quien realiza una actividad productiva que la mercantil mantiene y le reporta beneficios, sin alegar explicación alguna de por qué la decisión extintiva ha de recaer sobre ese trabajador³⁰.

Con efectos de 2 de marzo de 2023 (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), los Jueces de lo Social contarán con un informe de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, donde el organismo se pronunciará, además sobre los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, en torno a la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función del motivo concreto alegado para despedir. Nada establece la norma en torno al criterio de selección, pero sería posible advertir en este informe cualquier tipo de incidencia sobre este aspecto. De cuestionar el modo de aplicar los criterios, el debate queda al margen del procedimiento de impugnación del despido colectivo como tal³¹.

4.2. Insuficiencia de los criterios de selección

Los trazos básicos en relación con la ilicitud e insuficiencia del patrón empleado para la designación de los afectados y de su incidencia en la calificación del despido, pueden quedar sintetizados como sigue³²:

- a) Valoración finalista de los requisitos documentales. Las exigencias de acreditación contenidas tanto en la Ley como en su desarrollo reglamentario no pueden entenderse de manera formal y mecánica. No todo incumplimiento de estas obligaciones en este punto conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan solo aquel trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada³³.
- b) Valoración conjunta de la información. La exigencia ha de ser ponderada en relación con las circunstancias concretas, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa con un gran número de trabajadores que en una de menor dimensión³⁴. Además, procede atender a la eventual existencia de circunstancias que hagan complicada la exacta precisión de esos criterios, así como también la actitud de los trabajadores durante el periodo de consultas.

²⁸ STS 14 de junio de 2017 (rec. 2708/2015).

²⁹ STS 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003).

³⁰ STSJ La Rioja 26 de septiembre de 2019 (rec. 163/2019).

³¹ STS 26 de enero de 2016 (rec. 144/2015).

³² STS 15 de julio de 2021 (rec. 68/2021).

³³ STS 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012).

³⁴ STS 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013).

c) Insuficiencia del listado de trabajadores. La redacción del art. 51.2 ET deja patente que no es necesario aportar el elenco afectados al exigir la indicación de los criterios de selección aplicables³⁵.

d) Afectación inicial de toda la plantilla. El carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso y, a su vez, la nulidad del despido por esta razón vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar. A partir de ahí se descarta la nulidad aun cuando la empresa inicialmente incluya a toda la plantilla, afectándola de modo genérico a partir de una justificación —la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos— asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permite, e incluso favorece, el desarrollo del proceso negociador³⁶.

e) Pautas adoptadas en exceso amplias. “Si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica (como la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad, sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador)” queda descartada la nulidad del despido cuando la indicación viniera acompañada de la relación nominal de afectados y en el curso de las reuniones mediara negociación sobre la elección de los afectados³⁷.

f) Criterios de naturaleza abstracta. Esta circunstancia no ha de comportar su nulidad si con ellos se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible (facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas) y, a la par, su redacción excluye —al menos en línea de principio— cualquier viso de arbitrariedad. Aun cuando los patrones “resulten innegablemente genéricos, también ha de admitirse que son igualmente prolijos en su enumeración y hacen expresa declaración de estricto respeto a los derechos fundamentales y ordinarios”³⁸.

g) Negociación a partir de referencias amplias. Mismo resultado procede en supuestos en los cuales la empresa, al inicio del periodo de consultas, aporta los índices tenidos en cuenta para la designación de los afectados (consistentes en la concreta situación examinada, en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento) que aparecen como un tanto etéreos, aun cuando tal circunstancia pueda resultar justificada en el hecho de fijar unos registros poco definidos para con posterioridad concertarlos a través de la negociación³⁹.

h) Examen de la posibilidad de negociar. La mera circunstancia de no facilitar la documentación en su integridad o con el detalle suficiente al inicio del periodo de consultas no vicia por sí sola el procedimiento a no ser, como regla, que por su trascendencia, o por el momento de su aportación, dificulte o impida una adecuada negociación de buena fe, la cual no queda acreditado en caso de no alegarse ni justificarse, siquiera indiciariamente por el recurrente, los posibles perjuicios que en el intercambio de ofertas y contraofertas hubiere podido tener la conducta empresarial⁴⁰.

³⁵ STS 25 de mayo de 2014 (rec. 276/2013).

³⁶ STS 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013).

³⁷ STS 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

³⁸ STS 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014).

³⁹ STS 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014).

⁴⁰ STS 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014).

i) La doctrina judicial sostiene la inexistencia de la causa de nulidad con fundamento en la irregularidad e insuficiencia de pautas en la designación de los trabajadores afectados [arts. 51.2 ET, 124.9 LRJS y 3.1.e) RPDC], “pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos”⁴¹. Por eso se acepta como cumplimiento del requisito la mención a las categorías de puestos de trabajo en cuya supresión se han considerado aspectos tales como la versatilidad, recursos disponibles en la sección-departamento, coste económico y posibles indemnizaciones. Si bien muestra cierta parquedad en la determinación, no permite tampoco negar el cumplimiento del requisito.

j) Actitud de los negociadores frente a la propuesta empresarial, en conexión con el principio de buena fe. Debe existir una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción hubieran efectuado a los cánones genéricos de selección proporcionados y luego reclamen que la empresa “no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios” y “no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador”, impidiendo alcanzar los objetivos básicos del periodo de consultas⁴².

k) Carácter restrictivo de la nulidad. A la vista de la regulación existente, procederá concluir que lo exigible es la aportación de cuanto haya de ser tenido en cuenta para la designación de los afectados, y solo su ausencia dará lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre cuando constan los criterios con independencia de la valoración que puedan merecer; a salvo del derecho del empleado a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieran respetado las prioridades de permanencia y demás derechos ex art. 124 LRJS en sus apartados 13 y siguientes⁴³.

Esta doctrina aparece reiterada cuando la empresa ha establecido unas reglas de selección claras y válidas, pero genéricas y, con posterioridad, ha sido convocada una huelga, de modo que el 72% de los huelguistas coincidían con los designados. El despido no puede ser calificado como nulo por este motivo⁴⁴, pues a falta de acreditación de otros indicios, carece de consistencia alguna la alegación de vulneración del derecho de huelga.

Por otro lado, el régimen de protección que merece un trabajador objeto de un despido colectivo improcedente como consecuencia de la inobservancia de los criterios con arreglo a los cuales el empresario debe determinar quiénes serán despedidos es manifiestamente ajeno a las obligaciones de notificación y consulta derivadas de la Directiva 98/59⁴⁵. Ni este régimen, ni tales pautas de selección, quedan comprendidos en su ámbito objetivo de aplicación, motivo por el cual siguen siendo competencia de los Estados miembros. En este sentido, la norma supranacional no pretende establecer un mecanismo general de compensación económica a escala de la Unión en caso de pérdida de empleo, ni tampoco armonizar el régimen de cese definitivo de las actividades de una empresa.

⁴¹ STS 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013).

⁴² STS 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

⁴³ STS 21 de octubre de 2020 (rec. 38/2020).

⁴⁴ STS 12 de julio de 2023 (rec. 19/2023).

⁴⁵ STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-652/19), asunto *Consulmarketing SpA*, apartado 42.

No es necesario incorporar en la carta los criterios de selección, ni los concretos razonamientos relativos a la determinación del trabajador despedido acordados durante las negociaciones, según mantiene el Tribunal Supremo. Concretada en la comunicación la causa invocada, corresponde al trabajador la carga de probar que no concurren en su caso los cánones seguidos o no se corresponden con lo acordado. En su caso han de ser acreditados —esos indicios y su baremo individual— en el proceso de impugnación individual, sin que el afectado sufra en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la empresa⁴⁶. En relación con este controvertido criterio, la doctrina mayoritaria ha dado otro paso más adelante frente al muy importante retroceso en las facultades de control judicial del despido, esta vez respecto de las extinciones individuales derivadas de un despido colectivo ex art. 51 ET, pues a los fines del contenido de la carta respecto a la concreción del afectado se equiparán los ceses individuales o plurales ex art. 52.c) con los individuales derivados de uno colectivo⁴⁷. Esta marcha atrás frente a cuanto regía con anterioridad⁴⁸, circunscribiendo la revisión de los órganos judiciales de la extinción en fraude de ley, abuso de derecho o móviles discriminatorios, merma la igualdad, seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva garantizadas por los arts. 9, 10 y 24 CE, con fundamento únicamente en motivos en lo esencial literales y formales, así como de dimensionamiento de la carta de despido.

4.3. Discriminación por razón de sexo y tutela de las mujeres embarazadas

La protección dispensada por el ordenamiento español a la trabajadora embarazada puede ser clasificada en tres grados. El primero, objetivo y automático, constituye una acción positiva afirmada sobre el embarazo, con independencia de su conocimiento por el empresario según los arts. 53.4 y 55.5 b) ET, modificados por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Será suficiente acreditar el embarazo, debiendo entonces probar el empresario una causa objetiva y razonable para la extinción. Segundo, la tutela consagrada en el art. 55.5 primer párrafo del ET y art. 14 CE requiere un acto discriminatorio por razón de sexo perpetrado por el empresario y opera durante toda la relación laboral, incluido el periodo de prueba, debiendo aportar la trabajadora indicios suficientes de que su despido debe su origen a la discriminación por su gravidez, mientras recae sobre la empresa la responsabilidad de probar la ausencia de discriminación en la medida adoptada y su proporcionalidad. Existe una tercera tutela asentada sobre la prevención de la salud y seguridad laborales en el Derecho comunitario, ni antidiscriminatoria ni objetiva, sino frente al despido considerado como un riesgo para su integridad física y/o psíquica⁴⁹.

⁴⁶ Entre muchas, SSTS 24 de febrero de 2016 (rec. 2507/2014); 30 de enero de 2017 (rec. 1878/2015); 21 de febrero de 2017 (rec. 2859/2015); 1 de marzo de 2017 (rec. 2860/2015); 12 de septiembre de 2017 (rec. 3683/2015); 28 de noviembre de 2017 (rec. 164/2016); 24 de enero de 2018 (rec. 413/2016); 8 de marzo de 2018 (rec. 360/2016); 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014); 4 de abril de 2018 (rec. 1354/2016); 18 de mayo de 2018 (rec. 2843/2016); o 13 de junio de 2018 (rec. 2200/2016).

⁴⁷ Voto Particular STS 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014).

⁴⁸ Su inicio tuvo lugar a través de la STS 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014).

⁴⁹ STSJ Cataluña 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015).

El Tribunal de Justicia constataba la anomalía en la trasposición de la prohibición de despido por embarazo en la legislación española⁵⁰, al considerar que, entre otras cuestiones, la falta de efecto directo horizontal de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, no hace sino atribuir a la trabajadora, si se dan los requisitos para ello, la ya denominada “acción Francovich”, por responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. A lo sumo es posible acudir a normas genéricas, como el art. 15 LPRL, el cual establece como principios básicos, entre otros, los de evitar los riesgos, evaluar cuantos no se puedan evitar y adaptar el trabajo a la persona.

En este marco preventivo, la doctrina judicial europea consideraba clara la irregularidad respecto al art. 10 de la Directiva, pues la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, aun cuando afirme trasponer la Directiva 92/85/CEE en su exposición de motivos (párrafo 5), limita su tenor a reformar los arts. 53.4 y 55.5 ET, los cuales contemplan la tutela antidiscriminatoria frente al despido de la mujer embarazada y la tutela objetiva frente al despido (ambas *ex post*), pero en ningún momento contempla la prohibición de despedir como riesgo para la salud de la embarazada (*ex ante*). El mismo problema persiste en el Real Decreto-ley 5/2023, destinado a trasponer, entre otras, la Directiva de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Si bien el ordenamiento jurídico contiene un mandato contrario a los actos discriminatorios —obvio en el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia lo es—, la inclusión de una prohibición explícita, salvo por causas ajenas a la gestación, proyectaría un mensaje respecto de los intereses perseguidos por la norma. Ahora bien, resulta discutible la ausencia de efecto directo de la Directiva, pues el art. 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (en relación con los arts. 21 y 23) podría abrir una vía para ello.

El despido como riesgo físico y psíquico para la maternidad exige una concreción práctica nada sencilla, de tener en cuenta la obligación empresarial de llevar a cabo una evaluación de riesgos inicial y sucesiva, debiendo encuadrar tal contingencia en el plan de prevención. Este riesgo requiere determinar si su carácter imputable o inimputable (objetivo) presenta alguna incidencia y, cuando efectivamente la tiene, previa valoración de su intensidad, si es procedente o improcedente. En la misma línea, resulta preciso establecer cómo se coordina la decisión de despedir con las medidas de protección escalonada frente a los riesgos y en qué medida compele a su cumplimiento⁵¹. Sería de todo punto deseable incluir en la ley una prioridad de permanencia de las mujeres embarazadas o, al menos, utilizar efectivamente los convenios colectivos y el acuerdo a resultados del periodo de consultas para otorgar una protección a todas luces necesaria.

El despido de las embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, resultando exigible la concreción de los criterios tenidos en cuenta para la determinación de las personas afectadas, no siendo suficiente una mera relación nominal⁵². Esta doctrina no contradice la tesis defendida sobre el contenido de la carta de despido y el hecho de que no ser necesario fijar los criterios de selección y baremación, pues han de ser probadas en el proceso de impugnación individual, girando el debate en torno a si son lo suficientemente precisos y si ha quedado debidamente acreditada la correcta aplicación de tales principios⁵³. En los supuestos de despido de una

⁵⁰ STJUE de 14 de septiembre de 2017 (C-103/16), asunto *Porras Guisado*, apartados 70, 73, 88, 96 y 105.

⁵¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso *Porras Guisado*”, 1 de junio de 2018, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>

trabajadora embarazada la finalidad de la normativa reguladora viene dado por proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de demostrar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental a la no discriminación⁵⁴.

En este momento existen dos cartas de derechos fundamentales vigentes y no necesariamente coincidentes, como son el Título I de la Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A estas dos procedería añadir la carta de derechos incorporada en el texto de algunos Estatutos de Autonomía (por ejemplo, en el título I del Estatuto de Autonomía de Castilla y León aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o en el título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). Cabría, por tanto, cuestionar si la nulidad del despido aparece reservada a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera del capítulo II de la Constitución o también comprende la vulneración de los derechos adicionalmente recogidos en la CDFUE, cuando esta sea aplicable.

Ese problema tendría relevancia si la protección frente al despido de la mujer por razón de embarazo, maternidad o lactancia formara parte, como establece el art. 33.2 CDFUE, de un derecho a la vida familiar vinculado exclusivamente al art. 39 CE. Pero este problema deviene irrelevante de tomar en consideración la vinculación de la Directiva 92/85/CEE con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, tal y como resulta en primer lugar del art. 2.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, pues el concepto de discriminación comprende, entre otros supuestos, el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad⁵⁵. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, a la hora de interpretar y aplicar el art. 14 CE, ha establecido con claridad meridiana que las diferencias de trato no justificadas por razón de embarazo, maternidad o lactancia son conductas discriminatorias por razón de sexo. Por consiguiente, constituye un derecho fundamental cuya vulneración lleva aparejada indudablemente la nulidad del despido.

El art. 10.2 de la Directiva 92/85/CEE, al obligar al empresario a exteriorizar las razones del despido, dispone una obligación instrumental destinada a garantizar la eficacia del derecho fundamental, pues si los criterios de selección aplicados no llegan a ser conocidos, de manera que finalmente se ignore si la concreción de la trabajadora protegida ha sido debida a tal situación, el empresario no habrá logrado superar la carga de la prueba, la cual no solamente derivaría de una situación indiciaria de vulneración con inversión del *onus probandi* en el sentido del art. 19 de la Directiva 2006/54/CE y del art. 96.1 LRJS, sino del criterio ordinario de distribución de su peso en virtud de la facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 de la LEC.

En este sentido, si la carta de despido no expresa de forma concreta y suficiente las razones por las que ha sido seleccionada la embarazada, pero en el acto del juicio se prueban los

⁵² STS 27 de julio de 2018 (rec. 2708/2016).

⁵³ STS 14 de enero de 2015 (rec. 104/2014).

⁵⁴ STS 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014). [55] “Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser –y de hecho lo es– en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo y como paradigmático ejemplo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto la protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón, como no puede serlo la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino”, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 7, 2004, pág. 12.

criterios aplicados, y su separación de la situación de embarazo, maternidad o lactancia o a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales, el despido será improcedente. En cambio, si la notificación extintiva no los expresa de forma concreta y suficiente y en la visa no muestra de manera convincente cuales han sido y su carácter ajeno a las situaciones protegidas ya reseñadas, el despido será nulo⁵⁶. Efectivamente, la carta debe contener los criterios objetivos sopesados en la elección; pero, es más, esta cuestión debería ser siempre exigible ante la eventualidad de cualquier motivo de discriminación, pues bajo la apariencia de una causa neutral pueden subyacer motivos atentatorios. La descripción de tales razones ha de ser extensible a todos los trabajadores o, mientras el Tribunal Supremo no modifique su doctrina, sería aconsejable su inclusión por el empresario.

4.4. Valoración de la edad como criterio de selección

Tradicionalmente, la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación ha constituido un criterio adecuado y proporcionado, siempre y cuando viniera acompañada de medidas efectivas para evitar o minimizar los daños derivados de la extinción de sus contratos de trabajo⁵⁷. La edad como factor encuadrado en la prohibición constitucional de discriminación únicamente puede fundar un tratamiento diferenciado de cumplir rigurosas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad. Las razones esgrimidas por las empresas para justificar el haber escogido la edad de 55 años o más son, de un lado, que, por estar más próximos a la edad de jubilación, su permanencia resulta más gravosa, pues cesarían más pronto en su actividad laboral, lo cual determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; de otro, el menor perjuicio de la medida para los propios trabajadores, dada la situación más próxima al retiro, lo cual determinaría la suscripción por la empleadora del convenio correspondiente con la Seguridad Social cuando fuera preceptivo legalmente.

La primera razón carece de envergadura suficiente para justificar la diferencia de trato, mientras la segunda sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección. La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo y el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad únicamente puede ser legítimo si se ve compensado de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines perseguidos por la medida adoptada.

No obstante, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para alcanzar esta solución presentan aspectos discutibles. El criterio resulta ajustado a partir de un elemento puramente finalista (los costes personales serían mayores de no adoptar la medida), y no por particularidades objetivas capaces de justificar el trato diferenciado. La doctrina “eficientista” sostiene un sistema donde el beneficio de los ganadores ha de ser suficiente para compensar, hipotéticamente, el perjuicio de los perdedores. Esta dimensión de costes supone admitir la prevalencia de los empleados de menor de edad, a pesar del perjuicio para los mayores. Es más, la perspectiva adoptada se refiere a aspectos colaterales a la dimensión dogmática de las categorías conceptuales controvertidas, e incluso ignora otros gravámenes para los afectados, su familia y la sociedad en su conjunto (no solo de la Seguridad Social). En consecuencia, existe un riesgo elevado de que la decisión, lejos de responder a un criterio de proporcionalidad/eficiencia, o de afectación menor en términos de coste, acabe siendo

⁵⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de mayo de 2018 (rec. 713/2018).

⁵⁷ STC 66/2015, de 13 de abril.

absolutamente desaconsejable, por devenir claramente desproporcionada y resultar más costosa que su alternativa⁵⁸. La evidente complejidad de la cuantificación del valor de las magnitudes concurrentes no obsta a tratar de integrar el mayor número de intereses más allá de su valor estrictamente monetario, al objeto de alcanzar un punto de equilibrio socialmente deseable.

A pesar de los problemas suscitados, recientemente el Tribunal Supremo ha establecido en una sentencia que no constituye discriminación por razón de edad el acuerdo sobre despido colectivo alcanzado en sede judicial entre una empresa privada y los representantes de los trabajadores cuando pactaron una menor indemnización para los afectados de edad igual o superior a 60 años, teniendo en cuenta que, con independencia de su edad, las indemnizaciones acordadas para todos mejoraban el mínimo legal aplicable⁵⁹. La Sala de lo Social acoge como razonable y proporcionada la menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta su proximidad al acceso a la pensión de jubilación, situándose a sus puertas con la percepción de prestaciones de desempleo y la posibilidad de concertar el convenio especial *ex art. 51.9 ET*.

Las indemnizaciones estipuladas para todos los trabajadores, con independencia de su edad, mejoraban el mínimo legal aplicable y contemplaban, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes percibían un menor salario. Asimismo, el pacto alcanzado fue fruto de la negociación colectiva y adoptado por quienes se encontraban legitimados para ello, habida cuenta de la autonomía individual en el marco de una empresa privada, sin tacha alguna de ilegalidad desde esa perspectiva puramente formal. En opinión de los magistrados, a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de Seguridad Social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión. Nuevamente, el sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad resulta objetivamente justificado si el acuerdo para distribuir los costes de la cuantía total de la suma indemnizatoria alcanzada con la empresa favorece en mayor medida al colectivo más alejado del momento de la jubilación.

Pues bien, además de la ya discutida dimensión de costes, la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social no valida la diferencia de trato entre trabajadores mayores y menores de 60 años. La obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación del convenio en caso de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal beneficia a los afectados con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. Las cotizaciones hasta los 63 años del trabajador, o los 61 años en caso de despido colectivo por causas económicas, serán a cargo de la empresa; mientras que, una vez cumplidos los 61 o 63 años, las aportaciones continuarán en exclusiva a expensas del empleado hasta la edad de jubilación ordinaria o anticipada.

De esta manera, al fijar en 60 años de edad el límite entre quienes se benefician de una mayor o menor indemnización adicional, el tiempo de suscripción del convenio especial sería muy reducido. Ciertamente, el importe de la indemnización calculada en función de los meses restantes a cada uno de los trabajadores mayores de 60 años desde la fecha de cese de la prestación laboral hasta la edad ordinaria de jubilación, parece cumplir con las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, pues proporciona a los afectados los recursos

⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La ‘edad’ es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, 12 de junio de 2015, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>

⁵⁹ STS 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021).

económicos necesarios para sufragar el coste del convenio, sin quedar expuestos a los avatares de la jubilación anticipada por causas no inherentes a la persona del trabajador, que requiere un periodo de carencia mínima de 33 años y conlleva el recorte de la pensión por cada mes de anticipo⁶⁰.

4.5. Adhesión voluntaria a la extinción indemnizada por despido colectivo

La aceptación o denegación de las bajas voluntarias compete exclusivamente a la empresa, quien debe, eso sí, motivar las causas de denegación en las correspondientes comunicaciones individuales⁶¹. Del mismo modo, la adhesión voluntaria a un plan de prejubilación en el seno de un procedimiento de despido colectivo no impedirá el acceso a la prestación de desempleo⁶². En relación a estas cuestiones, cabrá recordar que el cese figura dentro de las extinciones autorizadas en el expediente de regulación de empleo, con independencia de que hubiera un acuerdo sobre prejubilaciones. Los puestos de trabajo no se extinguen por la libre voluntad de los empleados de poner fin al contrato; por el contrario, la relación concluye por una causa económica, técnica, organizativa o productiva ajena a la persona del trabajador, de suficiente entidad como para determinar el recurso al despido colectivo.

Aun cuando la opción por la prejubilación haya sido voluntaria, eso no significa que el cese lo sea. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa; por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador; o, en la última alternativa, por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que accede así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador. Esta conclusión es obvia en los primeros supuestos, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese, pero tampoco media voluntariedad en el tercer supuesto, en tanto la extinción sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador, y únicamente la concreción de esa causa sobre uno de los afectados ha lugar teniendo en cuenta su voluntad⁶³. Puede haber aquiescencia en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa determinante de la finalización del contrato; no en vano, si el afectado no acepta la prejubilación pasaría a engrosar el número de extinciones. Por ello, no cabe confundir esta cuestión, inserta en un proceso de despido colectivo, con los pactos de prejubilación por mutuo acuerdo.

4.6. Personas trabajadoras con discapacidad

A la hora de realizar despidos colectivos, el empresario ha de tener en cuenta ciertas peculiaridades respecto de colectivos específicos como son las personas con discapacidad. En

⁶⁰ GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2023, pág. 7.

⁶¹ STS 8 de julio de 2015 (rec. 223/2014).

⁶² STSJ Andalucía/Sevilla 27 de febrero de 2019 (rec. 4223/2017).

⁶³ STS 24 de octubre de 2006 (rec. 4453/2004).

virtud del apartado 1 del art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que, de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, con independencia del número de centros de trabajo y de la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderán incluidos en dicho cómputo quienes, con discapacidad, estén en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. La modificación en 2023 de los arts. 4.1, 4.2, 35.1 y 38.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, así como la reforma del art. 49 CE en 2024, dan una nueva definición al concepto de personas con discapacidad y a sus garantías en el derecho al trabajo.

5. Adaptación a los estándares en Europa del Este

La desaparición del modelo soviético en las repúblicas bálticas y los países de Europa del Este no ha comportado una sustitución suficiente de la normativa anterior, provocando la falta de adecuación de las economías de transición a los estándares europeos. Las constantes oscilaciones soportadas por las instituciones del Derecho Laboral en los ordenamientos de referencia son buena muestra de la ausencia histórica de diálogo social unida a las sucesivas crisis y la fluctuación en materia legal y económica según la orientación política del partido en el poder⁶⁴. En efecto, el dialogo social constituye el resultado de su reciente incorporación a la Unión Europea, lastrando de quiebras estructurales el instituto del despido colectivo, dada la rápida metamorfosis orientada a cumplir las exigencias de integración.

De conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo búlgaro, en el marco de los despidos colectivos el empresario solo podrá despedir con el consentimiento previo de la Inspección del Trabajo a las trabajadoras madres de niños menores de tres años; empleados reasignados por motivos de salud, donde se emita el dictamen de una comisión de peritos médicos; quienes padezcan determinadas enfermedades enumeradas en un reglamento del Ministerio de Salud, siendo necesaria la certificación de una comisión de expertos en salud; cuantos hayan iniciado un periodo de licencia autorizada; los elegidos como representantes de los trabajadores para información y consulta y miembros de comités de salud y seguridad/condiciones de trabajo; o, en último extremo, los integrantes de los comités de empresa europeos⁶⁵.

En caso de cierre parcial de una empresa, así como de recortes de personal o reducción del volumen de trabajo, el empresario está facultado, en interés de la producción o del negocio, a despedir a trabajadores cuyos puestos, en principio, no hubieran quedado afectados, con el fin de retener a aquellos de mayor calificación y mejor desempeño. Sin embargo, puede despedir a un empleado, miembro de la dirección sindical de la empresa (órgano sindical territorial, industrial o nacional) durante el periodo de ejercicio del cargo sindical y no antes de los seis meses posteriores, solo con acuerdo previo de la dirección central del sindicato. Al planificar tales cambios estructurales, el empresario debe hacer un esfuerzo por llegar a un acuerdo con

⁶⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva", cit., pág. 22.

⁶⁵ Art. 333 Кодекс на труда (Código de Trabajo); art. 30 Закон за здравословни и безопасни условия на труд (Ley de Seguridad y Salud en las Condiciones de Trabajo).

los representantes de los trabajadores sobre las consecuencias de los posibles despidos colectivos.

En Croacia, el empleador, el comité de empresa y el Servicio Público de Empleo tienen en cuenta la edad, el sexo, el nivel de educación, las especificaciones del puesto, el periodo de terminación, la duración del contrato de trabajo, la situación de discapacidad, el número de miembros de la familia a quienes mantienen, el importe de la indemnización por despido requerida, así como medidas alternativas de empleo y formación adicional para otro puesto dentro de la empresa⁶⁶.

Antes de dar aviso a los empleados individuales, el despido colectivo en la República Checa será comunicado por escrito por el empleador a la organización sindical o el comité de empresa en el tiempo, como muy tarde, de 30 días de antelación. También proporcionará la información relativa a los criterios propuestos para seleccionar a los empleados a ser despedidos. El propósito de las consultas con la organización sindical o el comité de empresa es llegar a un acuerdo, en particular con respecto a las medidas encaminadas a la prevención o reducción de los despidos colectivos, la mitigación de sus consecuencias adversas para los empleados y, sobre todo, la posibilidad de su colocación en lugares de trabajo alternativos y adecuados.

En paralelo, el empresario informará por escrito a la oficina de trabajo competente de las medidas previstas, en particular las razones, el número total de empleados y quienes se verán afectados y sus categorías profesionales, el periodo en el cual tendrán lugar los despidos colectivos, los criterios de selección y, además, el inicio de las consultas⁶⁷. Una copia de la información escrita será entregada a la organización sindical o al comité de empresa. Finalmente, entregará a la oficina de trabajo el informe por escrito sobre la decisión relativa a los despidos y los resultados de las consultas con la organización sindical o el comité de empresa, indicando el número total de afectados y sus cargos. La organización sindical o el comité de empresa tienen derecho a expresar su opinión independiente sobre el informe escrito del empleador y a presentarla en la oficina laboral.

Eslovaquia, siguiendo la línea de la República Checa, desaprovecha la oportunidad de concretar en su normativa la cuestión relativa a los criterios de selección, más allá de una escueta traslación del deber de información. Ahora bien, el seguimiento de los trabajadores afectados por la reestructuración presenta matices de interés, por cuanto presta especial atención a los trabajos peligrosos. Con carácter general, los empresarios están obligados a comprobar la capacidad de sus empleados para realizar el trabajo asignado y evaluar los riesgos para la salud vinculados con el desempeño de las tareas de un puesto dado. Después de la terminación de la relación laboral, quienes prestaron servicios con altos niveles de riesgo pueden solicitar al empresario controles de salud preventivos en relación con el trabajo anteriormente efectuado⁶⁸. Este servicio es opcional y el afectado decide si se somete al control o no; no obstante, si lo requieren será obligatoria su prestación.

Los trabajos con altos niveles de riesgo se localizan en ubicaciones donde los empleados deben estar protegidos de los efectos nocivos para la salud derivados de las condiciones de trabajo (por ejemplo, radiación, calor o vibraciones), mediante medidas organizativas, medios técnicos o medios de protección personal. Durante la situación de crisis declarada por la

⁶⁶ Arts. 127 y 128 Zakon o radu 93/2014, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23 (Ley del Trabajo 93/2014, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23).

⁶⁷ Arts. 62-64 Zákonník práce, zákon č. 262/2006 Sb (Código del Trabajo).

⁶⁸ Art. 30 Zákon č. 355/2007 o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia ao zmene a doplnení niektorých zákonov (Ley N. 355/2007 sobre protección, apoyo y desarrollo de la salud pública y sobre modificaciones y complementos de algunas leyes).

pandemia de COVID-19, los empresarios estaban exentos de prestar estos servicios de salud, pero a partir del 15 de septiembre de 2023 el Gobierno eslovaco concedió 90 días para volver a aplicar la garantía.

Con carácter complementario, el 64 del Código Laboral prohíbe expresamente preavisar a los afectados, salvo determinadas excepciones, durante un “periodo de protección”, a saber, en el momento en el cual un trabajador sea declarado en situación de incapacidad laboral transitoria por enfermedad o accidente, excepto cuando sea deliberadamente inducida o provocada bajo los efectos del alcohol, sustancias estupefacientes o psicotrópicas; en caso de reclutamiento del trabajador para realizar servicios extraordinarios en tiempo de crisis; a lo largo de todo el periodo de embarazo, permiso de maternidad, permiso parental o en caso de que un empleado se ocupe de un niño menor de tres años; durante la excedencia concedida para el desempeño de un cargo público; o en el momento en el cual el afectado sea declarado temporalmente incapaz de realizar un trabajo nocturno. No obstante, esta prohibición de preaviso no se aplica a los casos de despido en caso de cese de actividades⁶⁹.

Según dispone la legislación eslovena, el empresario elaborará una propuesta de selección en el supuesto de despidos colectivos e, incluso, de acuerdo con la asociación empresarial utilizará sus propios criterios en lugar de aquellos establecidos en el convenio colectivo, prestando especial atención a varios factores: la educación profesional y/o la cualificación para el trabajo del empleado y los conocimientos y habilidades adicionales necesarios, su experiencia laboral, el desempeño laboral, los años de servicio, el estado de salud, la condición social y, en último extremo, si el trabajador es padre de tres o más hijos menores o el único sostén de una familia con hijos menores⁷⁰. Al determinar los trabajadores, bajo el mismo patrón se dará prioridad a aquellos con peor condición social para conservar su empleo. La ausencia temporal del trabajo por enfermedad o lesión, por cuidado de un familiar o de una persona con discapacidad grave, o por permiso parental o por embarazo, no podrá ser una pauta apta para la selección de los trabajadores.

Los miembros del comité de empresa, representantes sindicales, miembros de la junta directiva y otros funcionarios similares en servicio no pueden ser despedidos hasta un año después de la terminación de sus funciones sin el consentimiento del sindicato. Los trabajadores de mayor edad con 58 años cumplidos, o aquellos a los que solo les queden hasta cinco años para cumplir las condiciones de acceso a la pensión no podrán perder el puesto de trabajo sin su consentimiento. Sin embargo, resultan aplicables algunas exenciones cuando tengan garantizado el derecho a prestaciones de desempleo hasta reunir los requisitos para la jubilación, se les haya ofrecido un nuevo empleo adecuado, si fueron empleados cuando ya tenían las condiciones de protección contra la rescisión en el momento de celebrar el contrato de trabajo o, como postrer supuesto de separación del régimen común, en el caso de disolución forzosa de la empresa.

Misma protección tuitiva frente al despido merece una trabajadora embarazada o una madre lactante hasta un año de edad del niño y los padres beneficiarios de una licencia parental ininterrumpida en forma de ausencia total del trabajo y hasta un mes después del final de dicho permiso. Si el empresario no tiene conocimiento del embarazo en el momento de dar el aviso, se aplica una protección legal especial contra el despido si la empleada inmediatamente, o –en el caso de obstáculos no causados por su culpa– después de la terminación (pero no después del vencimiento), informa y acredita dicha contingencia mediante la presentación de un certificado médico. Las personas discapacitadas ya no disfrutan de una protección absoluta

⁶⁹ Art. 64 Zákonník práce (Código Laboral).

⁷⁰ Arts. 102 y 112-117 Zakon o delovnih razmerjih (Ley de Relaciones Laborales).

contra el despido, pues el empleador puede rescindir su contrato de trabajo con el acuerdo de la comisión del Instituto del Seguro de Pensiones e Invalidez si no tiene un trabajo adecuado para esa persona en particular.

En Estonia, el empresario ha de tener en cuenta el principio de igualdad de trato y respetar el derecho a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores y los empleados con un hijo menor de tres años. Como es sabido, antes de proceder a la extinción colectiva, solicitará la opinión de los representantes, teniendo en cuenta sus valoraciones cuando estas sean razonables y justificando a los criterios sugeridos.

Si bien está protegido el trabajo de una mujer embarazada o con derecho a licencia por maternidad, de un padre con licencia de paternidad o de una persona con permiso por cuidado de hijos o adopción, nada obsta al despido en supuestos de cese de las actividades o declaración de quiebra. En ningún caso puede quedar afectada una mujer embarazada o con permiso por maternidad debido a una disminución en la capacidad de trabajo. La protección se aplica únicamente si la persona interesada ha notificado su embarazo u ostenta derecho a un permiso de maternidad o de paternidad por nacimiento, adopción o acogida, antes de recibir el preaviso o dentro de los 14 días naturales siguientes⁷¹. A petición del interesado, la trabajadora deberá presentar un certificado acreditativo del embarazo expedido por un médico o sentencia judicial que apruebe la adopción o la resolución de acogida.

En caso de despidos colectivos, los seleccionados para continuar en el empleo son elegidos entre aquellos con mejores resultados de desempeño y mayores calificaciones, en virtud de la muy interesante norma de Letonia. Si los resultados de desempeño y las calificaciones no difieren sustancialmente, la ley también detalla los criterios de selección posterior, en atención a⁷²: antigüedad en la entidad; haber sufrido un accidente o enfermedad profesional mientras trabajaba; estar criando a un niño hasta los 14 años o a un niño con discapacidad hasta los 18 años; como padres, encontrarse al cuidado de una persona adulta con discapacidad que necesita cuidados especiales; tener dos o más dependientes a su cargo; mantener a familiares sin ingresos regulares; ser personas discapacitadas o padecer enfermedades por radiación; haber participado en la rectificación de las consecuencias del accidente de la central atómica de Chernóbil; quedarle menos de cinco años para alcanzar la edad de jubilación; sin cesar en su trabajo, estar adquiriendo una calificación profesional en una institución educativa; haberle sido concedido el estatus de persona políticamente reprimida (estatus especial otorgado a las personas que sufrieron los regímenes totalitarios comunistas y nazis y la represión política de estos contra ciudadanos y residentes letones por sus creencias políticas o actividad política). Ninguna de estas las previsiones tiene prioridad respecto de las demás.

Al acometer un redimensionamiento de la plantilla, no cabe seleccionar a una trabajadora embarazada, dentro del primer año después del parto o en periodo de lactancia (no superior a dos años de la edad del niño). Queda prohibido notificar el despido a un representante sindical sin el consentimiento previo del sindicato correspondiente, excepto si el afectado estaba bajo la influencia de alcohol, narcóticos o sustancias tóxicas al realizar el trabajo, cuando quien anteriormente desempeñaba el trabajo correspondiente hubiera sido reintegrado al trabajo, si el empleador —persona jurídica o sociedad— se encuentra en liquidación, y durante el periodo de prueba. El sindicato está obligado a informar al empresario de su decisión a tiempo, pero a más tardar dentro de los siete días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, pues de no hacerlo se considera que está de acuerdo con la notificación.

⁷¹ Arts. 89, 90, 93-94 Töölepingu seadus (Ley de Contrato de Trabajo).

⁷² Arts. 47, 108-110 Darba likums (Derecho Laboral).

En Lituania, la selección y propuesta de despidos las lleva a cabo una comisión formada por el empleador y al menos un miembro del comité de empresa. Al establecer los criterios de selección, deberá dar prioridad para la conservación del puesto de trabajo, respecto de todos los demás miembros de la plantilla con la misma especialización, a los siguientes colectivos de personas⁷³: con lesiones o enfermedades profesionales; con más de tres hijos menores de 14 años, hijos menores de 14 años en situaciones de monoparentalidad, un hijo discapacitado menor de 18 años o con responsabilidades de cuidado de otros miembros de la familia que tengan reconocida menos del 55% de capacidad de trabajo o de parientes que perciben una pensión de jubilación y se les reconoce un nivel alto o medio de necesidades especiales; con al menos 10 años de servicio continuo en el mismo lugar de trabajo (excepto quienes han alcanzado la edad de jubilación y tengan derecho a una pensión completa mientras trabajan para el empleador); cuando no falten más de tres años para alcanzar la edad legal para recibir la pensión de jubilación; con un derecho establecido en el convenio colectivo; finalmente, a aquellos con responsabilidades de representación de los trabajadores en los órganos de dirección. Este derecho de prioridad resulta aplicable a los empleados cuyas calificaciones no sean inferiores a las de otros con idéntica preparación.

A falta de reglas concretas de prioridad de permanencia en los despidos colectivos distintas al deber de información a los representantes de los trabajadores, el art. 8 de la Ley de Igualdad de Oportunidades en Hungría considera discriminación directa toda disposición en virtud de la cual una persona o un grupo reciba o pueda recibir un trato menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo, origen racial, color, nacionalidad, origen nacional o de minoría étnica, lengua materna, discapacidad, estado de salud, convicciones religiosas o ideológicas, opinión política o de otro tipo, situación familiar, embarazo, maternidad o paternidad, orientación sexual, identidad sexual, edad, origen social, situación económica, el carácter a tiempo parcial o la duración determinada de la relación laboral, el cumplimiento del servicio militar, la pertenencia a una organización representativa de los intereses de los trabajadores y cualquier otra condición, rasgo característico o atributo⁷⁴.

A su vez, el Código de Trabajo prohíbe, en principio, el despido de grupos específicos de trabajadoras (durante el embarazo, baja por maternidad o paternidad, servicio militar de reserva, los seis primeros meses de tratamiento relacionado con el procedimiento de reproducción humana), y no excluye completamente, pero restringe la oportunidad del empresario de afectar a otros colectivos, limitando los motivos válidos o exigiendo ofrecer otro puesto de trabajo adecuado antes del despido, si es posible, por ejemplo, en el caso de trabajadores con responsabilidades familiares, discapacidad o edad avanzada⁷⁵; ampliando el periodo de preaviso, en caso de empleados enfermos o trabajadores que cuidan de hijos enfermos/discapacitados u otros familiares; o requiriendo el consentimiento del órgano jerárquicamente superior la validez del despido de determinados representantes.

El ordenamiento polaco omite cualquier referencia a los criterios de selección a ponderar en el despido. De forma escueta, la extinción del contrato de trabajo de una empleada durante su embarazo o permiso por maternidad solo es posible en caso de declaración de quiebra o liquidación de la empresa⁷⁶. Garantía aplicable a los empleados que críen a un hijo, tengan a

⁷³ Art. 57 Darbo kodeksas Nr. XII-2603 (Código de Trabajo).

⁷⁴ Art. 8 2003. évi CXXV. törvény az egyenlo bánásmódról és az esélyegyenlőség elmozdításáról (Ley de 22 de diciembre de 2003, sobre igualdad de trato y promoción de la igualdad de oportunidades).

⁷⁵ Secciones 63 (3), 66 (4-7), 68 (2), 72, 260 (3) 2012. évi I. törvény a Munka Törvénykönyvéről (Código de Trabajo).

cargo a otro miembro de la familia inmediata o estén como máximo a cuatro años de alcanzar la jubilación.

En caso de despido colectivo, existen criterios de selección de los trabajadores tanto en los convenios colectivos como en la legislación rumana. El criterio previsto por la norma es el desempeño profesional, mientras los convenios colectivos tienden a establecer una serie de consideraciones sociales. Sin embargo, según el art. 69.3 del Código del Trabajo, estos criterios entran en juego solo después de haber evaluado el rendimiento, debiendo determinar expresamente el orden de preferencia en la decisión extintiva⁷⁷. La exigencia no debe limitarse simplemente a indicar el número de criterios, sino también el motivo por el cual eligió al empleado en cuestión para ser despedido. La razón concreta solo podrá tenerse en cuenta cuando los objetivos de desempeño estuvieran regulados previamente en el contenido del contrato individual de trabajo, en el reglamento interno, en la descripción del puesto o en un anexo del contrato y puesto en conocimiento del empleado. La evaluación profesional de cada trabajador representa un proceso complejo que implica fijar los criterios valorables, informarle sobre ese extremo, así como respecto a los resultados de la actividad profesional tras un periodo de tiempo determinado y finalmente, sopesar las actuaciones profesionales⁷⁸.

Los convenios colectivos son fruto de la negociación con el sindicato representativo o, si no existe, con los representantes elegidos directamente por los trabajadores. En atención a los criterios de impronta social más habituales, si la medida pudiera afectar a dos cónyuges trabajadores en la misma empresa, el de menores ingresos será despedido. Este orden de preferencia no puede perjudicar a una persona cuyo puesto no habría sido objeto del despido. Asimismo, la medida debería dirigirse, en primer lugar, a aquellas personas sin hijos a su cargo; en otras palabras, el despido únicamente afectará como última opción a las mujeres con hijos a su cargo, a los viudos/as, a los hombres divorciados con hijos a cargo, a quienes son el único sustento de su familia, así como a aquellos empleados –tanto hombres como mujeres–, que todavía tienen tres años más de trabajo, como máximo, antes de jubilarse.

El uso de criterios de selección no es necesario si el departamento es disuelto por completo, tal y como vienen sentando los tribunales laborales. La calificación del despido será procedente incluso si no se ha seguido ningún procedimiento de selección o los afectados no han sido sometidos a una evaluación de desempeño, pues en este caso el empleador no puede mantener a ningún integrante de la plantilla⁷⁹. El legislador reguló la aplicación de los criterios para establecer el orden de prelación del despido con el fin de evitar eventuales abusos del empleador. La posibilidad de suprimir un departamento o una estructura distinta dentro de la unidad empleadora es una medida de gestión que no puede ser censurada por el órgano judicial, debiendo verificar únicamente los motivos de ilegalidad de la decisión de despido en relación con las exigencias de las disposiciones del art. 65 del Código del Trabajo.

Por su parte, el art. 60 prohíbe el despido de empleados durante el ejercicio de un cargo elegible en un organismo sindical. Esta disposición ha de ser puesta en relación con el art. 220, según el cual, y durante todo el mandato, los representantes electos en los órganos directivos de los sindicatos no pueden ser despedidos por motivos relacionados con el cumplimiento de

⁷⁶ Arts. 177, 39 y 41 Ustawa z dnia 13.03.2003 r. oo szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników - 'ustawa o zwolnieniach grupowych' (Ley de Despidos Colectivos).

⁷⁷ Arts. 69 y 76 Codul muncii, Legea nr. 53/2003, republicată în Monitorul Oficial nr. 345 din 18 mai 2011 (Código del Trabajo, Ley núm. 53/2003, publicado en el Boletín Oficial de Rumania núm. 345 de 18 de mayo de 2011).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Apelación de Ploiesti, 4 de diciembre de 2012, Decisión núm. 4064.

⁷⁹ Sentencia Tribunal de Apelación de Timișoara, 25 de abril de 2012, Decisión núm. 1194.

sus funciones (art. 10 de la Ley 62/2011). Precepto en virtud del cual queda prohibida la modificación y/o terminación de los contratos individuales de trabajo de los afiliados a organizaciones sindicales por motivos relacionados con la actividad sindical. De la interpretación de los preceptos mencionadas se desprende la procedencia del despido por causas ajenas a la persona del trabajador.

6. Neoliberalismo del modelo anglosajón

Los rasgos centrales del grupo integrado por Irlanda, Malta y Chipre vienen dados por un sistema de relaciones voluntarias entre los actores sociales tendente a la individualización en el contexto de mercados abiertos. Con respecto a la democracia industrial, los pactos entre organizaciones presentan elementos marginales de gobernanza corporativa, habida cuenta del predominio de altos niveles de discreción empresarial. La ruptura de la negociación colectiva sectorial, en los años 80 en Reino Unido y en el año 2009 en Irlanda, derivó en una notable caída de la cobertura de los convenios ligada a la aparición de gobiernos neoliberales. La participación de los trabajadores constituye una realidad diferenciada por empresas, donde el alcance de los convenios está ciertamente limitado. Normalmente, las normas paccionadas son respetadas por las empresas, aun cuando no estén obligadas por ley a ello, en tanto la tradición anglosajona aboga por cumplir los “acuerdo de caballeros” con fundamento en una ética de lealtad. Es decir, la existencia de la negociación colectiva depende de la voluntad de los interlocutores sociales y de la fuerza de la tradición, pero no de la norma; en cambio, los contratos firmados con cada trabajador sí tienen validez jurídica en todo caso.

En Irlanda, la selección de empleados en el despido colectivo debe cumplir con criterios de equidad, sin incurrir en discriminación alguna por los motivos definidos legalmente (género, estado civil, situación familiar, orientación sexual, religión, edad, discapacidad, raza, ser miembro de una comunidad itinerante o actividad sindical). No existe ninguna protección especial para determinados colectivos frente a la extinción, siendo la práctica habitual optar, en primer lugar, por la adhesión voluntaria⁸⁰. La regla de “último en entrar, primero en salir” también es común en los convenios colectivos, a salvo de la posibilidad de conservar a trabajadores con habilidades clave. Ante el incumplimiento de un procedimiento de selección acordado en el lugar de trabajo, el afectado podrá presentar reclamación por despido improcedente ante un funcionario de la Comisión de Relaciones Laborales, y más tarde apelar ante el Tribunal laboral.

La Ley de Despidos Colectivos en Chipre obliga al empresario a consultar oportunamente a los representantes con vistas a llegar a un acuerdo en supuestos de despidos colectivos. Sin entrar en mayor detalle, la norma establece el consabido deber de comunicar por escrito los criterios a utilizar para la selección de los afectados⁸¹. La Ley de Protección de la Maternidad proscribe el preaviso a las empleadas después del anuncio de embarazo y hasta 3 meses después de la finalización del permiso por maternidad y a las mujeres con licencia de adopción; a excepción del cese de actividades de la empresa⁸².

En términos similares, el empleador debe informar por escrito a los representantes sobre los criterios propuestos para la selección en el marco de un despido colectivo en Malta. La

⁸⁰ Sección 6 Unfair Dismissals Acts (Leyes de despidos improcedentes de 1977 a 2007, última modificación en 2019); sección 6 Employment Equality Acts (Leyes de igualdad en el empleo de 1998 a 2015).

⁸¹ Arts. 5, 6 y 8 N. 28 I/2001 - Ο περί Ομαδικών Απολύσεων Νόμος του 2001 (Ley de Despidos Colectivos, 2001).

⁸² Art. 4 Ο περί Προστασίας της Μητρότητας Νόμος (Ley de Protección de la Maternidad).

última persona contratada en la categoría de los afectados debe ser despedida en primer lugar. Cuando se trate de empresas que no tienen la forma de una sociedad de responsabilidad limitada ni una entidad estatutaria, y el trabajador a despedir tenga parentesco con el empleador hasta el tercer grado de consanguinidad, podrá seleccionar a otro empleado⁸³.

II. Hacia una protección armonizadora por criterios sociales a nivel europeo frente a los despidos colectivos

Los ordenamientos analizados parten de la libertad de empresa, derivada del ámbito de las facultades organizativas propias del empleador, a la hora de realizar la selección de los afectados por la extinción colectiva. En efecto, el poder de dirección del empresario alcanza una doble dimensión: de un lado, general, como poder de organizar laboralmente la empresa; de otro, singular, como facultad de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales⁸⁴. Ahora bien, la discreción dista de ser absoluta, pues queda limitada por los requisitos formales previstos en el procedimiento de despido colectivo, los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores, los criterios prioridad de permanencia y la interpretación jurisprudencial de los criterios a fin de evitar una selección arbitraria o infundada. La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado⁸⁵.

Diversas normas regulan la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, tanto en los Estados miembros individualmente considerados como a nivel supranacional. La discriminación tiene lugar cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras debido a características ajenas a las competencias o las calificaciones exigidas para el empleo. La Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo exhorta a todos los Estados a promover y hacer realidad dentro de sus territorios el derecho a estar libre de prácticas de empleo discriminatorias. En la misma se identifican el Convenio núm. 111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación) y el Convenio núm. 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración.

El término discriminación comprende toda distinción, exclusión o preferencia fundamentada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; así como cualquier otra especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Motivos adicionales señalados por instrumentos de la OIT son el VIH/SIDA, la edad, la discapacidad, las responsabilidades familiares, la orientación sexual y la afiliación o las actividades sindicales. Las medidas de tutela previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias. Asimismo, y

⁸³ Art. 36.4 Cap. 452 - Att dwar l-Impjegi u r-Relazzjonijiet Industrijali, 2002 (Ley de Empleo y Relaciones Industriales); Completo Legislazzjoni Sussidjarja 452.80 - Regolamenti dwar Sensji Kollektivni Harsien ta' l-Impjegi Avviz Legali 428 tal-2002 kif emendat bl- Avvizi Legali 427 u 442 tal-2004, u 281 ta' 2017 (Legislación Subsidiaria 452.80 - Reglamento de Despidos Colectivos - Protección del Empleo, Aviso Legal 428 de 2002 modificado por los Avisos Legales 427 y 442 de 2004, y 281 de 2017).

⁸⁴ MONTROYA MELGAR, A.: "El poder de dirección del empresario", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, págs. 576-578.

⁸⁵ STC 127/1994, de 5 de mayo.

después de la consulta mencionada, cabe definir como no discriminatorias las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. En fin, la no discriminación es un derecho humano fundamental a tener en cuenta, especialmente, en la terminación de la relación laboral.

1. Protección de las trabajadoras embarazadas

La selección de las trabajadoras embarazadas en el procedimiento de despido colectivo ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia⁸⁶ a partir de la confluencia de normativas de ámbitos materiales diferentes desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Así, la Directiva 98/59 cuyo asiento jurídico se encuentra hoy en el art. 153 del TFUE que permite al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar, mediante Directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente en todos los Estados de la Unión entre otras, en la materia de la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral. Cuando en la legislación nacional compete al empresario seleccionar a los trabajadores despididos, deberá hacer expresa manifestación de los criterios tenidos en cuenta para llevar a cabo tal selección. Si existe un colectivo de trabajadores del cual se van a despedir solamente a algunos de ellos, siempre se va a aplicar algún patrón para la elección, incluso cuando esa pauta pudiera ser totalmente aleatoria. Quien hace la selección de los despididos (el empresario, a través de su estructura directiva) utilizará para ello uno o varios criterios, sean estos cuáles sean.

A efectos del art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Por su parte, el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54/CE, incluye en el concepto de discriminación el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad.

Procede dilucidar el significado de las disposiciones de la Directiva 92/85/CEE y, en particular, si una mujer embarazada que no informó al empresario de su estado antes del despido puede beneficiarse de la protección conferida por el art. 10 de la norma. Dicho precepto prohíbe el despido de trabajadoras embarazadas según una definición desdoblada en dos elementos: en primer lugar, la interesada debe estar embarazada y, segundo, debe haber informado de su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. El legislador europeo quiso dotar al concepto de “trabajadora embarazada” de un alcance autónomo propio en Derecho de la Unión, aun cuando en lo relativo a uno de los aspectos de dicha definición —a saber, las modalidades de comunicación del estado de gravidez al empresario— se remitiera a lo dispuesto por los Estados miembros.

Mientras otras disposiciones de la Directiva de maternidad (arts. 5, 6 y 7) ofrecen protección de forma continuada cuando la empleada está en el puesto de trabajo, el art. 10 presenta la singularidad de contener una prohibición inequívoca de despido durante el periodo comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. La única excepción a dicha prohibición es la referida a los casos excepcionales no inherentes a su estado. Ahora bien, al comienzo del embarazo, la propia afectada no sabrá tal condición y una vez

⁸⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2017 (C-103/16), asunto *Porras Guisado*, apartados 70, 73, 88, 96 y 105.

conocida, transcurrirá necesariamente un cierto lapso de tiempo hasta que informe al empresario del hecho. Aun así, la prohibición indica expresamente su operatividad desde el comienzo del embarazo, esto es, un momento en el cual posiblemente no pueda satisfacer el requisito de informar de su estado al empresario. El Tribunal de Justicia, tras poner sobre el tapete las opciones posibles para solucionar el conflicto, decanta la balanza a favor de la embarazada al conceder la protección aun cuando no hayan informado de su estado al empresario. Precisamente en consideración al riesgo para el estado físico y psíquico derivado de un posible despido, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a quien está encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador de la Unión ha previsto una protección particular para la mujer. La doctrina judicial ha reconocido durante décadas a las mujeres embarazadas como un grupo vulnerable y la norma que les concede garantías en el lugar de trabajo ha de ser interpretada teniendo plenamente presente este extremo.

Lógicamente si el requisito de notificar el embarazo al empresario puede satisfacerse *ex post*, una vez obra la comunicación, el despido en cuestión pasará a ser ilegal. Cuando la trabajadora ya ha sido despedida, los Estados tomarán las medidas necesarias contra las consecuencias de la extinción ilegal. Es cierto que el empresario puede efectuar la notificación sin ser consciente de esta limitación; no obstante, si conoce de su error poco después del despido, tiene la oportunidad de subsanar el daño causado involuntariamente. Por cuanto respecta a la existencia de un límite al periodo posterior al despido en el que la trabajadora debe notificar su estado al antiguo empleador y tratar de acceder a la protección prevista, resulta poco sorprendente constatar la falta respuesta explícita a esta cuestión en la Directiva.

La perjudicada está obligada a informar y a hacer valer sus derechos tan pronto como le sea factible, y su posibilidad de efectuar lo primero como prelude de lo último vence al final del permiso de maternidad, como contrapartida natural a la obligación soportada por el empresario. El momento en que tal sucede, precisamente depende de la forma de adaptar el Derecho interno de un Estado miembro a la Directiva de maternidad. Para una mujer embarazada, la fecha está en disposición de ser hipotética, pues al haber sido despedida, puede no haber disfrutado de su permiso de maternidad en parte o en su totalidad, o incluso no haberlo disfrutado en absoluto. Sin embargo, el órgano jurisdiccional nacional estará en disposición de establecer la fecha en que su permiso de maternidad habría terminado y, así, determinar si notificó su estado al empresario antes de dicha fecha.

En cuanto a la interacción entre las disposiciones referentes a la prohibición del despido contenidas en la Directiva 92/85/CEE y la regulación de los despidos colectivos en la Directiva 98/59, resulta importante aclarar la relación entre ambos instrumentos. Tanto la Directiva de maternidad como la Directiva sobre despidos colectivos encuentran su fundamento jurídico en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Esta alude a las medidas destinadas a permitir a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares, así como a la necesidad de desarrollar la información, la consulta y la participación de los trabajadores en caso de despido colectivo. Obvio es, el ámbito de aplicación difiere, pues la Directiva de maternidad protege a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, cuya seguridad y salud presentan algún riesgo; mientras la Directiva sobre despidos colectivos protege a las personas trabajadoras afectadas por la extinción y cuya protección, en consecuencia, interesa reforzar. Una trabajadora seleccionada en un procedimiento de despido colectivo estando embarazada pertenece a dos grupos protegidos, por diferentes razones, y debe beneficiarse de la protección ofrecida por ambas Directivas. Por lo tanto, las garantías previstas en el art. 10 de la Directiva de maternidad, y en los arts. 2 a 4 de la Directiva sobre despidos colectivos, le serán aplicables al tiempo. En este sentido, los dos instrumentos jurídicos son complementarios.

Las excepciones a un principio han de ser interpretadas en sentido estricto. Esta conclusión es válida *a fortiori*, cuando el principio tiene un carácter protector y sirve para garantizar la seguridad y la salud de un grupo vulnerable de trabajadores. La excepción a la prohibición de despido de las embarazadas aparece supeditada al cumplimiento de tres condiciones acumulativas: primero, su despido solo podrá efectuarse en casos excepcionales no inherentes a su estado; en segundo lugar, estos casos deben estar admitidos por las normas y/o prácticas nacionales; por último, en su caso, la autoridad competente ha de dar su acuerdo.

De centrar la atención en la primera de estas condiciones, la expresión “casos excepcionales” merece una valoración de acuerdo con el sentido habitual de los términos. El sentido habitual de “excepcional” es “inusual” o “extraordinario”, en tanto la expresión “no inherentes al embarazo” implica la concurrencia de razones objetivas en el despido que no están relacionadas con el estado de la embarazada. Existe cierta correspondencia entre la locución “motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, utilizada en la definición de despidos colectivos, y el segundo elemento de la excepción cuando admite el despido de trabajadoras en estado de gravidez en casos no inherentes al embarazo. Sin embargo, los despidos efectuados en el contexto de las extinciones colectivas, no siempre satisfacen necesariamente el primer elemento de la excepción prevista por la Directiva de maternidad, es decir, que los supuestos deben ser excepcionales.

La definición amplia de despido colectivo no introduce ningún término equivalente a “excepcional”; más bien queda referido a situaciones, desgraciadamente, dotadas de cierta regularidad. La descripción exhaustiva acometida por la Directiva 98/59 sugiere por sí sola que los despidos tienen lugar con una suficiente como para categorizarlos por periodos de tiempo, tamaño del centro de trabajo y número de extinciones. Los orígenes y la evolución histórica de la norma supranacional apuntan a la incidencia directa de los ceses colectivos en el funcionamiento del mercado común y en las condiciones de vida y de trabajo de los empleados. Evidentemente, pueden surgir situaciones de despido colectivo correctamente descritas como un “caso excepcional” en el sentido pretendido por la Directiva sobre maternidad cuando cesan las actividades del establecimiento o cuando se pone fin a un sector entero de sus actividades. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de tales circunstancias. Ello no significa que cualquier despido colectivo merezca ser calificado como tal a efectos de la excepción a la prohibición de despido de las embarazadas. Por consiguiente, las condiciones previstas en el art. 10, apartado 1, de la Directiva de maternidad para admitir el despido de una trabajadora encinta, no corresponden exactamente a la expresión uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores del art. 1, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre despidos colectivos. En todo caso, cuando una pueda ser recolocada plausiblemente en otro puesto de trabajo en el contexto del reajuste, la excepción a la prohibición de despido no será aplicable.

Especial interés presenta la cuestión relativa a si la Directiva sobre maternidad exige a los Estados miembros ofrecer a las embarazadas tanto protección contra el propio despido ilegal (tutela preventiva), como contra las consecuencias de este (tutela reparativa). El objetivo primordial de la norma radica en proteger su seguridad y salud, aun cuando únicamente alude, de forma bastante curiosa, del “riesgo a ser despedida por motivos relacionados con su estado” que tengan consecuencias perjudiciales. El despido, la interrupción de carrera y el desempleo ponen a la afectada en una situación de decepción, tensión e incertidumbre. Las posibles medidas *ex post*, obtenidas tras un litigio, tales como una orden de readmitirla en su puesto, el pago de sueldos atrasados o la concesión de una indemnización por daños y perjuicios pueden ayudar a mitigar las consecuencias de un despido improcedente, pero es intrínsecamente improbable que subsanen completamente los efectos sobre la salud física y psíquica causados por el acto inicial. La garantía⁸⁷ declarativa y repositoria *ex post* se limita a garantizar, a la

postre, que la trabajadora embarazada o en permiso de maternidad será readmitida, mientras la denominada tutela prohibitiva, proteccionista o *ex ante*, trata de evitar la afectación.

En esta línea, la protección conferida a quien está encinta, haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia excluye la adopción de una decisión de despido y los actos preparatorios como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada. La amplia prohibición relativa al despido no se cumple cuando las disposiciones nacionales solo abordan el elemento reparativo. De este modo, los Estados deben ofrecer a las trabajadoras tanto protección contra el despido en sí (para cumplir las obligaciones del art. 10, apartado 1) como tutela frente las consecuencias de un despido prohibido acontecido a pesar de todo (art. 10, apartado 3). Suponiendo que el Derecho nacional haya incorporado correctamente todos los elementos, la norma resultante debe normalmente garantizar que una embarazada conserve en efecto su empleo en caso de despido colectivo.

En la Directiva de maternidad no obra ningún requisito diferenciado que establezca una obligación a cargo del Estado miembro de adoptar una legislación específica independiente para conferir a las embarazadas prioridad de continuar en su ocupación. “Permanencia en la empresa” significa que, sin importar cómo, la embarazada conservará su empleo. Es posible conseguir este resultado recolocándola en una vacante; recolocándola en otro puesto y despidiendo, a su vez, a su actual titular; o manteniendo a la afectada en el mismo lugar y prescindiendo de otro puesto y, por ende, de quien lo está ocupando. En consecuencia, el deber legal al respecto conferiría a la trabajadora embarazada un nivel más elevado de protección que la obligación del empresario de simplemente tratar de recolocarla en otro puesto. Los ordenamientos nacionales tienen libertad para adoptar tales disposiciones estableciendo una protección adicional en aras de la seguridad jurídica, si así lo desean. Tales preferencias no podrán constituir discriminaciones por criterios ilícitos (sexo, raza, religión, afiliación política o sindical, etc.), todo ello conforme a la normativa sobre igualdad y no discriminación del Derecho de la Unión y del Derecho interno.

En el procedimiento de despido colectivo, el preaviso deberá figurar por escrito y establecer los motivos debidamente justificados en relación con casos excepcionales no inherentes al embarazo que admiten la finalización unilateral por el empleador. Exponer los motivos generales de la extinción, así como los criterios de selección, omitiendo explicar por qué la elección de una embarazada es aceptable, no superaría esta prueba. Si el empresario tuviera conocimiento del estado de gravidez después de haber notificado a la afectada su despido, debe volver a examinar la rescisión a la luz de la prohibición prevista en el art. 10 de la Directiva de maternidad, tal como ha sido incorporada al Derecho interno. En consecuencia, solo podrá mantener el despido si pertenece a la categoría de casos excepcionales, debiendo emitir un nuevo preaviso que respete las condiciones previstas en el apartado 2 del citado precepto.

De lo anterior resulta que el mero hecho de incluir a una trabajadora en una situación protegida relacionada con el embarazo en un despido colectivo no infringe la Directiva, pero el requisito de comunicación escrita de las causas de despido se convierte en una condición esencial para entender lícita la extinción⁸⁸. Si bien en el caso ordinario de trabajadores despedidos la falta de comunicación escrita sería únicamente causa de improcedencia del despido, la aplicación de la protección a la maternidad determinaría siempre en estos casos su ilegalidad. En el caso de los despidos colectivos la vulneración de la prohibición no traerá causa normalmente en la decisión de despido colectivo, sino en la selección de las concretas personas afectadas y, por tanto, partiendo de la existencia de causas no inherentes al embarazo, la

⁸⁷ BEL ANTAKI, J.: “¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?”, *IUSLabor*, núm. 1, 2014, pág. 4.

comunicación de los criterios de selección ha de servir para garantizar que en la opción no se haya tomado en consideración el embarazo, la maternidad o la lactancia.

Esta doctrina más garantista debería extenderse a supuestos de afectación de otros trabajadores cuyo despido pueda ser declarado ilegal por alguna causa de discriminación, de modo que el empresario acredite las razones objetivas y ajenas a dicha situación particular⁸⁹. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad de desvelar en los procedimientos la lesión encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

2. La corresponsabilidad como factor a sopesar

La protección debe alcanzar a las trabajadoras cuyo despido, muy probablemente, esté motivado por su embarazo o por el ejercicio de los derechos de conciliación. Procede distinguir entre, por una parte, un primer bloque de supuestos donde estaría encuadrado el despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, que exige un panorama indiciario capaz de la tutela antidiscriminatoria; y, por otro, un segundo bloque de casos específicos donde la tutela es más enérgica y no requiere de la aportación de indicios, pues la nulidad opera automáticamente⁹⁰. Respecto a la primera categoría, una situación de baja por embarazo y posterior aborto produce un panorama indiciario de que un despido producido a los pocos días de la reincorporación, puede tener relación con tal circunstancia, lo cual obliga al empresario a aportar la justificación razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁹¹. El hecho a tomar en consideración para calificar la decisión como ilegal es si la extinción opera inmediatamente después del aborto sufrido por la trabajadora, al constituir indicio suficiente de la existencia de discriminación.

En el segundo grupo es preciso deslindar entre: i) el supuesto de la trabajadora embarazada, durante todo el tiempo de gestación, con independencia del conocimiento por el empresario de la existencia del embarazo; ii) los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural; iii) las bajas por enfermedad a causa del embarazo, parto o lactancia natural; iv) la reducción de la jornada o ausencia del trabajo de la progenitora, adoptante, guardadora o acogedora, la excedencia por cuidado de hijos y el reintegro al trabajo después de los periodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento durante el tiempo señalado por la normativa nacional aplicable. La tutela reforzada permite calificar un despido sin causa como nulo,

⁸⁸ NAVARRO CONTRERAS, C.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española comunitaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 939, 2018, pág. 3.

⁸⁹ TORMOS PÉREZ, J.A.: “Contenido de la carta individual de extinción en el marco del despido colectivo: incidencia sobre la afectación de trabajadoras embarazadas”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, pág. 415.

⁹⁰ MARTÍNEZ MORENO, C.: “¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 3, 2022, pág. 421.

⁹¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de diciembre de 2022 (rec. 2443/2022).

liberando a la mujer de tener que aportar indicios de discriminación para conseguir trasladar la carga de la prueba.

Ahora bien, aun cuando las normas nacionales regulan la materia de manera más o menos amplia, la realidad puede y debe escapar de los límites de una lista cerrada. Entre las situaciones especialmente protegidas no se encuentra al futuro padre, progenitor no biológico o quien hubiera solicitado o anunciado el permiso por nacimiento de un hijo. Las referencias marginales al padre en los ordenamientos nacionales deben su fundamento, principalmente, a un uso del lenguaje sin diferenciación por razón de sexo. El futuro padre o progenitor no biológico que aún no haya comenzado a disfrutar del permiso por nacimiento de su hijo habrá de acudir a la tutela genérica frente a las situaciones de discriminación, en aras de colmar la laguna derivada de la falta de contemplación expresa de esos supuestos. Lo decisivo es el conocimiento del empresario de la futura paternidad de los trabajadores despedidos, así como la proximidad temporal de la comunicación de dicha circunstancia y la extinción no causal del contrato.

De un lado, sería oportuno equipar legalmente el contenido y alcance del permiso por nacimiento y cuidado de hijos para ambos progenitores; de otro, convendría realizar un seguimiento fiable y capaz de proporcionar mayor certidumbre sobre la apreciación de los indicios, mientras perdure el patrón de enjuiciamiento de la tutela antidiscriminatoria de carácter genérico. A results de la apuesta por el fomento de la corresponsabilidad, los derechos de la embarazada y del padre o progenitor distinto de la madre biológica exigen una asimilación tanto en el plano legal sustantivo como en los mecanismos o instrumentos de tutela.

Una verdadera aspiración a alcanzar la corresponsabilidad real requiere total asimilación de derechos en todos los planos, también en el del alcance de la tutela antidiscriminatoria y, en concreto, frente al despido de hombres y mujeres, madres y padres⁹². Esta interpretación expansiva e integradora debería facilitar la ponderación de ilegalidad de aquel despido reactivo a la comunicación de una futura paternidad, pues el trabajador se equipará en términos de tutela reforzada a la mujer embarazada, y no a cualquier persona susceptible de haber padecido una discriminación o lesión de sus derechos. En verdad, históricamente en la mayoría de los supuestos son las mujeres quienes han sufrido un trato de postergación en la esfera laboral y profesional⁹³, pero en la realidad normativa actual cabe plantear que los hombres puedan afrontar un despido injusto por el hecho mismo de la paternidad. En todo caso, no sería descabellado aplicar simplemente la discriminación por situación familiar, sin necesidad de acudir a la tesis de la discriminación por asociación⁹⁴.

3. Las cargas familiares en sentido amplio

Fomentar un mejor equilibrio entre vida profesional y vida privada para todos los trabajadores, con independencia de cuál sea su sexo, es esencial a día de hoy para lograr el trabajo decente. A estos efectos, destaca la utilidad práctica de los principios consagrados en el Convenio núm. 156 de la OIT, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares

⁹² ROJO TORRECILLA, E.: "Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de mayo de 2022, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/pues-si-ya-llegan-los-tribunales-casos.html>

⁹³ VELASCO PORTERO, M.T.: "Despido sin causa tras la reincorporación de una baja por aborto", *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pág. 268.

⁹⁴ MARTÍNEZ MORENO, C.: "¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022", cit., pág. 425.

y la Recomendación núm. 165, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. El cumplimiento del Convenio está inexorablemente relacionado con la aplicación del principio de igualdad, así como con el derecho fundamental a la no discriminación. La política nacional debe incluir entre sus objetivos el de permitir a las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo la posibilidad de ejercer su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto. A tal fin, habrá de mediar una combinación de disposiciones específicas legislativas, administrativas, políticas o prácticas adaptadas a las circunstancias nacionales.

El alcance de la expresión “responsabilidades familiares” es amplio y cubre tanto las obligaciones para con los “hijos a su cargo” como con “otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén”, en atención al art. 1 del Convenio. Cada normativa nacional puede determinar quién corresponde a estas dos categorías, sin perjuicio del principio de igualdad. La prohibición de discriminación por razón de género puede aportar una protección notable a las mujeres frente a la repercusión de las barreras relativas a los estereotipos sobre los roles familiares, pero resulta insuficiente para alcanzar la debida complementariedad entre el plano personal y el laboral. Un creciente número de países han añadido las “responsabilidades familiares”, la “situación familiar” o, de forma más genérica, las “responsabilidades de cuidado”, como motivo adicional de discriminación. Sin embargo, procederá dar cuenta de varias deficiencias graves en lo relativo a las políticas nacionales, pues en algunos Estados las medidas específicas siguen estando dirigidas solo a las mujeres, como el derecho a las licencias parentales o familiares y la protección frente a las horas extraordinarias o el despido. El impacto de estas iniciativas ha de ser monitorizado regularmente, a fin de eliminar las limitaciones lo antes posible.

Si la norma y el diálogo social reflejan la anacrónica suposición de que las mujeres son las primeras responsables del cuidado de la familia, o excluye a los hombres de determinados derechos destinados a conciliar, están contribuyendo a reforzar los problemas tradicionales. En positivo, deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan permanecer en la plantilla, así como reintegrarse a ella tras una ausencia motivada por tales deberes⁹⁵. Instituciones claramente asociadas con la situación familiar de la persona trabajadora son los permisos reconocidos por leyes como la española, las excedencias o las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, en situaciones como: cuidado del lactante durante un periodo de tiempo; nacimiento prematuro de hijo u hospitalización a continuación del parto; cuidado directo de menores hasta cierta edad, de persona con discapacidad, cónyuge, pareja de hecho, o familiar que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, con las limitaciones establecidas legalmente; por último, cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave.

La responsabilidad familiar no debe constituir por sí misma una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo, según dispone el art. 8 de la norma supranacional. Muchos ordenamientos nacionales protegen a los trabajadores asalariados (sin tomar en consideración otras formas de empleo) del despido relacionado por cargas familiares, por ejemplo, mediante disposiciones sobre el despido improcedente o ilegal. Precisamente, la habilitación para establecer prioridades de permanencia en estos supuestos raramente encuentra acomodo en

⁹⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionado y no ‘a la carta’”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 269, 2023, págs. 153 y ss.

la norma. En cambio, destaca la relevancia de la negociación colectiva a la hora de aplicar el Convenio, pues la adopción de repertorios de buenas prácticas para las empresas y de guías destinadas a promover medidas de conciliación ha ido ligada, en ocasiones, a la preferencia en el mantenimiento del empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares. Es de esperar que las organizaciones empresariales y los representantes de los trabajadores sigan participando en la elaboración y la aplicación de políticas nacionales, sectoriales y laborales y de medidas innovadoras para otorgar un reconocimiento positivo a las medidas favorables a la familia.

4. Prioridad de permanencia de las personas con discapacidad

A los fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción en razón de tal circunstancia que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. El concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁹⁶. El concepto de discapacidad se ha de entender de forma dinámica, pues la forma de entender la discapacidad evoluciona continuamente.

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con el colectivo, procederá realizar ajustes razonables. En este sentido, los empleadores han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitirles acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o recibir formación, salvo si esas medidas suponen una carga excesiva. El concepto jurídico indeterminado de “carga excesiva” ha de ser concretado caso a caso en atención a los costes financieros de los ajustes, el tamaño de la empresa, los recursos financieros y el volumen de negocio total así como la disponibilidad de fondos públicos u otras ayudas⁹⁷.

La ilegalidad del despido por discriminatorio, procedería cuando la enfermedad sufrida por el trabajador aparezca asociada a la discapacidad, y, por tanto, le cause una limitación de larga duración⁹⁸. No es posible incardinar la baja temporal de forma genérica en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de ilegalidad. Para la definición de discapacidad es irrelevante si la dolencia ha sido causada por una enfermedad; lo único decisivo para la jurisprudencia comunitaria es que probablemente vaya a ser de larga duración⁹⁹. También se ha de considerar como tal una reducción de la capacidad funcional de larga duración que no origine la necesidad de medios auxiliares especiales, sino que únicamente o en esencia implique que la persona afectada no sea capaz de trabajar a tiempo completo. La sola determinación de

⁹⁶ STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20), asunto *HR Rail SA*, apartado 34.

⁹⁷ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: “Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2022, pág. 6.

si una enfermedad es en sí curable o incurable, permanente o temporal, no permite extraer una conclusión definitiva sobre la posterior existencia de una discapacidad permanente. En síntesis, resulta indiferente para apreciar la concurrencia de discriminación, la clase de enfermedad que afecte al empleado, sin mayores exigencias referida a la gravedad, como tampoco a la duración del proceso, corto o largo, o a si constituye una dolencia estigmatizante.

Ante la falta de especificación en las normas nacionales, la posibilidad de introducir la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad es evaluada por los interlocutores sociales. Tal garantía presenta una naturaleza eminentemente temporal y sujeta a negociación, lo cual dificulta su aplicación efectiva y obstaculiza la verdadera comprensión de la discapacidad y el trabajo al comparar los diferentes países. El convenio colectivo podrá plasmar la preferencia, pero su operatividad tendrá fecha de caducidad, condenando a las partes a la renegociación perpetua¹⁰⁰. Tampoco el acuerdo alcanzado en periodo de consultas resulta idóneo para conseguir los fines perseguidos en relación a este colectivo, pues los efectos de establecer eventualmente la prioridad en su favor no se extenderán más allá de la ejecutividad del despido colectivo. Sin ánimo de desprestigiar la paciente labor llevada a cabo en el procedimiento negociador, la integración de estas personas como mandato cuyos destinatarios son los poderes públicos debería llevar a plasmar en la norma tal prioridad. Dicha medida de acción positiva supondría una contribución significativa al mantenimiento del empleo de un grupo social lastrado, desafortunadamente, por un alto nivel de desempleo, prejuicios en cuanto a su productividad o, incluso, la exclusión del mercado laboral.

5. La edad como criterio de selección

La OIT abordó de manera específica la situación particular de los trabajadores de edad avanzada (designación que suelen recibir los de 50 o más años de edad) en una fecha tan temprana como 1980, concretamente en la Recomendación núm. 162, sobre los trabajadores de edad. Este instrumento ofrece un marco constructivo para la articulación de condiciones de trabajo óptimas para los empleados de mayor edad, abogando por medidas con miras a garantizar que, en el marco de un sistema de transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre, el tránsito a la situación de retiro se efectúe voluntariamente.

La prohibición de discriminación por razón de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos perseguidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad, según proclaman normas como la Directiva 2000/78/CE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La Directiva en cuestión no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su art. 1, únicamente tiene por objeto disponer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, mientras el principio de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En consecuencia, el de no

⁹⁸ STS 15 de marzo de 2018 (rec. 2766/2016).

⁹⁹ STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), asuntos acumulados *HK Danmark*, apartados 38 y 46.

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2014, pág. 14 de la aportación individual online.

discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario¹⁰¹.

No obstante, los Estados podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si aparecen justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, así como si los medios son adecuados y necesarios. De este modo, disfrutan de un amplio margen de apreciación no solo para primar un objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo.

El Tribunal de Justicia ha admitido como finalidades, *a priori*, legítimas: favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes¹⁰², garantizar el rejuvenecimiento del personal en activo¹⁰³, facilitar la renovación generacional y garantizar el rejuvenecimiento de la profesión¹⁰⁴, fomentar el empleo¹⁰⁵, repartir el trabajo^[106], optimizar la gestión de personal¹⁰⁷, configurar un sistema uniforme de cómputo de los periodos de experiencia profesional¹⁰⁸, evitar pérdidas de retribución y promover el tránsito a una política no discriminatoria¹⁰⁹, favorecer la inserción profesional de trabajadores de edad avanzada desempleados¹¹⁰, establecer una estructura de edad favorable para mejorar la comunicación de conocimientos¹¹¹, proteger a los trabajadores con una antigüedad de larga duración en la empresa y ayudar a su reinserción profesional con la indemnización especial por despido¹¹², conceder una compensación para el futuro, proteger a los trabajadores más jóvenes y ayudar a la reincorporación al trabajo, (teniendo en cuenta, en todo caso, la necesidad de un reparto justo de los recursos económicos limitados de un plan social¹¹³) o, en fin, respetar los requisitos de formación del puesto, así como por la necesidad de cumplir un periodo de actividad razonable previo a la jubilación o al pase a la segunda actividad¹¹⁴.

En general, al hablar de discriminación por razón de edad automáticamente se piensa en personas mayores, pero no cabe desconocer como, en no pocas ocasiones, son los jóvenes quienes la sufren, en aspectos tales como salarios, tipos de contrataciones, tasas de desempleo, representatividad en puestos de responsabilidad o escasa participación en las negociaciones de las condiciones de trabajo. La causa de discriminación presenta particular complejidad, en tanto opera a niveles de edad mínima y edad máxima, ligados a los correspondientes

¹⁰¹ STJUE de 22 de noviembre de 2005 (C-144/2004), asunto *Mangold*, apartado 75.

¹⁰² STJUE de 6 de noviembre de 2012 (C-286/12), asunto *Comisión Europea c. Hungría*, apartado 69.

¹⁰³ STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), asunto *Comune di Gesturi*, apartado 36.

¹⁰⁴ STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), asunto *Ministero della Giustizia*, apartado 36.

¹⁰⁵ STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/05), asunto *Palacios de la Villa*, apartado 72.

¹⁰⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2012 (C-286/12), asunto *Comisión Europea c. Hungría*, apartado 84.

¹⁰⁸ STJUE de 21 de julio de 2011 (C-159/10 y 160/10), asuntos acumulados *Fuchs*, apartado 49.

¹⁰⁹ STJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-297/10 y C-298/10), asuntos acumulados *Hennigs*, apartados 69 y 72.

¹¹⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04), asunto *Mangold*, apartado 59.

¹¹¹ STJUE de 21 de julio de 2011 (C-159/10 y 160/10), asuntos acumulados *Fuchs*, apartado 49.

¹¹² STJUE de 12 de octubre de 2010 (C-499/08), asunto *Ingeniørforeningen y Danmark*, apartado 51.

¹¹³ STJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-152/11), asunto *Odard*, apartado 61.

¹¹⁴ STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), asunto *Vital Pérez*, apartado 52.

estereotipos sociales de falta de experiencia, en el primer caso, y menor competitividad, fuerza física o resistencia al cambio, en el segundo¹¹⁵. Con todo, la discriminación a las personas de edad madura es más frecuente.

Una corriente judicial considera no discriminatoria la elección de aquellos trabajadores con mayor antigüedad o más edad en el despido colectivo, pues es habitual que las empresas seleccionen en los supuestos de extinción de contratos a quienes suponen un mayor gasto en costes laborales y de Seguridad Social y están más cercanos a la jubilación de cara a posibilitar la viabilidad de la empresa desde la perspectiva de la crisis económica¹¹⁶. En algunos países se ha asentado durante casi dos décadas un criterio consolidado, otorgando cobertura a la afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en las regulaciones de empleo extintivas. El enfoque típico del análisis económico costes/beneficios individual o contractual no persigue un objetivo digno de tutela, ni garantiza una protección bastante a las personas despedidas, por cuanto la posibilidad de acceder en un primer momento a la protección por desempleo y, posteriormente, a la pensión de jubilación no son suficientes para atenuar el perjuicio derivado de la expulsión del mercado de trabajo.

La alusión genérica a la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores incluidos en el despido colectivo es un indicio de discriminación, y si el empresario no lo desvirtúa, queda patente esta vulneración del derecho fundamental. La presunción de que un conjunto de trabajadores de avanzada edad tiene mayores dificultades para adaptarse a los avances tecnológicos o son menos flexibles de cara a los nuevos valores empresariales, supone una discriminación proscrita por el Derecho de la Unión¹¹⁷. Cuando no se tiene en cuenta la edad como criterio tendente a reducir los efectos perjudiciales del despido, sino que, sin ninguna individualización, el empresario deduce su menor capacidad, ello comporta un trato peyorativo. Más acertada es la línea seguida por algunos ordenamientos a la hora de sospedar los costes sociales derivados del despido, en tanto la pérdida prematura del empleo constituye la forma más seria de discriminación por edad en Europa, no en vano los trabajadores mayores tienen particular dificultad para encontrar un nuevo empleo en los años previos a la edad ordinaria de jubilación.

En este sentido, la selección de trabajadores de mayor edad ha de estar encaminada a una finalidad legítima vinculada a intereses de tipo colectivo, sin considerar elementos de ahorro de costes o incremento de beneficios. Los objetivos de alcance general pacientemente aquilatados por la jurisprudencia europea, como la obtención de una plantilla más equilibrada en aras de mejorar la estabilidad en el empleo de las personas no afectadas o mejorar las expectativas de los más jóvenes, sí tienen cabida atendiendo a las circunstancias concretas del despido. A modo de esquema básico, la concurrencia de un interés de este tipo constituye un presupuesto imprescindible para otorgar cobertura jurídica a la diferencia de trato ligado a la afectación como medida idónea y proporcionada o no excesiva.

Esta última exigencia de equilibrar los sacrificios sufridos por los trabajadores despedidos y el interés colectivo perseguido destaca por su relevancia práctica, no en vano implica la existencia de una cobertura real y suficiente, obligando al empresario a articular medidas de protección social significativas para complementar la intervención de los sistemas públicos¹¹⁸. En suma a estas condiciones, serán necesarias actuaciones de distinta naturaleza para minimizar el perjuicio, como limitar la afectación al nivel estrictamente imprescindible para

¹¹⁵ STSJ Cantabria 28 de marzo de 2007 (rec. 249/2007).

¹¹⁶ STSJ País Vasco 18 de noviembre de 2014 (rec. 1895/2014).

¹¹⁷ POQUET CATALÁ, R.: "Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad", *Temas Laborales*, núm. 131, 2015, pág. 248.

lograr la finalidad legítima o admitir excepciones debido a la situación personal o familiar de los trabajadores. Estas medidas permiten superar el planteamiento estrictamente economicista y evitar la expulsión sistemática de los trabajadores de avanzada edad del mercado laboral a través del despido colectivo.

El propósito es combatir la discriminación por edad restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea. A sus resultados, una de las prioridades de las políticas activas de empleo queda situada en el mantenimiento en activo de las personas de más edad. El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo de los sistemas de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, debe llevar a los ordenamientos nacionales a dar un paso más en la protección frente al despido¹¹⁹. El uso indiscriminado (pero discriminatorio) de la figura de la jubilación forzosa en el modelo regulador en tiempos de crisis empresarial permite defender la preferencia de los empleados de edad avanzada en la conservación del empleo.

6. El respeto a los representantes de los trabajadores

El Convenio núm. 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Por su parte, el art. 3 del Convenio núm. 135, de 1971, sobre los representantes de los trabajadores define a estos cualificados empleados como personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o las prácticas nacionales ya se trate de los sindicales, es decir, nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o electos, a saber, libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la norma nacional o de los convenios colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

El representante de los trabajadores puede ser despedido por motivos no inherentes a su persona, previa aplicación de las garantías procesales contra el despido ilegal basado en actividades sindicales. En algunos países, es necesario obtener la autorización del Ministerio del Trabajo antes de despedirlos; por el contrario, otros recurren a la especial protección dada por la prioridad de permanencia. El reconocimiento de la preferencia respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal aparece en la Recomendación núm. 143, de 1971, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa.

Esta prerrogativa les permite, por una parte, negociar el despido colectivo sin la presión añadida de estar afectados, salvo en supuestos excepcionales; por otra, asegura que los trabajadores que permanecen en la empresa después del despido colectivo, mantienen a sus representantes, quienes les garantizan consecuentemente su protección¹²⁰. La prioridad se integra en el derecho de libertad sindical cuando se trata de un comité sindicalizado cuyos miembros, afiliados a una organización sindical, tienen acceso al órgano de representación

¹¹⁸ SOLÀ MONELLS, X.: "La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 3, 2016, pág. 23.

¹¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022, pág. 46.

unitaria por la candidatura que este hubiera presentado¹²¹. La garantía —que no privilegio— supone la tutela frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que evita restricciones en la composición del órgano de representación.

El presupuesto implícito para la aplicación de la garantía es la existencia de dos o más trabajadores entre quienes establecer algún tipo de prioridad o preferencia. Opera la llamada “lógica de sustitución”, por la cual quienes ostentan la garantía quedan excluidos de la selección, con el consecuente perjuicio para quienes no gozaran del beneficio¹²². La preferencia no solo puede estimarse cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional; antes bien, se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes o entre trabajadores con la misma función. Así, el derecho puede tener lugar en práctica mediante la movilidad de puestos de trabajo, siempre y cuando exista idoneidad del titular de la prioridad para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes. De esta manera, resulta aplicable también si existen puestos de trabajo en los cuales por concurrir homogeneidad puedan ser desempeñados por los representantes. El empresario está obligado a agotar todas las posibilidades de acomodo del afectado en la empresa, o en el centro de trabajo, cuando posea las titulaciones precisas para ejercer la prestación laboral.

En cuanto al ámbito temporal hace, la garantía opera cuando concurre en el momento del despido colectivo la condición de representantes de los trabajadores¹²³, sin perjuicio de cuantas leyes nacionales extienden su eficacia hasta un año o seis meses después de finalizar el mandato. Si durante el lapso de tiempo entre el acuerdo alcanzado en periodo de consultas o la decisión final de despido colectivo y la notificación a los trabajadores ocurre que los afectados han sido elegidos representantes, no ofrece duda que en ese segundo momento disfrutan ya de pleno derecho de las garantías inherentes a tales nombramientos o designaciones, como depositarios de una voluntad colectiva que les ha investido de unas facultades representativas y de las prerrogativas anejas; voluntad frustrada si no fueran reconocidas, sin que ello suponga en modo alguno aplicación retroactiva de los preceptos que las establecen, pues se aplican precisamente en el momento en el cual se lleva a efecto la extinción o suspensión de la relación laboral¹²⁴. Esta doctrina no será extrapolable a la elección del trabajador como miembro de un órgano de representación unitaria cuando tiene lugar con posterioridad al momento en el cual la empresa ha llevado ya a la práctica el reajuste.

La preferencia otorgada por la protección de los derechos fundamentales, aplicada al derecho de prioridad de permanencia, obliga a la empresa a acreditar en el expediente de regulación de empleo la concurrencia de razones empresariales de entidad que capaces de justificar la exclusión de aquel derecho y a la administración competente a ponderarlas expresamente en el momento de tomarlas en consideración, pues, en otro caso, prima la garantía legalmente establecida.

¹²⁰ SAN 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013).

¹²¹ STS 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998).

¹²² TORMOS PÉREZ, J.A.: “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *Labos*, Vol. 1, núm. 3, 2020, pág. 129.

¹²³ STSJ Baleares 11 de febrero de 2015 (rec. 430/2014).

¹²⁴ POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018, pág. 76.

7. Otros criterios determinantes en la selección de afectados

El empresario suele acudir al criterio de adscripción de los trabajadores a los puestos excedentes; ahora bien, la previa movilización de la plantilla bastará para asignar a un empleado a un concreto puesto de trabajo para encajarlo, o no, en la amortización, desvirtuando por completo la objetividad. También cabe circunscribir la extinción a los vinculados al centro de trabajo afectado, sin extender el ámbito de afectación al resto. El empresario podría tratar de despedir a los trabajadores de esos centros y sustituirlos por aquellos pertenecientes a aquel donde concurre el problema; pero la solución no parece lógica si ha de afrontar el pago de indemnizaciones por traslado o ayudas de vivienda. El acuerdo en el periodo de consultas otorga al empleador libertad para rebasar los centros de trabajo o, en cambio, restringir la elección al ámbito donde surgió la causa extintiva o el ajuste de producción.

La selección siguiendo el patrón de menor antigüedad es generalmente aceptada como objetiva, pues permite mantener en la empresa a los empleados de larga duración y amortizar el gasto en su formación y, además, suele reivindicarse desde el lado sindical como preferente¹²⁵. La idoneidad del criterio inverso, de mayor antigüedad, ha sido estimada cuando en igualdad de condiciones se elija a los trabajadores con salarios más altos. Ahora bien, el supuesto requiere que los salarios estén ligados a los complementos de antigüedad, pues despedir a los trabajadores que lleven prestando servicios durante más tiempo y mantener a otros cuyo coste para el empresario es igual o superior evidencia un trato discriminatorio. El diferente tratamiento, sin justificación, ante situaciones iguales afectará a los empleados de avanzada edad, por ser quienes habitualmente presentan el rasgo definitorio. De nuevo, sería deseable ponderar con tiento un criterio que puede esconder sesgos discriminatorios cuando el ahorro de costes se prioriza en perjuicio de las circunstancias concretas de los empleados.

En los últimos tiempos, han ganado importancia criterios como la mayor cualificación o especialización profesional, el rendimiento o productividad de la plantilla, en tanto el empresario está interesado en conservar a los trabajadores con mejores resultados. No pocos ordenamientos disponen excepciones al orden de prelación en favor de quienes son considerados clave en la pervivencia empresarial por sus habilidades o competencias. Medir el rendimiento laboral periódicamente, de manera cuantitativa y cualitativa, facilitará adoptar medidas para solucionar problemas de productividad con información real. En la medición del rendimiento de un trabajador es necesario analizar distintos parámetros, como duración en el puesto, productividad, calidad del trabajo y ausencias laborales, evitando en la medida de lo posible la influencia de intereses personales del evaluador.

Un profesional es productivo cuando realiza una elevada cantidad de trabajo en un tiempo determinado. Mantener en plantilla a los trabajadores más rentables permitirá acometer con mucha más eficiencia los nuevos avatares del mercado con una plantilla más reducida, pero más eficaz¹²⁶. La cantidad, sin duda, es un factor importante a considerar en el rendimiento, pero no puede dejar a un lado la calidad, la eficiencia y el cumplimiento de objetivos. En muchos casos se da una carencia absoluta de relación directa entre esfuerzo y resultado, por cuanto este último puede ser deficiente por razones ajenas al trabajador, lo cual desvirtúa la licitud del criterio.

El absentismo laboral constituye un verdadero problema para la productividad y competitividad de las empresas. Sin embargo, no se considera válida la selección de trabajadores en función de la ausencia al trabajo cuando esta obedezca a actividades en

¹²⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid, 24 de abril de 2014 (rec. 420/2014).

¹²⁶ SAN 28 de octubre de 2013 (rec. 284/2013).

representación legal de los trabajadores, maternidad, paternidad o ejercicio de derechos de conciliación y enfermedades asimiladas a “discapacidad”. Por su parte, la polivalencia funcional, entendida como la aptitud para realizar actividades o funciones de grupos o categorías profesionales distintas dentro de la empresa, justifica su mantenimiento. Los criterios de polivalencia y especialidad se prestan, ciertamente, a un uso desviado si no se han definido previamente en términos objetivos¹²⁷.

En fin, el criterio de adhesión voluntaria en el despido colectivo no vulnera norma ni principio alguno. Más aún parece acomodarse mucho mejor al principio de reducción de los daños del reajuste el seleccionar prioritariamente a quienes, por los motivos que sea, manifiesten una mejor predisposición para su salida. Esta voluntariedad no ha de confundirse con la extinción del contrato por mutuo disenso, ni con la dimisión del afectado. La causa de la extinción contractual sigue siendo el despido colectivo, puesto que la manifestación de disponibilidad, sometida a aceptación por parte del empleador, no es sino un criterio de selección de los afectados. De este modo, los adheridos voluntariamente a las medidas extintivas han de computar en el marco del despido colectivo. Con la introducción de este criterio no se sustituye la negociación colectiva por una negociación plural que pudiera considerarse ilícita, pues la decisión tras el agotamiento de la negociación ya ha sido adoptada y lo que sigue queda fuera del ámbito negociador del periodo de consultas y no es sino la aplicación de los criterios fijados para precisar el ámbito subjetivo, esto es, los concretos despedidos. Y en dicho proceso no se hace intervenir la negociación colectiva y, en todo caso, es posterior a la decisión de despido colectivo¹²⁸.

Otra cuestión distinta es si es conforme a Derecho o no fijar indemnizaciones y condiciones distintas y más favorables para quienes se adscriban voluntariamente que para quienes sean seleccionados forzosamente. La legalidad de tal diferenciación puede ser dudosa, pero su consecuencia no sería la nulidad del despido colectivo, sino la restauración de la igualdad por la vía de reconocer a los despedidos forzosos iguales derechos que a los adscritos voluntariamente.

Muchos procesos de despido colectivo van acompañados de bajas voluntarias, motivo por el cual resulta patente la existencia de un vínculo entre la decisión de los afectados y la situación de la entidad. Cuando concurre la libre voluntad del trabajador, pero tales extinciones tienen su causa y origen en la iniciativa del empresario, en el marco y el contexto de la reducción de plantilla deben computar a efectos de la Directiva 98/59. Por el contrario, en el supuesto de haberse producido de manera aislada, totalmente desvinculadas de cualquier contexto de reducción de plantilla, fuera del marco y al margen del periodo a tener en consideración para valorar la existencia de un posible despido colectivo, las bajas voluntarias serán consideradas como “reales”.

A efectos del cálculo serán asimilados a despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario con fundamento en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco. Entre otras cuestiones, se ha planteado si esta referencia incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos. El Tribunal de Justicia, aun cuando no procede a responder de manera directa, parece confirmar la alternativa a través de su argumentación, en la que repasa el derecho de información y consulta con ocasión del despido colectivo, concretamente sobre cuándo procede informar a los representantes en los supuestos

¹²⁷ STSJ País Vasco, 9 de julio de 2013 (rec. 14/2013).

¹²⁸ SAN 12 de junio de 2014 (rec. 79/2014).

de bajas voluntarias “artificiosas”¹²⁹. Solo esta interpretación garantiza el efecto útil de la norma evitando extinciones fraudulentas u otro tipo de medidas adoptadas unilateralmente con la finalidad de eludir el mecanismo diseñado para garantizar una adecuada tutela de los empleados en caso de despidos colectivos.

Pues bien, las obligaciones de consulta y de notificación nacen con anterioridad a la decisión de poner fin a los contratos de trabajo¹³⁰, no en vano, la consecución del objetivo de evitar las extinciones o de reducir su número quedaría amenazada si la consulta a los representantes fuera posterior¹³¹. El procedimiento de consulta debe ser iniciado por el interesado en el momento en el cual se haya adoptado una alternativa estratégica que lo obligue a plantearse o a proyectar despidos colectivos¹³². De un lado, un nacimiento prematuro de la obligación de consulta puede conducir a resultados contrarios al objetivo de la Directiva 98/59, como restringir la flexibilidad de las empresas para su reestructuración, aumentar las cargas administrativas y provocar una sensación inútil de inquietud a los trabajadores respecto a la seguridad de su empleo. De otro, para llevarlas a cabo de conformidad con las finalidades queridas, esto es, al objeto de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias, es necesario determinar los factores y elementos pertinentes relativos al redimensionamiento previsto. En cambio, cuando la resolución únicamente está en estudio y, por tanto, los despidos colectivos son solo una probabilidad y no se conocen los factores pertinentes para las consultas, no pueden conseguirse los citados propósitos. No obstante, un diálogo iniciado cuando ya se hubiera adoptado una determinación que haga necesarios tales extinciones plurales no podría versar eficazmente sobre el examen de posibles alternativas.

Habida cuenta de tales consideraciones, la obligación establecida por el art. 2 de la Directiva nace desde el momento en el que quien proporciona empleo, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales contemplados en la ley y no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número superior a dichos umbrales.

En fin, en las Administraciones Públicas los criterios han de ser lo suficientemente concretos como para permitir su aplicación directa, excluyendo cualquier posible arbitrariedad, e incluso discrecionalidad. Los principios de igualdad, mérito y capacidad propios del acceso al empleo público también deben operar sobre las pautas de afectación; por ejemplo, tomando como referencia los resultados obtenidos en una prueba específica para realizar determinados cometidos laborales¹³³.

¹²⁹ ROJO TORRECILLA, E.: “TJUE. Despido colectivo. Obligatoriedad de la consulta a la representación del personal antes de la adopción de la decisión. Las bajas voluntarias incentivadas computan a efectos numéricos para un despido colectivo. Notas a la sentencia de 22 de febrero de 2024 (asunto C-589/22)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 23 de febrero de 2024, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/02/despido-colectivo-obligatoriedad-de-la.html>

¹³⁰ STJUE de 27 de enero de 2005 (C-188/03), asunto *Junk*, apartado 37.

¹³¹ STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08), asunto *Akavan*, apartado 46.

¹³² STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16), asunto *Ciupa*, apartado 34.

¹³³ SEMPERE NAVARRO, A.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014, pág. 233.

8. Información algorítmica y obligación de negociar el algoritmo

El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828, conocido como Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA), cuenta con los siguientes objetivos específicos: garantizar que los sistemas de Inteligencia Artificial introducidos y utilizados en el mercado común sean seguros y respeten la normativa vigente en materia de derechos fundamentales; garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación; mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la ley vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables; facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones y evitar la fragmentación del mercado. El texto restringe la definición de Inteligencia Artificial a los medios desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y fundadas en la lógica y el conocimiento, para así distinguirlos de otros de software más sencillos. Asimismo, se entenderá por “sistema de Inteligencia Artificial”, en virtud de su art. 3, aquel “basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

Las disposiciones del RIA deben aplicarse en todos los sectores y, en consonancia con el nuevo marco legislativo, deben ser entendidas sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos, protección de los consumidores, derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores y seguridad de los productos. Ello no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores en cuanto atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores, ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos portadores de condiciones más beneficiosas.

El Reglamento establece normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de la Inteligencia Artificial a partir de un enfoque proporcionado fundado en los riesgos con cuatro niveles: las estructuras que afecten negativamente a la seguridad o a los derechos fundamentales serán consideradas de alto riesgo y divididas en las dos categorías de aquellas utilizadas en productos sujetos a la legislación comunitaria sobre seguridad de los productos y los pertenecientes a ocho ámbitos específicos que deberán ser registrados en una base de datos de la Unión Europea, incluyendo el empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo.

El Anexo III incorpora entre los sistemas de IA de alto riesgo destinados a una utilización para tomar decisiones, o influir sustancialmente en ellas, que afecten, entre otros supuestos, a la resolución de relaciones contractuales de índole laboral o al seguimiento y evaluación del rendimiento. Según contempla el considerando 57, pueden perpetuar patrones históricos de discriminación en el ámbito laboral, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, las personas con discapacidad, las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o una orientación sexual determinada. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad.

Los sistemas de IA de alto riesgo habrán de cubrir unos requisitos mínimos, teniendo en cuenta sus finalidades previstas, así como el estado actual de la técnica generalmente reconocido. De este modo, se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión de riesgos entendido como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida del sistema, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas. Esta calificación conlleva una serie de medidas, entre las cuales destacan las ordenadas a mitigar riesgos, los conjuntos de datos de alta calidad, el registro de actividad, la gobernanza de los datos, la documentación detallada, la información clara, la supervisión humana, la trazabilidad del funcionamiento del sistema, la transparencia suficiente y un alto grado de solidez, precisión y ciberseguridad¹³⁴. Necesariamente, las empresas habrán de realizar una evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, lo cual comprende tanto los específicamente laborales como los inespecíficos, ostentando derecho a presentar reclamaciones sobre los sistemas de Inteligencia Artificial y a recibir explicaciones sobre las decisiones que afecten a sus derechos a resultados de su aplicación.

Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los afectados de que estarán expuestos a la utilización de un sistema de tales características. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional y de la Unión y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes. Una exigencia esencial de atender a los términos del Considerando (92), por cuanto este derecho de información es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales y, además, se impone incluso aunque no se cumplan las condiciones de las citadas obligaciones de información o de información y consulta previstas en otros instrumentos jurídicos¹³⁵.

Se han aclarado y precisado muchos de los requisitos de manera que sean más viables desde el punto de vista técnico y supongan una carga menor para las partes interesadas, por ejemplo, en lo que respecta a la calidad de los datos o a la documentación técnica que deben elaborar las PYMES para demostrar que sus sistemas de Inteligencia Artificial de alto riesgo cumplen con la normativa establecida. Dado que dichos sistemas se desarrollan y distribuyen mediante cadenas de valor complejas, el texto incluye cambios que aclaran la asignación de responsabilidades y las funciones de los distintos agentes de dichas cadenas, en particular los proveedores y los usuarios. Asimismo, aclara la relación entre las obligaciones establecidas en virtud del Reglamento de Inteligencia Artificial y las obligaciones ya vigentes en virtud de otros actos legislativos, como la legislación pertinente en materia de protección de datos o la legislación sectorial de la Unión, también en lo que respecta al sector de los servicios financieros.

En atención al Considerando (168), se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución. A la hora de determinar la cuantía de las multas, los Estados deben tener en cuenta, en cada caso concreto, todas las circunstancias pertinentes, sopesando especialmente la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y de sus consecuencias, así como el tamaño del proveedor, en particular si este es una pyme o una empresa emergente. A título de ejemplo, no respetar la

¹³⁴ Guzmán, M.E.; Rodríguez-Piñero Y BRAVO FERRER, M. y Muriel, L.: “Avances en la regulación de la gestión algorítmica de personas”, *Periscopio Fiscal y Legal PWC*, 21 de diciembre de 2023, disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/avances-en-la-regulacion-de-la-gestion-algoritmica-de-personas/>

¹³⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: “El Reglamento de Inteligencia Artificial, frecuentemos el futuro”, *Briefs de la AEDTSS*, 20 de marzo de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-frecuentemos-el-futuro/>

prohibición de las prácticas de IA estará sujeto a multas administrativas de hasta 35.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7% de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuera superior, *ex. art. 99.3.*

En España, la normativa vigente establece obligaciones empresariales de información con objeto de que las personas afectadas sepan que sus datos están siendo tratados de forma automatizada y que ciertos elementos de su relación laboral, como es el despido, dependen de un algoritmo. Según recoge su Exposición de Motivos, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, conocida como Ley Rider pretende trasladar a una norma con rango de ley la jurisprudencia dictada hasta la fecha en materia de relaciones laborales en el ámbito de plataformas digitales.

La norma modifica el Estatuto de los Trabajadores e introduce una nueva letra d) en el art. 64.4 para precisar el derecho de información de los representantes de los trabajadores en un entorno laboral digitalizado. De este modo, el comité de empresa tendrá derecho a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Todas las empresas que tengan personas asalariadas a su cargo y utilicen algoritmos o sistemas de decisión automatizada para la gestión de personas (incluyendo la medición de la productividad y la extinción contractual) tienen una obligación de proporcionar información algorítmica. El tipo y nivel de información, así como los sujetos que la pueden exigir, varía dependiendo de si la empresa cuenta o no con representantes legales de la plantilla.

Pues bien, el Ministerio de Trabajo ha publicado una guía sin naturaleza normativa que recoge las obligaciones y derechos en materia de información algorítmica que los empresarios deben facilitar a los representantes de los trabajadores y a los propios trabajadores, al amparo del art. 64.4.d) ET y del art. 22 RGPD¹³⁶. El deber de información tiene una doble dimensión: de un lado, los derechos individuales, en favor de los trabajadores sujetos a decisiones íntegramente automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, sin intervención humana; de otro lado, el derecho colectivo de información, supuesto en el cual no se exige que la decisión sea íntegramente automatizada para que exista el deber de información.

Respecto al primer supuesto, el uso de tecnología para tomar decisiones empresariales debe realizarse de forma transparente e informando de los métodos usados y de las finalidades de la misma (art. 6 RGPD). En este escenario se enmarca el derecho individual a obtener información sobre las decisiones íntegramente automatizadas sobre las personas trabajadoras [arts. 13.2.f), 14.2.g) y 15.1.h) RGPD, en relación con su art. 22]. La intervención humana debe ser significativa, en el sentido de ser realizada por una persona con competencia y autoridad sobre la decisión y que valore toda la información disponible. Cuando la intervención humana se limita a replicar la decisión adoptada por el algoritmo, no puede entenderse como “significativa, debiéndose tratar como un proceso de decisión íntegramente automatizada. En todo caso, la existencia de intervención humana debe apreciarse en cada una de las decisiones parceladas y no solamente en alguna parte del proceso. Por otra parte, se incorpora la obligación de información en favor de los representantes de los trabajadores [art. 64.4.d) ET].

En cualquier caso, ambas obligaciones tienen un contenido común, referente a la información a proporcionar por parte de la empresa y que consiste en: i) la información sobre el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para tomar decisiones automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles, identificando la tecnología utilizada y las decisiones de gestión de personas respecto de las que se utiliza tal tecnología; ii) la información significativa,

¹³⁶ Ministerio de Trabajo y Economía Social: “Información algorítmica en el ámbito laboral”, *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, mayo 2022, disponible en: https://www.uv.es/ceconomicol/descarregues/MITES_Info_algoritca_laboral_arte_final.pdf.

clara y simple sobre la lógica y funcionamiento del algoritmo; y iii) las consecuencias que pueden derivarse de la decisión adoptada.

Es decir, en primer lugar la empresa debe informar sobre: el uso de algoritmo y sistemas de inteligencia artificial para la toma de decisiones de gestión de personas; la elaboración de perfiles de las personas para su aplicación en el ámbito laboral; las concretas decisiones de gestión de personas; el tipo de tecnología utilizada por parte del algoritmo y, entre otras cuestiones, si esta genera un algoritmo de “caja negra” o si se trata de un algoritmo de aprendizaje continuo; el concreto software o producto utilizado y el grado de intervención humana cualificada en las decisiones adoptadas.

En el segundo bloque, siguiendo las directrices de la AEPD¹³⁷, tiene obligación de indicar la tipología de perfiles que elabora el algoritmo; las variables utilizadas por aquel; los parámetros utilizados para la toma de decisiones automatizadas, entendidos como la ponderación relativa de cada variable en el modelo para la toma de la decisión, así como cualquier cambio de estos parámetros que modifique el comportamiento del algoritmo; las reglas e instrucciones utilizadas por el algoritmo, entendidas como las reglas programación; los datos de entrenamiento y, en su caso, validación, utilizados y sus características; en casos de elaboración de perfiles, las métricas de precisión o error en las tareas automatizadas (clasificación, puntuación, regresión, ordenación...) de las personas en los distintos perfiles; y las auditorías o la evaluación de impacto realizadas.

En tercer lugar, comunicará cuáles pueden ser las consecuencias de la decisión adoptada sobre la persona. Además, los representantes de los trabajadores conocerán el impacto que las decisiones adoptadas tienen en materia de igualdad y no discriminación.

Destaca la importancia de facilitar una información clara, simple y comprensible para personas sin conocimientos técnicos, pero ello no interpretarse en el sentido de facilitar el código fuente del algoritmo. La información se suministrará a los trabajadores individualmente afectados por decisiones íntegramente automatizadas con carácter previo al tratamiento de datos, es decir, antes de la elaboración del perfil o la toma de la decisión automatizada. En cambio, a los representantes de los trabajadores se les facilitará con la periodicidad que proceda, esto es, previamente a la utilización del algoritmo y ante cualquier cambio en las variables, parámetros o cualquier otra característica.

Por otra parte, existe la obligación de negociar el algoritmo con los representantes de los trabajadores cuando es utilizado en el marco de un despido colectivo para, por ejemplo, determinar las personas afectadas por el despido. Como es sabido, el art. 51 ET impone la obligación de abrir un periodo de consultas previo a un despido colectivo. Si bien el precepto exige la obligación de negociar de buena fe, pero no de llegar a un acuerdo, la negociación del algoritmo utilizado para la determinación de las personas afectadas debería quedar comprendido en el marco de las reuniones.

Asimismo, el empresario tiene el deber de consultar la introducción de algoritmos para la gestión de personas al amparo del art. 64.5 ET. Además, los representantes de los trabajadores tienen derecho a emitir un informe, entre otros, sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo o valoración de puestos de trabajo.

Aun cuando la regulación precedente constituye un importante avance, los sistemas de inteligencia artificial deben ser evaluados a la luz de su impacto social, a menos que una evaluación de riesgos haya mostrado que no existe un impacto relevante. Parece adecuada la propuesta de crear un Registro de Algoritmos Laborales, en el cual se inscriban aquellas soluciones informáticas autónomas que afecten a las relaciones laborales. A la par, resulta

¹³⁷ AEPD: “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”, febrero de 2020, disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adequacion-rgpd-ia.pdf>

esencial que los representantes de los trabajadores participen en la toma de decisiones que conduzcan a la definición y aplicación de algoritmos, estableciendo las debidas medidas de salvaguarda al estar implicados derechos de propiedad intelectual y posibles secretos industriales, con lo cual sería deseable reforzar el deber de sigilo y la formación en el ámbito digital¹³⁸.

Esta formación debería abarcar tanto a los representantes legales como a los propios trabajadores en aras de detectar sistemas engañosos o erróneos, sin perjuicio de auditar y modificar los algoritmos utilizados. En cualquier caso, no cabe descartar que sea un humano quien tenga la última palabra en relación con las decisiones automatizadas, pues hay que evitar el diseño de sistemas con la orientación “palanca del hombre muerto”. No obstante, no es esta la tendencia en las empresas más avanzadas en la gestión algorítmica donde se ha reducido el margen de los gestores humanos en la toma de decisiones.

CONCLUSIONES

La Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo prevé la existencia de criterios específicos para la selección de los trabajadores cuya relación laboral vaya a finalizar por razones económicas, tecnológicas, estructurales o similares. Estas pautas deben establecerse de antemano teniendo en cuenta tanto los intereses empresariales como los de los empleados. La determinación concreta de los criterios, el orden de prioridad y su peso relativo se deja a la práctica nacional. En atención al Convenio núm. 111 todas las personas deben gozar, sin discriminación, de igualdad de oportunidades y de trato, en particular con respecto a la seguridad en el empleo.

En relación con los despidos colectivos, la tutela antidiscriminatoria también debe ser respetada a la hora de elegir a los trabajadores afectados. La interpretación de diversos convenios técnicos ha llevado a declarar ilegal el despido de una mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, salvo por motivos no inherentes a su estado; trabajadores cuya enfermedad está asociada a la discapacidad; y empleados de edad madura, cuando no se cumple una finalidad legítima en los términos fijados por el Tribunal de Justicia. Asimismo, las responsabilidades familiares no pueden constituir, como tales, una razón válida para la terminación de la relación laboral, como tampoco el estado civil o la situación familiar del empleado. Las políticas y normativas nacionales en materia de cargas familiares se consideran esenciales para promover la igualdad de género en el empleo y, por tanto, para eliminar la discriminación por razón de sexo y evitar cualquier tipo de sesgo por los motivos reseñados.

Buena parte de los ordenamientos analizados contienen criterios específicos para la selección de los empleados, destacando como especialmente habituales la cualificación, la productividad y las consideraciones sociales. La necesidad de conservar a los trabajadores con competencias y habilidades clave para la supervivencia de la empresa deriva en una primera excepción al orden de selección. En algunos casos, las leyes pueden incluir preferencias en la conservación del empleo o remitir la tarea a la negociación colectiva. De hecho, la articulación de criterios de selección, su orden de prelación y la garantía de mantenimiento en el empleo de quienes presentan mayores dificultades para reincorporarse al mercado laboral, es una de las áreas históricamente sujeta a regulación mediante convenios colectivos y códigos de buenas prácticas. En todo caso, el debate sobre los criterios puede formar parte del proceso de consulta, habida cuenta del deber empresarial de información.

¹³⁸ Un análisis exhaustivo en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2022, págs. 93-98.

Sin duda el empresario tiene cierta libertad para fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, pero esta decisión se encuentra también limitada por las diversas prioridades de permanencia en aras de proteger a ciertos colectivos. La especial consideración a las circunstancias personales y familiares de los trabajadores ayuda a reducir los costes derivados del reajuste tanto sociales como individuales, evitando situaciones discriminatorias o arbitrarias. No obstante, sería deseable concretar de forma expresa la obligación del empleador de tomar en cuenta las cargas familiares, la situación de discapacidad, la edad, el ejercicio de derechos de conciliación por parte de ambos progenitores, el eventual embarazo de las empleadas, y la debida protección a los representantes de los trabajadores. Estas consideraciones merecen, por su notable importancia social, estar encuadradas en las legislaciones nacionales habida cuenta del carácter temporal de los convenios colectivos —sometidos a constante renegociación— y del acuerdo alcanzado en periodo de consultas —circunscrito a la decisión extintiva concreta—, sin obviar la labor acometida por los interlocutores sociales.

La adopción de políticas pasivas centradas en las prejubilaciones o las extinciones voluntarias indemnizadas, unida a la falta de tradición de medidas sociales en el marco del despido colectivo, resulta a todas luces insuficiente para con los objetivos dispuestos por la Directiva 98/59/CE. Por consiguiente, los Estados han de reexaminar los criterios de selección, a fin de incluir por Ley una tutela antidiscriminatoria reforzada —más allá de la actual protección genérica— a los grupos de trabajadores cuyas características subjetivas les hacen vulnerables a sufrir un trato peyorativo.

De este modo, la prohibición de tratamiento discriminatorio y los derechos fundamentales conforman una barrera infranqueable en la elección de los trabajadores despedidos. Asimismo, el perjudicado puede, en su caso, imputar a la selección empresarial un ejercicio que implique abuso de derecho o fraude de ley, incurriendo en arbitrariedad, no encontrando justificación y coherencia con las causas alegadas y sustentadoras de la decisión extintiva, en tanto se exige una relación entre los afectados y la concreta causa que justifique el despido, debiendo estar basada la elección en criterios de razonabilidad y de coherencia con los fines buscados, sin que quepan designaciones caprichosas; o bien, alegar la inobservancia de las prioridades de permanencia dispuestas legal o convencionalmente.

En fin, el deber del empleador de informar sobre los criterios de selección varía enormemente de unas jurisdicciones a otras. Definir el contenido de la información contribuye a mitigar los riesgos psicológicos de los trabajadores, aun cuando no resulten finalmente afectados. Ante el limitado control de la autoridad laboral competente y de los tribunales, el grado de exhaustividad también puede ser un medio importante para mantener a los trabajadores motivados y comprometidos durante el proceso de despido, y proteger su bienestar. La motivación de los trabajadores es esencial para mantener un clima social sólido propicio a la continuación de las actividades del empresario, pues la alternativa de no facilitar información dará lugar a una menor productividad de los empleadores restantes, un ambiente laboral hostil y un posible daño a la imagen y reputación de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2014.

- AA.VV.: *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2015.
- AEPD: “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”, febrero de 2020, disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>
- BEHRENS, M.: “Still married after all these years? Union organizing and the role of works councils in German industrial relations”, *Industrial Labour Relations Review*, Vol. 62, núm. 3, 2009.
- BEL ANTAKI, J.: “¿Tiene prioridad de permanencia la trabajadora embarazada en un despido colectivo?”, *IUSLabor*, núm. 1, 2014.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La ‘edad’ es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)”, 12 de junio de 2015, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>
- “Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porras Guisado”, 1 de junio de 2018, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado/>
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2015.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2022.
- “La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionado y no ‘a la carta’”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 269, 2023.
- GARCÍA ROMERO, B.: “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2023.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Cinca y AEDTSS), 2014.
- GUZMÁN, M.E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Y; BRAVO FERRER, M. y MURIEL, L.: “Avances en la regulación de la gestión algorítmica de personas”, *Periscopio Fiscal y Legal PWC*, 21 de diciembre de 2023, disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/avances-en-la-regulacion-de-la-gestion-algoritmica-de-personas/>
- KAHN-FREUND, O.: “On uses and misuses of Comparative Law”, *Modern Law Review*, Vol. 37, núm.1, 1974.

- MARTÍNEZ MORENO, C.: “¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 3, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “El Reglamento de Inteligencia Artificial, frecuentemos el futuro”, *Briefs de la AEDTSS*, 20 de marzo de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-frecuentemos-el-futuro/>
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: “Información algorítmica en el ámbito laboral”, *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, mayo 2022, disponible en: https://www.uv.es/ceconomiacol/descargues/MITES_Info_algortca_laboral_arte_final.pdf.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022.
- MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.
- NAVARRO CONTRERAS, C.: “Despido colectivo y trabajadoras embarazadas: adecuación de la normativa española comunitaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 939, 2018.
- OIT: *Protection against unjustified dismissal. International Labour Conference, Report III of the Committee of Experts*, Ginebra (Oficina Internacional del Trabajo), 1995, disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1995-82-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf)
- POQUET CATALÁ, R.: “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 131, 2015.
- “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: “Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 7, 2004.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 19 de mayo de 2022, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/pues-si-ya-llegan-los-tribunales-casos.html>
- “TJUE. Despido colectivo. Obligatoriedad de la consulta a la representación del personal antes de la adopción de la decisión. Las bajas voluntarias incentivadas computan a efectos numéricos para un despido colectivo. Notas a la sentencia de 22 de febrero de 2024 (asunto C-589/22)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 23 de febrero de 2024, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/02/despido-colectivo-obligatoriedad-de-la.html>

- SEMPERE NAVARRO, A.: “Criterios sobre despidos colectivos: negociación de buena fe, selección de afectados e indemnizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2014.
- SOLÀ MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 3, 2016.
- TORMOS PÉREZ, J.A.: “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *Labos*, Vol. 1, núm. 3, 2020.
- “Contenido de la carta individual de extinción en el marco del despido colectivo: incidencia sobre la afectación de trabajadoras embarazadas”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021.
- VELASCO PORTERO, M.T.: “Despido sin causa tras la reincorporación de una baja por aborto”, *Temas Laborales*, núm. 166, 2023.

Apéndices

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal de Justicia

STJUE de 27 de enero de 2005 (C-188/03), asunto <i>Junk</i> .
STJUE de 22 de noviembre de 2005 (C-144/2004), asunto <i>Mangold</i> .
STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/05), asunto <i>Palacios de la Villa</i> .
STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08), asunto <i>Akavan</i> .
STJUE de 12 de octubre de 2010 (C-499/08), asunto <i>Ingeniørforeningen y Danmark</i> .
STJUE de 21 de julio de 2011 (C-159/10 y 160/10), asuntos acumulados <i>Fuchs</i> .
STJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-297/10 y C-298/10), asuntos acumulados <i>Hennigs</i> .
STJUE de 6 de noviembre de 2012 (C-286/12), asunto <i>Comisión Europea c. Hungría</i> .
STJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-152/11), asunto <i>Odard</i> .
STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), asuntos acumulados <i>HK Danmark</i> .
STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), asunto <i>Vital Pérez</i> .
STJUE de 9 de julio de 2015 (C-229/14), asunto <i>Balkaya</i> .
STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), asunto <i>Pujante Rivera</i> .
STJUE de 14 de septiembre de 2017 (C-103/16), asunto <i>Porras Guisado</i> .
STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16), asunto <i>Ciupa</i> .
STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), asunto <i>Comune di Gesturi</i> .
STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-652/19), asunto <i>Consulmarketing SpA</i> .
STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), asunto <i>Ministero della Giustizia</i> .
STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20), asunto <i>HR Rail SA</i> .

Sentencias de otros Estados Miembros

Sentencia Tribunal de Apelación de Timișoara, 25 de abril de 2012, Decisión núm. 1194.
Sentencia del Tribunal de Apelación de Ploiesti, 4 de diciembre de 2012, Decisión núm. 4064.
STJ de Portugal, 6 de abril de 2017 (proc. 1950/14.2TTLSB.L1).

Sentencias españolas

STC 127/1994, de 5 de mayo.
STC 66/2015, de 13 de abril.
STS 6 de mayo de 2003 (rec. 7034/1998).
STS 15 de octubre de 2003 (rec. 1205/2003).
STS 24 de octubre de 2006 (rec. 4453/2004).
STS 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012).
STS 18 de febrero de 2014 (rec. 74/2013).
STS 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013).
STS 25 de mayo de 2014 (rec. 276/2013).
STS 25 de junio de 2014 (rec. 273/2013).
STS 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).
STS 14 de enero de 2015 (rec. 104/2014).
STS 24 de marzo de 2015 (rec. 217/2014).
STS 8 de julio de 2015 (rec. 223/2014).
STS 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014).
STS 20 de octubre de 2015 (rec. 181/2014).
STS 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014).
STS 26 de enero de 2016 (rec. 144/2015).
STS 24 de febrero de 2016 (rec. 2507/2014).
STS 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014).
STS 30 de enero de 2017 (rec. 1878/2015).
STS 21 de febrero de 2017 (rec. 2859/2015).
STS 1 de marzo de 2017 (rec. 2860/2015).
STS 14 de junio de 2017 (rec. 2708/2015).
STS 12 de septiembre de 2017 (rec. 3683/2015).
STS 28 de noviembre de 2017 (rec. 164/2016).
STS 24 de enero de 2018 (rec. 413/2016).
STS 8 de marzo de 2018 (rec. 360/2016).
STS 15 de marzo de 2018 (rec. 2766/2016).
STS 4 de abril de 2018 (rec. 1354/2016).
STS 18 de mayo de 2018 (rec. 2843/2016).
STS 13 de junio de 2018 (rec. 2200/2016).
STS 27 de julio de 2018 (rec. 2708/2016).
STS 21 de octubre de 2020 (rec. 38/2020).
STS 15 de julio de 2021 (rec. 68/2021).
STS 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021).
STS 12 de julio de 2023 (rec. 19/2023).
SAN 12 de junio de 2013 (proc. 143/2013).
SAN 28 de octubre de 2013 (rec. 284/2013).
SAN 12 de junio de 2014 (rec. 79/2014).
STSJ Cantabria 28 de marzo de 2007 (rec. 249/2007).
STSJ País Vasco 9 de julio de 2013 (rec. 14/2013).
STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de abril de 2014 (rec. 420/2014).
STSJ País Vasco 18 de noviembre de 2014 (rec. 1895/2014).
STSJ Baleares 11 de febrero de 2015 (rec. 430/2014).
STSJ Comunidad Valenciana 14 de diciembre de 2015 (rec. 2800/2015).

STSJ Cataluña 26 de abril de 2018 (rec. 3002/2015).
STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de mayo de 2018 (rec. 713/2018).
STSJ Andalucía/Sevilla 27 de febrero de 2019 (rec. 4223/2017).
STSJ Madrid 5 de abril de 2019 (rec. 1084/18).
STSJ La Rioja 26 de septiembre de 2019 (rec. 163/2019).
STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de diciembre de 2022 (rec. 2443/2022).

LEGISLACIÓN COMPARADA

Alemania:

Betriebsverfassungsgesetz (Ley de Constitución de Obras).
Kündigungsschutzgesetz (Ley de Protección del Empleo).

Austria:

Arbeitsverfassungsgesetz (Ley de Constitución del Trabajo).
Mutterschutzgesetz (Ley de licencia de maternidad).
Väter-Karenzgesetz (Ley de licencia parental para los padres).
Arbeitsplatzsicherungsgesetz (Ley de seguridad en el lugar de trabajo).

Bélgica:

Loi du 29 Mars 2012 portant des dispositions divers/Wet of 29 Maart 2012 houdende diversos bepalingen Pyramide des âges en cas de licenciement Collectif/Leeftijdspiramide bij Collectief ontslag (Ley Ómnibus de 29 de marzo de 2012 que contiene diversas disposiciones. Título 9 – Capítulo 4: Pirámide de población en caso de despido colectivo).

Bulgaria:

Кодекс на труда (Código de Trabajo).
Закон за здравословни и безопасни условия на труд (Ley de Seguridad y Salud en las Condiciones de Trabajo).

Chequia:

Zákoník práce, zákon č. 262/2006 Sb (Código del Trabajo).

Chipre:

N. 28 I/2001 - Ο περί Ομαδικών Απολύσεων Νόμος του 2001 (Ley de Despidos Colectivos, 2001).
Ο περί Προστασίας της Μητρότητας Νόμος (Ley de Protección de la Maternidad).

Croacia:

Zakon o radu 93/2014, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23 (Ley del Trabajo 93/2014, 127/17, 98/19, 151/22, 64/23).

Dinamarca:

Bekendtgørelse af lov om varsling mv i forbindelse med varsling af større afskedigelser LBK nr 291 de 22/03/2010 (Ley danesa sobre despidos colectivos).

Eslovaquia:

Zákon Zákonník práce (Código Laboral).
Zákon č. 355/2007 o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia ao zmene a doplnení niektorých zákonov (Ley N. 355/2007 sobre protección, apoyo y desarrollo de la salud pública y sobre modificaciones y complementos de algunas leyes).

Eslovenia:

Zakon o delovnih razmerjih (Ley de Relaciones Laborales).

España:

Constitución Española, 29 de diciembre de 1978.
Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.
Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
Estatuto de Autonomía de Castilla y León aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre.
Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.
Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.
Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que transpone, entre otras, la Directiva de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

Estonia

Töölepingu seadus (Ley de Contrato de Trabajo).

Finlandia:

Työsopimuslaki 55/2001 (Ley de Contrato de Trabajo).
Laki työsopimuslain muuttamisesta 32/2022 (Ley de modificación de la Ley de Contrato de Trabajo).

Francia:

Code du travail (Código de Trabajo).
Décret n. 2015-1637 du 10 décembre 2015 relatif au périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (Decreto núm. 2015-1637, de 10 de diciembre de 2015, relativo al ámbito de aplicación de los criterios para la orden de despidos de las empresas sujetas a la obligación de establecer un plan de protección del empleo).

Grecia:

N. 1387/1983: Έλεγχος Ομαδικών Απολύσεων και άλλες διατάξεις (Ley 1387/83 sobre despidos colectivos).
N. 3863/2010: Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις. Ρυθμίσεις στις Εργασιακές Σχέσεις (Ley 3863/2010 sobre el Nuevo Sistema de Seguridad Social y disposiciones pertinentes. Reglamento sobre Relaciones Laborales).
Νόμος 4808/2021 ΦΕΚ Α' 101/19.06.2021, Για την Προστασία της Εργασίας - Σύσταση Ανεξάρτητης Αρχής "Επιθεώρηση Εργασίας" - Κύρωση της Σύμβασης 190 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας για την εξάλειψη της βίας και παρενόχλησης στον κόσμο της εργασίας - Κύρωση της Σύμβασης 187 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας για το Πλαίσιο Προώθησης της Ασφάλειας και της Υγείας στην Εργασία - Ενσωμάτωση της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1158 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20ής Ιουνίου 2019 για την ισορροπία μεταξύ της επαγγελματικής και της ιδιωτικής ζωής, άλλες διατάξεις του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων και λ ΦΕΚ Α' 158,0 9.2023, Για την ενίσχυση της εργασίας - Ενσωμάτωση της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1152 του Ευρωπαϊκού 2019 - 2019 - 2019 - 2019 δικασιών και ενίσχυση της Κάρτας Εργασίας - Αναβάθμιση της

επιχειρησιακής λειτουργίας του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης και της Επ ιθεώρησης Εργασίας (Ley 4808/2021 Boletín Oficial del Gobierno A' 101/19.06.2021, para la Protección Laboral - Establecimiento de una Autoridad Independiente "Inspección del Trabajo" - Ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo - Ratificación del Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Marco para la Promoción de la Seguridad y la Salud en el Trabajo - Incorporación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre la equilibrio entre la vida profesional y privada, otras disposiciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y otras normas urgentes, modificada por la Ley 5053/2023 Boletín Oficial del Gobierno A' 158/26.09.2023, para fortalecer el trabajo - Integración de Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 - Simplificación de los procesos digitales y refuerzo de la Tarjeta de Trabajo - Mejora de la función operativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo).

Hungría:

2003. évi CXXV. törvény az egyenlo bánásmódról és az esélyegyenlőség elomozdításáról (Ley de 22 de diciembre de 2003, sobre igualdad de trato y promoción de la igualdad de oportunidades).

2012. évi I. törvény a Munka Törvénykönyvéról (Código de Trabajo).

Irlanda:

Unfair Dismissals Acts (Leyes de despidos improcedentes de 1977 a 2007, última modificación en 2019).

Employment Equality Acts (Leyes de igualdad en el empleo de 1998 a 2015).

Italia:

Decreto Legislativo 14 Settembre 2015, n. 148 (Decreto legislativo de 14 de septiembre de 2015, núm. 148).

Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (Decreto legislativo 12 de enero de 2019, n. 14).

Letonia:

Darba likums (Derecho Laboral).

Lituania:

Darbo kodeksas Nr. XII-2603 (Código de Trabajo).

Luxemburgo:

Code du travail (Código de Trabajo).

Loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le Code du travail et la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (Ley del 23 de julio de 2015, importante reforma del diálogo social en el interior de las empresas).

Malta:

Cap. 452 - Att dwar l-Impiegi u r-Relazzjonijiet Industrijali, 2002 (Ley de Empleo y Relaciones Industriales).

Legislazzjoni Sussidjarja 452.80 - Regolamenti dwar Sensji Kollettivi Harsien ta' l-Impiegi Avviz Legali 428 tal-2002 kif emendat bl-Avvizi Legali 427 u 442 tal-2004, u 281 ta' 2017 (Legislación Subsidiaria 452.80 - Reglamento de Despidos Colectivos - Protección del Empleo, Aviso Legal 428 de 2002 modificado por los Avisos Legales 427 y 442 de 2004, y 281 de 2017).

Noruega:

Arbeidsmiljøloven (Ley de entorno laboral).

Países Bajos:

Ontslagregeling van 1 juli 2016 (Real Decreto sobre Despido).

Burgerlijk Wetboek (Código Civil).

Polonia:

Ustawa z dnia 13.03.2003 r. oo szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników - 'ustawa o zwolnieniach grupowych' (Ley de Despidos Colectivos).

Portugal:

Código do Trabalho Lei n. 7/2009, de 12 de Fevereiro (Código del Trabajo).
--

Rumanía:

Codul muncii, Legea nr. 53/2003, republicată în Monitorul Oficial nr. 345 din 18 mai 2011 (Código del Trabajo, Ley núm. 53/2003, publicado en el Boletín Oficial de Rumania núm. 345 de 18 de mayo de 2011).
--

Suecia:

Lag 1982:80 om Anställningsskydd (Ley de Protección del Empleo).
--

Arbetsmiljöverkets föreskrifter AFS 2001:1 om systematiskt miljöarbete (Disposiciones de la Autoridad Sueca del Entorno Laboral sobre la Gestión Sistemática del Entorno Laboral).
--

Unión Europea:

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).
--

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).

Recomendación núm. 143, de 1971, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa.
--

Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162).
--

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156).
--

Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165).

Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166).
--

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
--

Declaración de 1998 de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.
--

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
--

Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
--

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.
--

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada 26 de octubre de 2012.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) sobre decisiones automatizadas.

Carta Social Europea revisada (en España el 11 de junio de 2021, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021).

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.
--