



Consejo de Administración

344.ª reunión, Ginebra, marzo de 2022

Sección Institucional

INS

Fecha: 16 de febrero de 2022

Original: francés

Decimosexto punto del orden del día

Informe del Director General

Tercer informe complementario: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)

► Índice

	Página
I. Introducción	3
II. Examen de la reclamación.....	4
A. Alegatos de las organizaciones autoras de la reclamación	4
B. Observaciones del Gobierno	11
III. Conclusiones del Comité.....	15
A. Acuerdos de preservación o de fomento del empleo, denominados «acuerdos de desempeño colectivo» en la legislación vigente.....	15
B. Aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido.....	19
IV. Recomendaciones del Comité.....	25

▶ I. Introducción

1. Por comunicación de fecha 31 de enero de 2017, la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Confederación General del Trabajo - Fuerza Obrera (CGT-FO) presentaron a la Oficina, en virtud del artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, una reclamación en la que alegan el incumplimiento por parte del Gobierno de Francia del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). El 1.º de febrero de 2019, ambas confederaciones remitieron alegaciones complementarias.
2. Francia ratificó el Convenio núm. 158 el 16 de marzo de 1989, y el instrumento está vigente en el país.
3. Las disposiciones de la Constitución de la OIT relativas a la presentación de reclamaciones son las siguientes:

Artículo 24

Reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio

1. Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

Artículo 25

Posibilidad de hacer pública la reclamación

1. Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, este podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida.

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones, en su versión revisada por el Consejo de Administración en su 291.ª reunión (noviembre de 2004), el Director General acusó recibo de la reclamación e informó en consecuencia al Gobierno de Francia. En su 329.ª reunión (marzo de 2017), el Consejo de Administración se pronunció sobre la admisibilidad de la reclamación y designó un comité tripartito para que examinase los alegatos relacionados con el Convenio núm. 158. El Consejo de Administración nombró al Sr. Diego Cano Soler (miembro gubernamental, España) como miembro del comité tripartito establecido para examinar la reclamación, conjuntamente con la Sra. Renate Hornung-Draus (miembro empleadora, Alemania) y al Sr. Kelly Ross (miembro trabajador, Estados Unidos de América). Ahora bien, como España ya no ocupa un puesto en el Consejo de Administración desde las elecciones al Consejo de Administración de junio de 2017, y de conformidad con la decisión que el Consejo de Administración adoptó en su 332.ª reunión (marzo de 2018), el Sr. Khalid Atlassi (miembro gubernamental, Marruecos) ha sido nombrado por el Grupo Gubernamental en sustitución del Sr. Cano Soler. Finalmente, el 12 de febrero de 2019, el Sr. Khalid Dahbi ha sido nombrado representante del Gobierno de Marruecos en sustitución del Sr. Atlassi.

5. El Gobierno de Francia envió sus observaciones en dos comunicaciones, de 24 de noviembre de 2017 y de 30 de julio de 2019, respectivamente.
6. El comité tripartito se reunió formalmente el 21 de marzo y el 4 de noviembre de 2019, así como los días 12 y 20 de enero, 12 y 18 de febrero, 12 y 31 de marzo, 17 de mayo, 29 de septiembre, 1.º y 14 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022 a fin de examinar la reclamación y adoptar su informe.

► II. Examen de la reclamación

A. Alegatos de las organizaciones autoras de la reclamación

1. Acuerdos de preservación o de fomento del empleo

7. Las organizaciones autoras de la reclamación consideran que la ley núm. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y el aseguramiento de las trayectorias profesionales (en adelante, «ley Trabajo») no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 4, 8 y 9 del Convenio núm. 158. Según ellas, los acuerdos de preservación o de fomento del empleo («APDE», por su sigla en francés) generan despidos cuyo motivo sigue siendo oscuro, lo cual resta toda efectividad al control ejercido por los jueces.
8. Según las organizaciones autoras de la reclamación, el «despido específico» contemplado en el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo no se funda en un motivo válido en virtud del artículo 4 del Convenio núm. 158. Explican que el artículo 22 de la ley Trabajo, de 8 de agosto de 2016, por el que se introdujo esta disposición en el Código del Trabajo, instaura un dispositivo que permite concertar acuerdos colectivos que se denominan APDE. Como estos acuerdos pueden contener disposiciones cuya aplicación entraña una modificación del contrato de trabajo de los empleados de la empresa, cada empleado tiene la posibilidad de rechazar esa modificación de su contrato de trabajo. En caso de negativa por parte del empleado, la Ley autoriza al empleador a despedir al trabajador por un «motivo específico constitutivo de causa real y grave». Las dos confederaciones consideran que este motivo de despido otorga al empleador un margen de maniobra considerable, en la medida en que le autoriza a proceder a despidos sin justificación real, en menoscabo de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158. La indeterminación del «motivo específico» equivale en realidad a una ausencia de motivo. Las dos confederaciones critican la lógica de los APDE prevista en el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo, la cual, en aras del fomento del empleo, obliga a los empleados a renunciar a parte de su remuneración o bien a aceptar un aumento de su tiempo de trabajo por el mismo salario mientras la empresa realiza beneficios. Consideran que el despido previsto en el artículo L. 2254-2 no radica en un motivo basado en «las necesidades de funcionamiento de la empresa». Los APDE no afectan a las empresas en dificultad, o cuyas dificultades son inminentes, y por ello mismo son cuestionables los despidos fundados en la negativa del empleado a aceptar que se modifique su contrato de trabajo. Con referencia al Estudio General de 1995¹ de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), las dos confederaciones consideran que el verdadero motivo del despido basado en las «necesidades de funcionamiento de la empresa» es lograr un objetivo

¹ OIT, *Protección contra el despido injustificado, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982*, Informe III (Parte 4B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995.

de viabilidad: para tener una justificación válida, el despido debe ser indispensable para el buen funcionamiento de la empresa y, por tanto, para la viabilidad de ésta. Sin embargo, el objetivo de los APDE no es este. Si bien ambas organizaciones reconocen que el objeto de toda empresa es incrementar sus beneficios, estiman que no debe buscarlo en detrimento de los empleados. El principio informador de todo contrato de trabajo, y también del derecho del trabajo que se le aplica, es que el empleado acepta subordinarse a su empleador y renunciar a parte de su libertad en el marco de su trabajo a cambio de percibir una contraprestación: la remuneración estipulada en el contrato. No corresponde al empleado asumir los riesgos económicos de la empresa. Los APDE producen una inversión de esta lógica y permiten a las empresas imputar los riesgos de sus actividades a los empleados, solicitándoles que trabajen tanto como solían, pero por un salario inferior, o bien que trabajen más por el mismo salario.

9. Las dos confederaciones consideran que el motivo específico contemplado en el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo no tiene cabida en las categorías jurídicas de los motivos de despido previstos en el artículo 4 del Convenio y que, además, los jueces no tendrán la posibilidad de verificar si esos despidos están justificados.
10. Las organizaciones autoras de la reclamación alegan que el dispositivo de los APDE contraviene los artículos 8 y 9 del Convenio, en la medida en que implica neutralizar la facultad del juez para controlar la justificación del despido. Las dos confederaciones recuerdan que los artículos 8 y 9 del Convenio brindan a cada empleado la posibilidad de recurrir ante un organismo neutral el despido que considere injustificado. Dicho organismo debe estar facultado para «examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada». En Francia, las instancias facultadas para controlar la justificación del despido de empleados son los juzgados de lo social, cosa que la ley Trabajo no cuestiona: sigue siendo posible recurrir ante los jueces. Las organizaciones autoras de la reclamación consideran sin embargo que la posibilidad de recurrir a «un organismo imparcial» carece de interés si los miembros del mismo no pueden ejercer un control pleno y total de «las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo». Según el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo, «este despido obedece a un motivo específico constitutivo de causa real y grave [...]». En la carta de despido se enuncia el motivo específico del despido». Las organizaciones autoras de la reclamación consideran sumamente «desconcertante» que se trate de un despido «específico». En el texto no se indica cuál es este motivo específico ni si la verdadera causa del despido reside en el propio acuerdo colectivo. Así pues, si el empleado desconoce el motivo de este tipo de despido tendrá dificultades en defenderse contra él. Y si el motivo específico se basa en el propio acuerdo, también le será muy complicado impugnarlo porque, según las organizaciones autoras de la reclamación, «no tiene justificación y toda empresa puede utilizarlo siempre que invoque un objetivo (aun vago, no cifrado, y cuya realización no está controlada) de preservación o de fomento del empleo».
11. Así, pues, la ausencia de justificación del motivo específico impide al empleado impugnar eficazmente su despido. Esta constatación viene reforzada por el hecho de que la ley afirma que este motivo constituye una causa real y grave. Las organizaciones autoras de la reclamación estiman que, mediante este texto, el legislador inventa un tercer tipo de despido (que se suma al despido por motivos personales y al despido por motivo económico), calificado de *sui generis*, y juzga la validez de este motivo al disponer, de entrada, que constituye una causa real y grave. Ahora bien, debería competir al juez apreciar, a la luz de los elementos probatorios que aporte el empleador, la existencia o ausencia de este motivo, así como el carácter real y grave de este último. Pese a ello, el artículo L. 2254-2 reduce el control efectuado por el juez a una mera comprobación procesal, pues este ha de conformarse con verificar si el

acuerdo ha sido validado legalmente y si contiene todas las cláusulas obligatorias. Las organizaciones autoras de la reclamación alegan que los jueces no podrán controlar los fundamentos del acuerdo, ni por tanto su justificación, toda vez que cualquier empresa puede recurrir a este tipo de negociación sea cual fuere su situación económica. Consideran que la cuestión de la carga de la prueba regulada por el artículo 9 del Convenio pierde también sentido, ya que el empleador no tendrá más que invocar el APDE en la carta de despido para justificar este último. No se le exigirán más pruebas que el acuerdo mismo.

2. Aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido

12. En el complemento de información que presentaron a la Oficina el 1.º de febrero de 2019, las dos confederaciones señalan que las órdenes de 22 de septiembre de 2017 ratificadas por la ley de 29 de marzo de 2018 vulneran los principios enunciados en el artículo 10 del Convenio, en cuya virtud la indemnización abonada en caso de terminación injustificada de la relación de trabajo debe ser «adecuada», y el tribunal debe poder ordenar cualquier otra reparación que se considere apropiada. Hasta entonces, cuando un juez conocía de un caso de despido carente de motivo válido, debía proponer primero la readmisión del empleado en la empresa. En caso de negativa de una de las dos partes, ordenaba que el empleador abonase al empleado despedido una indemnización por despido. El empleado que trabajaba desde hacía al menos dos años en una empresa de 11 empleados o más no podía percibir una indemnización inferior a seis meses de salario bruto, sin tope máximo. Para el empleado que llevaba menos de dos años trabajando en una empresa o que trabajaba en una empresa de menos de 11 empleados, la indemnización debía calcularse en función del perjuicio sufrido, sin topes mínimo ni máximo (antiguo artículo L. 1235-5). Así, pues, el Derecho del Trabajo se caracterizaba por un principio de reparación íntegra del perjuicio. El juez era soberano a la hora de apreciar los hechos para determinar la cuantía de la indemnización del perjuicio sufrido por el empleado despedido.
13. Las dos confederaciones destacan que la orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo, modifica las disposiciones sobre la reparación financiera de los despidos sin motivo válido, mediante la fijación de las horquillas de indemnización de obligado cumplimiento (con topes máximos y mínimos) en función de la antigüedad del empleado y de las dimensiones de la empresa. Así, el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo dispone, en su versión enmendada, que si un empleado es despedido por una causa que no es real y grave, el juez puede proponer la readmisión del empleado en la empresa, sin pérdida de las ventajas adquiridas. Si una de las partes rechaza esta readmisión, el juez otorga al empleado una indemnización a cargo del empleador, por una cuantía comprendida entre los topes máximos y mínimos señalados en el cuadro que figura a continuación.

Antigüedad del empleado en la empresa (en años completos)	Indemnización mínima (en meses de salario bruto)	Indemnización máxima (en meses de salario bruto)
0	n.d.	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7

Antigüedad del empleado en la empresa (en años completos)	Indemnización mínima (en meses de salario bruto)	Indemnización máxima (en meses de salario bruto)
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 y más	3	20

En caso de despido de una empresa que habitualmente emplea a menos de 11 personas, serán aplicables los topes mínimos señalados a continuación, en lugar de aquellos indicados en el apartado anterior:

Antigüedad del empleado en la empresa (en años completos)	Indemnización mínima (en meses de salario bruto)
0	n.d.
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1

Antigüedad del empleado en la empresa (en años completos)	Indemnización mínima (en meses de salario bruto)
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

14. Observando que el tope mínimo legal aplicable a los empleados de las empresas de más de diez empleados y que tienen al menos dos años de antigüedad se reduce a la mitad (al pasar de seis a tres meses), las organizaciones autoras de la reclamación observan que la principal novedad introducida por el dispositivo de indemnización por despido sin causa real y grave reside en los topes máximos. Estos varían solamente en función de la antigüedad del empleado. Este es el único criterio que se toma en consideración para reparar el perjuicio sufrido por el empleado, mientras que otros, como la edad, la salud o las cargas familiares, se omiten totalmente de esta reparación del perjuicio. El tanto alzado previsto en la escala se cifra en un máximo de veinte meses a partir de veintinueve años de antigüedad, y no puede rebasar ese tope.
15. Las dos confederaciones señalan que el carácter imperativo de la escala admite una excepción, cuando el juez comprueba que en el despido concurrió una de las causas de nulidad mencionadas en el apartado 2 del artículo L. 1235-3-1 del Código del Trabajo.

Estas causas son:

- la violación de una libertad fundamental;
- la comisión de actos de acoso moral o sexual;
- el despido por discriminación;
- el despido como consecuencia de una demanda judicial relativa a la igualdad profesional entre hombres y mujeres o de la denuncia de infracciones penales;
- el despido vinculado al ejercicio de un mandato por un empleado aforado, y
- la vulneración de la protección de que gozan ciertos empleados (por maternidad, accidente del trabajo o enfermedades profesionales).

En estos supuestos, si el empleado no solicita la continuación de su contrato de trabajo o si resulta imposible que el empleado sea readmitido en el empleo, el juez ordena al empleador el abono de una indemnización que no puede ser inferior a los salarios devengados en los seis últimos meses y no estará limitada por un tope máximo.

16. Las dos confederaciones alegan que las nuevas disposiciones introducidas mediante las órdenes, en particular el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, no permiten garantizar una indemnización adecuada u otra reparación apropiada al trabajador despedido sin motivo válido, tal como se preceptúa en el Convenio.
17. En efecto, el Código del Trabajo no prevé indemnizaciones suficientemente elevadas para compensar el perjuicio sufrido por la víctima:

- i) La aplicación de una indemnización máxima impide garantizar una reparación adecuada del perjuicio por despido sin motivo válido. Las organizaciones autoras de la reclamación se refieren al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que en su decisión de 8 de septiembre de 2016 relativa a la reclamación núm. 106/2014, «Finnish Society of Social Rights contra Finlandia», declaró que la legislación finesa sobre la ruptura del contrato de trabajo, que limitaba a veinticuatro meses de salario la cuantía máxima de las indemnizaciones pagaderas por este concepto, era contraria a lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Social Europea, que impone una exigencia similar a la preceptuada en el artículo 10 del Convenio núm. 158, a saber: «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». Con referencia a un estudio publicado en mayo de 2015, y llevado a cabo por el Ministerio de Justicia por encargo del Ministerio de Trabajo «en el contexto de la reflexión sobre la aplicación de una escala de indemnización aplicable por las jurisdicciones laborales», las organizaciones autoras de la reclamación indican que los límites máximos de las horquillas de indemnización son en realidad inferiores a las cuantías mínimas que los tribunales laborales otorgaban en 2015. Concretamente, la indemnización máxima a la que puede aspirar un empleado con cuarenta años de antigüedad es igual a aquella pagadera a un empleado con veintinueve años de servicio, y ello pese a que los empleados de más edad son precisamente los que experimentan un desempleo de larga duración.
- ii) Las horquillas de indemnización crean una segunda dificultad según las organizaciones autoras de la reclamación: la de la globalización de los perjuicios vinculados al despido, que tiene por efecto reducir la cuantía del perjuicio derivado de la pérdida injustificada del empleo. El artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo ² prevé, en su apartado 4, que «para determinar la cuantía de la indemnización, el juez puede tomar en consideración, en su caso, indemnizaciones por despido abonadas con ocasión de la ruptura, con la salvedad de la indemnización por despido mencionada en el artículo L. 1234-9» ³. En virtud del apartado 5 del mismo artículo, «esta indemnización puede acumularse eventualmente a las indemnizaciones estipuladas en los artículos L. 1235-12, L. 1235-13 y L. 1235-15 ⁴, dentro del límite de las cuantías máximas previstas en el presente artículo». Según las organizaciones autoras de la reclamación, en cuanto el juez alcanza la cuantía máxima de la indemnización por despido sin motivo válido, todos los demás perjuicios quedan sin reparar porque, sumados, no pueden rebasar ese tope máximo.
- iii) La determinación de la horquilla de indemnización del perjuicio sufrido se basa únicamente en la antigüedad del empleado en la empresa. Las dos confederaciones

² En su versión modificada por la ley núm. 2018-217, de 29 de marzo de 2018.

³ El artículo L. 1234-9 remite a la indemnización por despido, devengada en todos los casos de despido justificado o no justificado, a menos que el empleado haya incurrido en una falta grave o gravísima.

⁴ Artículo L. 1235-12: «Cuando el empleador haya incumplido los procedimientos de consulta con los representantes del personal o de información a la autoridad administrativa, el juez concederá al empleado afectado por un despido colectivo por motivo económico una indemnización a cargo del empleador calculada en función del perjuicio sufrido».

Artículo L. 1235-13: «En caso de incumplimiento de la prioridad de contratación prevista en el artículo L. 1233-45, el juez concederá al empleado una indemnización que no podrá ser inferior a [orden 2017-1387 de 22 de septiembre de 2017] ‘un’ mes de salario».

Artículo L. 1235-15: «Se reputa irregular todo procedimiento de despido por motivo económico cuando la empresa haya incumplido la obligación de instituir un comité social y económico, y no se haya levantado el acta correspondiente. El empleado tendrá el derecho de cobrar, a cargo del empleador, una indemnización que no podrá ser inferior a un mes de salario bruto, sin perjuicio de las indemnizaciones devengadas por despido y preaviso».

consideran que el criterio de la antigüedad no permite por sí solo apreciar la situación personal del empleado. Aunque se pretenda que este criterio es objetivo, en realidad impide proceder a una verdadera evaluación individual del perjuicio y, por tanto, considerar la situación del empleado atendiendo a otros criterios, como la edad, la situación familiar, la formación y la titulación, la cuenca de empleo, la minusvalía o la reinserción. Según las organizaciones autoras de la reclamación, la duración de la relación de trabajo no es más que uno de los criterios considerados por los jueces competentes en cuanto al fondo para apreciar el perjuicio sufrido por el empleado. Es totalmente legítimo que, al término de un número determinado de años, el empleado espere cierta «estabilidad» en el trabajo, pero este es un criterio que dista de ser suficiente. En efecto, solo la evaluación de la situación personal e individual del empleado despedido puede garantizar la reparación adecuada del perjuicio sufrido, según se dispone en el artículo 10 del Convenio.

- 18.** Las organizaciones autoras de la reclamación alegan además que el Código del Trabajo tampoco prevé indemnizaciones suficientemente elevadas para disuadir al empleador de proceder a despidos injustificados. Observan que la administración francesa facilita incluso, en su página oficial, un «simulador de indemnizaciones en caso de despido improcedente». Esta posibilidad de calcular indemnizaciones de antemano diluye automáticamente el carácter disuasivo de la indemnización y vulnera lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Social Europea y del Convenio núm. 158. La existencia conjugada de un tope máximo a las indemnizaciones por despido, por una parte, y de la posibilidad de calcular de antemano el coste que este generaría, por otra, solo deja una protección escasa a los trabajadores despedidos sin causa real o grave. Las organizaciones autoras de la reclamación consideran que las cuantías mínimas son extremadamente bajas y se acercan, en definitiva, muy a menudo a las indemnizaciones legales pagaderas por despido injustificado.
- 19.** Las organizaciones autoras de la reclamación alegan además que la ley no prevé otras vías procesales que permitan completar la cuantía de la reparación. Indican que el Derecho francés no prevé otras vías legales para instar la compensación íntegra del perjuicio sufrido. El artículo L. 1235-3-1 del Código del Trabajo se limita a enumerar algunas excepciones a la aplicación de las horquillas de indemnización en caso de nulidad del despido, como por ejemplo el caso en que se haya vulnerado una libertad fundamental. Ahora bien, estos supuestos son tan solo marginales, se refieren a los casos de despido más improcedentes, y no permiten garantizar a todos los empleados una reparación adecuada del perjuicio sufrido.
- 20.** Finalmente, las organizaciones autoras de la reclamación alegan que el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo vulnera el derecho a un recurso efectivo contra la terminación injustificada de la relación de trabajo, previsto en el artículo 8 del Convenio. Consideran que la tasa de indemnización legal es tan escasa que disuade a las víctimas de despido improcedente de recurrir ante los tribunales.
- 21.** Las organizaciones autoras de la reclamación presentan, en apoyo de su complemento de información, varias resoluciones de juzgados de lo social (Cons. prud'h. Amiens, 19 de diciembre de 2018; Cons. prud'h. Grenoble, 18 de enero de 2019, y Cons. prud'h. Troyes, 13 de diciembre de 2018), que declararon las escalas legales incompatibles con lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Social Europea y/o en el artículo 10 del Convenio núm. 158.

B. Observaciones del Gobierno

1. Acuerdos de preservación o de fomento del empleo

22. En su respuesta de 24 de noviembre de 2017, el Gobierno indica que, el dispositivo cuestionado fue modificado por el artículo 3 de la orden núm. 2017-1385, de 22 de septiembre de 2017, sobre el fortalecimiento de la negociación colectiva, aún por ratificar, y que «sus observaciones versan pues sobre el dispositivo derivado del artículo 22 de la ley Trabajo, hoy derogado y sustituido por otro similar».
23. El Gobierno señala que los APDE previstos en la ley Trabajo constituyen una nueva categoría de acuerdos de empresa mayoritarios que permite adaptar las condiciones de ejecución del contrato de trabajo, en particular la remuneración, la duración y los horarios de trabajo, siempre que no se reduzca la retribución mensual del empleado. Explica que, si el empleado se niega a aceptar la modificación de su contrato de trabajo derivada del APDE, el empleador puede decidir despedirle con base en un motivo específico constitutivo de causa real y grave. El Gobierno añade que el motivo específico del despido debe enunciarse en la carta de despido. Sin embargo, corresponde al empleador proponer un recorrido de acompañamiento personalizado al empleado a quien piensa despedir, según se menciona en el artículo L. 2254-3 del Código del Trabajo⁵. Si el empleado acepta este recorrido, a partir del día siguiente a la fecha de la ruptura ostentará la condición de pasante de formación profesional y se beneficiará de un acompañamiento reforzado de Pôle emploi (servicios estatales de empleo, Francia). Además, si el empleado justifica que su antigüedad en la empresa es igual o superior a doce meses, cobrará una prestación de acompañamiento personalizado cuyo valor superará el de la prestación de ayuda a la búsqueda de un nuevo empleo. El Gobierno declara por tanto que el objeto de la reforma derivada de la ley Trabajo era desarrollar la negociación colectiva en las empresas para preservar y fomentar el empleo (y evitar así despidos), haciendo primar el acuerdo colectivo y mayoritario sobre el contrato de trabajo.
24. El Gobierno estima que las disposiciones cuestionadas no pueden considerarse incompatibles con el artículo 4 del Convenio, en el cual se admite que un despido puede estar justificado por un motivo relacionado con el funcionamiento de la empresa, que no se reduce a un motivo «económico» según se define en el artículo L. 1233-3 del Código del Trabajo. Opina que el legislador optó deliberadamente por no limitar la aplicación de este dispositivo a los supuestos en que la empresa atraviesa «dificultades económicas». El dispositivo tiene por objeto permitir a las empresas modificar la organización del trabajo a fin de captar nuevos mercados, y garantizar así el fomento del empleo o, al menos, el mantenimiento de los empleos existentes. El Gobierno indica que el dispositivo se inspira en prácticas de las industrias aeronáutica o automovilística, que han permitido a empresas de dichos sectores reactivar su crecimiento. Esta reforma está generalmente destinada a propiciar un acuerdo entre los representantes de los empleados y del empleador, sobre la base de un diagnóstico compartido previsto en el propio dispositivo, con miras a fomentar el empleo o a preservarlo. Así, pues, el acuerdo colectivo prima sobre el contrato de trabajo individual.
25. El Gobierno subraya que el motivo del despido derivado de la negativa del empleado a que se le aplique un APDE no es un motivo propiamente económico en el sentido de lo dispuesto en el artículo L. 1233-3 del Código del Trabajo, sino un motivo «específico constitutivo de causa real y grave».

⁵ Disposición derogada por la orden núm. 2017-1385, de 22 de septiembre de 2017.

26. El Gobierno indica que el empleado tiene, como en todo caso de despido, la posibilidad de recurrir ante el juzgado de lo social, respetando las condiciones y los plazos señalados por la ley. Observa además que el juez también controla el motivo invocado por el empleador, a quien el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo (modificado por la ley de 8 de agosto de 2016) impone en efecto la obligación de «enunciar el motivo específico del despido» en la carta de despido.
27. El Gobierno puntualiza que esta obligación viene también impuesta por un dispositivo similar de despido por un motivo *sui generis*, cuando el empleado rechaza la modificación derivada de un acuerdo de reducción del tiempo de trabajo: en la carta de despido dirigida al empleado «debe indicarse dicho acuerdo» (Cass. soc., 15 de marzo de 2006, núm. 04-40.504); en su defecto, se considerará que la carta no está debidamente motivada, lo cual convertirá el despido en una terminación de la relación de trabajo sin causa real y grave.
28. Finalmente, el juez solo puede validar el carácter real y grave de un despido en virtud de un APDE si el acuerdo colectivo es conforme a las disposiciones legales aplicables (en su fundamento, las modalidades de adopción, su contenido y el respeto de las reglas sobre la validez del acuerdo mayoritario). Por tanto, los APDE deben ajustarse al orden público y social.

2. Aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido

29. Por comunicación de 30 de julio de 2019, el Gobierno indica que la institución de una escala, a imagen y semejanza de otros Estados europeos (como Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia y Suiza), apunta a conferir mayor previsibilidad y seguridad jurídica a la relación de trabajo, o a los efectos de su ruptura para el empleador y el empleado. No se trata de privar al empleado de una indemnización justa, sino de reglar la cuantía que pueda costar esta ruptura, en ocasiones después de varios años de procedimientos judiciales. El objetivo es armonizar las prácticas judiciales para ofrecer mayor seguridad jurídica y mayor previsibilidad a las partes en el contrato en caso de ruptura de la relación de trabajo.
30. El Gobierno recuerda que el Parlamento ratificó la orden núm. 2017-1387 mediante la ley de 29 de marzo de 2018, que esta ley se sometió a examen del Consejo Constitucional y que este declaró que el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, por el cual se instaura la escala de indemnización, era conforme a la Constitución.
31. El Gobierno observa además que el Convenio núm. 158 reserva a los Estados que lo han ratificado un margen de apreciación importante respecto a las medidas que deben tomarse y que la conformidad de la ley francesa con el Convenio debe evaluarse de manera global, es decir, a la luz de todas las disposiciones legales que penalizan el despido injustificado o ilícito, y no solo con arreglo a la escala fijada en el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo. Por ende, esta apreciación deberá realizarse teniendo presentes todas las excepciones legales a la aplicación de la escala en caso de vulneración de libertades fundamentales, de acoso o discriminación, o de desconocimiento de la protección debida a ciertas categorías de empleados, excepciones que pueden entrañar la nulidad del despido y justificar el mantenimiento de la misma, con el consiguiente derecho del empleado a ser readmitido en la empresa y a cobrar una indemnización sin tope máximo. El Gobierno indica también que, respecto de los despidos sujetos a esta escala, convendrá tomar en consideración el derecho de reparación de los perjuicios diferenciados de la pérdida del empleo y el derecho de reparación por las faltas diferenciadas que se hayan cometido con ocasión de la ruptura de contrato. Finalmente, se deberá tomar en consideración la condena del empleador a reembolsar las indemnizaciones por despido abonadas al empleado, en determinadas condiciones. Todas estas reglas conforman un dispositivo global de penalización y reparación

que, según el Gobierno, se ciñen plenamente al Convenio, y en particular a sus artículos 8, 9 y 10.

32. El Gobierno comunica además que, el 17 de julio de 2019, el pleno del Tribunal de Casación pronunció, a instancia de dos juzgados de lo social, un dictamen sobre la cuestión de la aplicación de topes máximos a las indemnizaciones por despido (dictamen núm. 15012). En él se consideraban compatibles con el artículo 10 del Convenio las disposiciones del artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, en su tenor derivado de la orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, en cuya virtud un empleado con un año completo de antigüedad en una empresa de al menos 11 empleados que haya sido despedido sin causa real y grave tendrá derecho a cobrar una indemnización por una cuantía que no podrá ser inferior a un mes de salario bruto ni superior a dos meses de salario bruto. El Gobierno observa que el Tribunal de Casación estimó que «el término ‘adecuada’ debía entenderse en el sentido de que reservaba un margen de apreciación a los Estados partes» y que, para apreciar si el dispositivo por el que se establecía la escala era conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio, tomó en consideración todas las disposiciones de la legislación francesa sobre el despido improcedente, y en particular la facultad del juez para proponer la readmisión del empleado en la empresa y las excepciones a la aplicación de la escala. El Tribunal de Casación declaró en conclusión que dichas disposiciones del artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo eran compatibles con el artículo 10 del Convenio.
33. Respecto a la cuantía de las indemnizaciones que las dos confederaciones sindicales consideran demasiado bajas, el Gobierno observa que dichas confederaciones afirman que la situación existente en Francia es similar a aquella por la que el CEDS reconoció en Finlandia una vulneración del apartado *b)* del artículo 24 de la Carta Social Europea, artículo que sienta el mismo principio que el artículo 10 del Convenio núm. 158. El Gobierno declara que se opone a esta apreciación, al tratarse de dos situaciones distintas y, por tanto, difícilmente comparables. Considera que: «i) el apartado *b)* del artículo 24 de la Carta y el artículo 10 del Convenio núm. 158 no excluyen el principio de que se fije un tope máximo a las indemnizaciones por despido, y deben interpretarse, según la jurisprudencia del CEDS, en el sentido de que *se otorguen indemnizaciones por una cuantía suficientemente elevada para disuadir al empleador y para compensar el perjuicio sufrido por la víctima*, y que ii) «el CEDS especificó que fijar un tope máximo a las indemnizaciones por despido sin motivo válido solo podría contravenir la Carta si *las indemnizaciones otorgadas no fueran proporcionales al perjuicio sufrido y no fuesen suficientemente disuasivas*». Ahora bien, el Gobierno estima que el carácter disuasivo de las indemnizaciones y la compensación por el perjuicio sufrido por el empleado deben analizarse a la luz de todos los mecanismos de indemnización vigentes, con una perspectiva global e *in abstracto*, y no solamente sobre la base de la escala y de un supuesto de hecho evaluado *in concreto*.
34. El Gobierno subraya que, por resolución núm. 2018/761 DC, de 21 de marzo de 2018, el Consejo Constitucional consideró que fijar un tope máximo a las indemnizaciones por despido «no cercena de manera desproporcionada» los derechos de las víctimas de actos culpables a la luz del objetivo de interés general de conferir mayor previsibilidad a las consecuencias de la ruptura del contrato de trabajo. En dicha resolución reconoció claramente que: i) la previsibilidad de las consecuencias de la ruptura del contrato de trabajo constituye un motivo de interés general que permite adaptar el derecho a una reparación, y que ii) las condiciones en que se ha adaptado este derecho no pueden, por su naturaleza, entrañar una vulneración desproporcionada de ese derecho, ya que, por una parte, las cuantías corresponden a los «promedios constatados» de las indemnizaciones que los tribunales otorgaban antes de la

reforma y, por otra parte, la escala no es aplicable en varios supuestos que corresponden a las situaciones más graves sancionadas con la nulidad del despido.

35. El Gobierno considera procedente especificar que el único objetivo de la indemnización por despido sin causa real es reparar el perjuicio derivado de la ausencia de justificación de la ruptura. La escala no cubre por tanto la reparación de los perjuicios diferenciados de la ausencia de causa real y grave de despido, ni aquellos originados por faltas diferenciadas del empleador (como el perjuicio debido a circunstancias vejatorias vinculadas a la ruptura del contrato de trabajo; el perjuicio vinculado a la pérdida, para el empleado, de oportunidades de hacer fructificar su capital invertido en el plan de ahorro de la empresa; el perjuicio originado por la pérdida de oportunidades de participar en una formación, o bien el perjuicio debido a la degradación del estado de salud del empleado por causas imputables al empleador).
36. El Gobierno sostiene que el juez no se ve privado en modo alguno del poder de evaluar los distintos motivos de perjuicio invocados por el empleado, a la luz de los elementos probatorios que se le presentan, a fin de que, acumuladas, las indemnizaciones otorgadas reparen adecuadamente la totalidad del perjuicio sufrido por este.
37. El Gobierno aduce asimismo que el aspecto financiero de la pérdida del empleo (privación de los salarios) se ve en parte compensado por el mecanismo del seguro por desempleo, parcialmente financiado por una cotización patronal y destinado precisamente a asegurar al empleado contra el riesgo de pérdida involuntaria del empleo.
38. Respecto del alegato según el cual las cuantías previstas en la escala son demasiado bajas para asegurar una función disuasiva, el Gobierno aduce lo siguiente: i) que el efecto disuasivo no depende del carácter desconocido e imprevisible de la cuantía de la indemnización, sino de la cuantía misma considerada a la luz de la situación de la empresa y del contexto económico; ii) que el legislador ha previsto que la escala no se aplique en el caso de las infracciones más graves que entrañan la nulidad del despido, y iii) que cuando el juez reconoce que un despido carece de causa real y grave puede ordenar, en determinados casos (cuando el empleado tiene al menos dos años de antigüedad en una empresa que habitualmente emplea a 11 personas por lo menos), y sin que el empleado se lo solicite, que el empleador reembolse a *Pôle emploi* la totalidad de las indemnizaciones por despido abonadas al interesado, o parte de las mismas, respetando el límite de seis meses (artículo L. 1235-4 del Código del Trabajo). Según el Gobierno, este reembolso representa para el empleador una carga adicional y de consideración, en particular respecto a los empleados que tienen poca antigüedad, pues se suma a la indemnización pagadera al empleado en concepto de reparación por el despido sin causa real y grave.
39. Finalmente, el Gobierno refuta el alegato de las organizaciones autoras de la reclamación según el cual el Derecho francés no contempla otras vías procesales para permitir la compensación íntegra del perjuicio sufrido. Cuando el empleado puede demostrar que ha sufrido un perjuicio diferenciado, puede obtener una reparación diferenciada, legalmente derivada de la responsabilidad civil del empleador. Según el Gobierno, estas indemnizaciones adicionales no son ni teóricas ni residuales.

► III. Conclusiones del Comité

40. El Comité toma nota de que los alegatos de las organizaciones autoras de la reclamación versan sobre dos aspectos principales: i) los acuerdos de preservación o de fomento del empleo, denominados «acuerdos de desempeño colectivo» en la legislación vigente, y ii) la cuestión de la aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido en caso de terminación improcedente de la relación de trabajo.

A. Acuerdos de preservación o de fomento del empleo, denominados «acuerdos de desempeño colectivo» en la legislación vigente

41. El Comité toma nota de que los alegatos de las organizaciones autoras de la reclamación, así como la respuesta del Gobierno, versan sobre el dispositivo del artículo L. 2254-2 en su tenor introducido por la ley Trabajo de 8 de agosto de 2016. Si bien las partes no comunicaron a la Oficina información sobre la ulterior evolución de la legislación, el Comité observa que, desde que se presentó la reclamación, el artículo L. 2254-2 ha sido enmendado por el artículo 3 de la orden núm. 2017-1385, relativa al fortalecimiento de la negociación colectiva, de 22 de septiembre de 2017, a su vez modificado por el artículo 2 de la ley núm. 2018-217, de 29 de marzo de 2018, por la que se ratificaron diversas órdenes adoptadas al amparo de la Ley Habilitante núm. 2017-1340, de 15 de septiembre de 2017⁶.
42. En la versión vigente en virtud de la ley de 29 de marzo de 2018, el acuerdo pasa a denominarse «acuerdo de desempeño colectivo». Pese a las modificaciones antes mencionadas, el Comité entiende que el dispositivo sigue siendo fundamentalmente el mismo: si un empleado se niega a aceptar la modificación de su contrato de trabajo derivada de la aplicación del acuerdo de la empresa previsto por la ley, el empleador puede decidir despedirle por un motivo constitutivo de una causa real y grave.
43. Dicho esto, conviene señalar ciertas modificaciones sustanciales del dispositivo introducido por la ley Trabajo.
- En su versión inicial, prevista en la ley Trabajo, el artículo L. 2254-2 (I) versa sobre los APDE. En las versiones posteriores, el párrafo I del dispositivo considerado no contempla solamente la preservación y el fomento del empleo, sino que integra además la referencia a las necesidades de funcionamiento de la empresa.
 - La orden núm. 2017-1385 amplía el ámbito de aplicación del acuerdo de empresa a la movilidad profesional o geográfica dentro de la empresa. El artículo L. 2254-2 (III) prevé ahora que las cláusulas del acuerdo de empresa sustituyen ipso iure las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, incluso en materia de remuneración, duración del trabajo y movilidad profesional o geográfica dentro de la empresa.
 - Se ha suprimido la mención de la obligación inicial de enunciar, en la carta de despido, el motivo específico del despido (que no la obligación misma, pues el artículo L. 2254-2 (V) remite al artículo 1232-6). Además, la obligación de que el empleador y las organizaciones sindicales de empleados establezcan un diagnóstico compartido ya no figura en las versiones modificadas del artículo considerado. Finalmente, también se ha modificado el dispositivo relativo al acompañamiento del empleado que rechaza la aplicación del acuerdo.

⁶ Véase el artículo L. 2254-2 (y las diversas enmiendas al mismo).

44. El Comité toma nota de que, en su reclamación de 31 de enero de 2017, las organizaciones autoras de la misma alegan que el incumplimiento del Convenio núm. 158 por Francia y, en particular, la reglamentación por la ley Trabajo de los despidos efectuados como consecuencia de la firma APDE, vulneran los artículos 4, 8 y 9 del Convenio.
45. El Comité toma nota de que, según las organizaciones autoras de la reclamación, la ley Trabajo vulnera el Convenio porque autoriza a las empresas a realizar despidos con independencia de la aptitud y de la conducta del empleado, así como al margen de toda dificultad económica, mientras mantienen «una lógica de fomento y desarrollo empresarial». Estiman que esta ley brinda al empleador la posibilidad de despedir al empleado sin motivo real, sin necesidad de justificarse ante un juez y sin que el empleado pueda defenderse. Las dos confederaciones afirman que:
- i) el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo resultante de la ley Trabajo autoriza la firma de APDE que, aun no existiendo dificultades económicas, pueden obligar a los trabajadores, en aras del fomento del empleo, a renunciar a parte de su remuneración o a aceptar que se aumente su tiempo de trabajo sin que se modifique su salario, y
 - ii) el trabajador que se niegue a que se le aplique este acuerdo podrá ser despedido por un «motivo específico constitutivo de causa real y grave».
46. El Comité toma nota de que las organizaciones autoras de la reclamación alegan primero que, en la medida en que los acuerdos de desempeño colectivo pueden firmarse aun no existiendo necesidades relacionadas con el funcionamiento de la empresa, el despido específico contemplado en el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo no se basa en un motivo válido en el sentido de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio. El Comité toma nota de que las dos confederaciones alegan asimismo que la indicación del nuevo artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo según la cual el despido derivado de la negativa del empleado a aceptar la aplicación de un acuerdo se basa en un «motivo específico constitutivo de causa real y grave» impide que el juez ejerza un control genuino sobre la justificación del despido, lo cual contraviene los artículos 8 y 9 del Convenio, y que aunque los jueces se negasen a apreciar en el artículo L. 2254-2 una presunción de validez del despido, su función de control se reduciría meramente a comprobar la validez del acuerdo desde el punto de vista procesal.

Necesidades de funcionamiento de la empresa

47. El Comité recuerda que, según el artículo 4 del Convenio, «[n]o se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».
48. El Comité toma nota de que, según el Gobierno, la reforma derivada de la ley Trabajo se introdujo para desarrollar la negociación en las empresas a fin de preservar y fomentar el empleo (y evitar así despidos) haciendo primar el acuerdo colectivo y mayoritario sobre el contrato de trabajo. Según el Gobierno, no cabe considerar que las disposiciones cuestionadas sean incompatibles con el artículo 4 del Convenio, en el cual se admite que un despido puede estar justificado por un motivo relacionado con el funcionamiento de la empresa, que no se reduce a un motivo «económico». Así, pues, no procede circunscribir la aplicación del dispositivo a los supuestos en que la empresa atraviesa dificultades económicas. El Comité toma nota de que, según el Gobierno, este dispositivo tiene por objeto permitir a las empresas modificar la organización del trabajo para captar nuevos mercados, y garantizar así el fomento del empleo o, cuando menos, el mantenimiento de los empleos existentes.

49. El Comité toma nota además de que, según el Gobierno, el empleado tiene, como en todo caso de despido, la posibilidad de recurrir ante el juzgado de lo social, respetando las condiciones y los plazos señalados por la ley. El Comité toma nota de que el Gobierno indica que el juez: i) controla que el empleador haya respetado rigurosamente el procedimiento de despido por motivo económico individual; toda irregularidad sustancial entraña la recalificación del despido en despido sin causa real y grave, y ii) controla también el motivo invocado por el empleador. De hecho, según el Gobierno, las disposiciones del artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo (modificado por la ley de 8 de agosto de 2016) imponen la obligación de «enunciar el motivo específico del despido» en la carta de despido.
50. El Comité observa que la redacción actual del artículo L. 2254-2 prevé un dispositivo aplicable a todo acuerdo colectivo que reajuste las condiciones de empleo, para atender «las necesidades de funcionamiento de la empresa», o bien para preservar o fomentar el empleo.
51. A este respecto, el Comité observa que la CEACR ha reiterado a menudo que la necesidad de un motivo válido constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio para limitar el poder discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo por un motivo cualquiera o sin motivo.
52. El Comité también observa que la CEACR indicó en su Estudio General de 1995 ⁷ que, si bien el concepto de «necesidades de funcionamiento de la empresa» no se definía ni en el Convenio ni en la Recomendación, en el informe propuesto por la Oficina en la primera discusión de la Conferencia se exponía que los motivos de despido son en general «económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. Las terminaciones por estas razones pueden ser individuales o colectivas e involucrar una reducción de personal o el cierre de la empresa» (párrafo 96). La Comisión se refirió a su estudio de 1974, relativo a la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119), en el que había destacado que «las causas relacionadas con el funcionamiento de la empresa se definen por referencia a un excedente de mano de obra o a la reducción del número de puestos por motivos económicos o técnicos, o en los casos de fuerza mayor o caso fortuito» (ibídem). Prosiguió remitiéndose a la legislación de dos Estados: el primero, Chile, donde «se citan a título de ejemplo las causas siguientes: la racionalización o modernización de las empresas, establecimientos o servicios; las bajas en la productividad, los cambios en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la terminación de uno o más trabajadores, y la falta de adaptación laboral o técnica del trabajador»; y el segundo, Francia, donde «se dictaminó que no puede invocarse ningún motivo de índole económica cuando la terminación es consecuencia de una reorganización que no redunde en interés de la empresa» (párrafo 97). La Comisión de Expertos indicó asimismo que «la causa relacionada con las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio podría definirse también de manera negativa como toda causa exigida por las necesidades económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, pero que no es inherente a la persona del trabajador» (párrafo 98).
53. En su observación general formulada en 2008, la Comisión de Expertos estableció la relación existente entre los despidos y el derrumbe económico trayendo a colación la cuestión de la viabilidad de la empresa: «La Comisión entiende que en los principios básicos del Convenio hay un equilibrio bien construido entre los intereses del empleador y los intereses del trabajador como lo demuestran las disposiciones sobre despidos por razones basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Lo anterior tiene particular importancia en el contexto de la crisis financiera actual. Dado que el Convenio apoya a las empresas productivas

⁷ OIT, *Protección contra el despido injustificado*.

y sostenibles, se reconoce que un derrumbe económico puede ser causa justificada de despido».

- 54. El Comité observa que en el Convenio y en la Recomendación no se define la noción de necesidades de funcionamiento de la empresa, las cuales los órganos de control han ilustrado sobre la base de elementos concretos tomados de las fuentes citadas en los párrafos 52 y 53, *supra*. En vista de las consideraciones que anteceden, el Comité estima que corresponde al juez nacional determinar si se ha respetado de manera efectiva esta noción de necesidades de funcionamiento de la empresa en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio.**

Apreciación por el juez de la justificación del despido

- 55.** El Comité toma nota de que el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo dispone que las cláusulas del acuerdo de desempeño colectivo sustituyen ipso iure las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, incluso en materia de remuneración, duración del trabajo y movilidad profesional o geográfica dentro de la empresa. El empleado tiene la posibilidad de rechazar la modificación de su contrato de trabajo derivada de la aplicación del acuerdo. Si el empleador decide despedir a los empleados que rechazan la aplicación del acuerdo, este despido se basa entonces en un motivo que, por disposición expresa del Código del Trabajo, constituye «una causa real y grave».
- 56.** El Comité recuerda las disposiciones siguientes:
- según el artículo 8 del Convenio:
 1. [e]l trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.
 - según el artículo 9 del Convenio:
 1. [l]os organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.
 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1⁸ del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:
 - a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;
 - b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.
 3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para

⁸ Artículo 1. «Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional».

verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio.

57. El Comité observa que, según las disposiciones del Convenio antes citadas, en los casos de despido en que se invoquen motivos basados en las necesidades de funcionamiento de la empresa, el órgano encargado de examinar la validez del despido deberá, cuando menos: i) poder ejercer un control efectivo y no meramente formal del motivo del despido para cerciorarse en particular de que la ruptura del contrato de trabajo se debió verdaderamente a motivos basados en las necesidades de funcionamiento de la empresa y no a otras razones que podrían resultar contrarias a lo dispuesto en el Convenio, y ii) garantizar que la carga de probar si el despido estaba justificado no recaiga solamente en el empleado.
58. **El Comité considera que, sin perjuicio de la afirmación expresa, en el artículo L. 2254-2, del carácter real y grave del despido basado en la negativa del empleado a aceptar la modificación de su contrato de trabajo como consecuencia de la firma de un acuerdo de desempeño colectivo, el juez debe poder seguir procediendo a un verdadero control judicial. El Comité considera, en efecto, que el texto del artículo L. 2254-2 se limita a recordar la exigencia de que todo despido debe estar fundamentado en una causa real y grave. Corresponde al juez determinar, en el marco de los procedimientos judiciales relativos al despido basado en el artículo L. 2254-2, si existe o no un motivo válido en virtud del artículo 4 del Convenio, es decir, si las razones del despido se basan en «las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», en la inteligencia de que, durante las deliberaciones judiciales, la carga de la prueba no deberá recaer solamente sobre el empleado. El Comité ruega al Gobierno que tenga informada a la CEACR a este respecto, en el marco del control regular de la aplicación del Convenio.**

B. Aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido

59. El Comité observa que los alegatos adicionales presentados por las organizaciones autoras de la reclamación el 1.º de febrero de 2019 se refieren en general a la reparación en caso de despido improcedente, al margen de la cuestión de los acuerdos de desempeño colectivo.
60. El Comité observa que el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo instituye una escala aplicable a la fijación por el juez de la indemnización por despido sin causa real y grave, sin que ésta pueda rebasar las cuantías máxima y mínima señaladas. Las cuantías máximas varían, según la antigüedad del empleado, entre uno y veinte meses de salario bruto. El Comité observa que la horquilla compensatoria resulta aplicable en cualquier caso, con independencia de los efectivos de la empresa. Solo las cuantías mínimas correspondientes a los diez primeros años de antigüedad difieren en función de que la empresa emplee a menos de 11 personas o bien a 11 personas o más. Anteriormente, los jueces eran libres de fijar las cuantías, toda vez que los textos no preveían tope máximos⁹.

⁹ En los artículos L. 1235-3 y L. 1235-5 del Código del Trabajo, vigentes del 1.º de mayo de 2008 en la fecha de entrada en vigor de la orden núm. 2017-1387 de 22 de septiembre de 2017, se fijaban las indemnizaciones por despido sin causa real y grave: i) en la cuantía del perjuicio sufrido para los empleados con menos de dos años de antigüedad en una empresa o despedidos de una empresa que emplea a menos de 11 personas, y ii) en la cuantía equivalente, al menos, a los salarios de los seis últimos meses para los demás empleados. Desde la publicación del decreto núm. 2016-1581 de 23 de noviembre de 2016 hasta la publicación de la orden núm. 2017-1387 de 22 de septiembre de 2017, el mínimo legal de seis meses de salario siguió aplicándose y fue completado con el nuevo referente indicativo previsto en el decreto en virtud de la ley núm. 2015-990 de 6 de agosto de 2015. Desde el 24 de septiembre de 2017, solo se aplican las escalas previstas en la orden núm. 2017-1387.

61. La cuestión sometida a examen del Comité consiste en saber si el sistema de «aplicación de escalas» a las indemnizaciones por despido, introducido en septiembre de 2017, permite el «pago de una indemnización adecuada o de otra reparación que se considere apropiada», de conformidad con el artículo 10 del Convenio.
62. El Comité toma nota de que, según las organizaciones autoras de la reclamación, la escala es contraria al artículo 10 del Convenio, en particular por cuanto obstaculiza el pleno ejercicio de la función del juez, cuyo poder «embrida». La aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones que la jurisdicción de lo social puede otorgar impide que los jueces aprecien en su globalidad las situaciones individuales de los empleados injustamente despedidos, y fijen una reparación justa para compensar perjuicio sufrido por éstos. Además, el Comité toma nota de que las organizaciones autoras de la reclamación alegan que las indemnizaciones que el nuevo dispositivo cuestionado permite otorgar no son suficientes para compensar el perjuicio sufrido, ni para disuadir al empleador de proceder a despidos improcedentes, y finalmente que no existen otras vías procesales que permitan completar la cuantía de la reparación.
63. El Comité toma nota de que, en su comunicación de 30 de julio de 2019, el Gobierno recalca especialmente: i) el objetivo de la reforma, que consiste en conferir, mediante la armonización de las prácticas judiciales, mayor seguridad a la relación de trabajo y a los efectos de su ruptura para los empleadores y sus empleados, y ii) la importancia de comprender bien el mecanismo de la escala en el marco del dispositivo global de penalización y reparación que, según él, cumple plenamente las exigencias del Convenio. El Comité toma nota de que el Gobierno destaca en particular que la escala no es aplicable en varios supuestos que corresponden a las situaciones más graves sancionadas con la nulidad del despido. El Comité también toma nota de que el Gobierno indica que las cuantías previstas en la escala corresponden a «los promedios constatados» de las indemnizaciones que los tribunales otorgaban antes de la reforma ¹⁰.
64. El Comité toma nota de que la aplicación de este dispositivo (que instituye una escala que ya no es meramente indicativa, sino también obligatoria) ¹¹ ha sido impugnada ante los juzgados de lo social, por incumplimiento de compromisos internacionales contraídos por Francia. La motivación de las sentencias correspondientes es a menudo la misma: la escala considerada contraviene lo dispuesto en el Convenio núm. 158 y en la Carta Social Europea, dos textos que prevén que una jurisdicción nacional debe estar facultada para ordenar el pago de una reparación apropiada en caso de despido injustificado. Se alega que la escala de daños y perjuicios fijada en las órdenes de 2017 no cumple esta condición, de forma que muchos juzgados de lo social han descartado su aplicación por no considerarla ajustada a derecho y han otorgado indemnizaciones superiores a aquellas fijadas en la misma. El Comité toma nota de que los juzgados de lo social han pronunciado también sentencias en contrario, como subraya el Gobierno en su comunicación de 30 de julio de 2019.
65. El Comité toma nota asimismo de la postura adoptada por el Tribunal de Apelación de Reims, que en una decisión de 25 de septiembre de 2019 resolvió, sin cuestionar la conformidad de la escala *in abstracto*, que el juez debe poder controlar la conformidad de la escala *in concreto* y

¹⁰ El impacto de la escala en las sentencias será objeto de las futuras labores del Comité de evaluación de las órdenes de 22 de septiembre de 2017, cuyos resultados podrán apreciarse a la luz de un estudio ya disponible, que se realizó con el apoyo de la misión de investigación *Droit et Justice* y se publicó en febrero de 2019. Se trata de un estudio (que versa sobre 408 casos) elaborado con el objeto de contrastar lo que los demandantes obtuvieron realmente (antes de entrar en vigor las órdenes de 2017) con lo que habrían obtenido si se les hubiera aplicado esta escala, atendiendo a criterios como la antigüedad del trabajador en la empresa. Véase el [Informe intermedio del Comité de evaluación](#), julio de 2020, 97 y 98.

¹¹ Véase *supra*, nota 9.

descartar en su caso, a instancia del empleado, la aplicación del tope máximo si considera que lesiona de manera desproporcionada el derecho a una reparación adecuada del perjuicio sufrido. Por su parte, el Tribunal de Apelación de París, por decisión de 30 de octubre de 2019, consideró que el juez francés, en relación con las cuantías mínimas y máximas preceptuadas con base en la antigüedad y la plantilla de la empresa, conservaba un margen de apreciación. En fechas más recientes, por decisión de 16 de marzo de 2021, el Tribunal de Apelación de París descartó la cuantía máxima fijada por la escala porque apenas representaba la mitad del perjuicio sufrido por la demandante y no permitía ofrecer una indemnización adecuada y apropiada que fuese compatible con las exigencias previstas en el artículo 10 del Convenio núm. 158. En este mismo sentido, por decisión de 30 de septiembre de 2021, el Tribunal de Apelación de Grenoble descartó la escala al apreciar, *in concreto*, el perjuicio sufrido por el trabajador.

66. El Comité toma nota de que dos juzgados de lo social solicitaron al Tribunal de Casación un dictamen sobre la conformidad del dispositivo de la escala con el artículo 10 del Convenio, sin esperar a que se recabara la tutela de dicho Tribunal para conocer del fondo de esta cuestión. El Comité recuerda que, en virtud del artículo 10 del Convenio, «[s]i los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada».
67. El Comité toma nota de que, en sus dictámenes núms. 15012 y 15013 de 17 de julio de 2019, el Tribunal de Casación consideró que:

el término «adecuada» utilizado en el artículo 10 debía entenderse en el sentido de que reservaba un margen de apreciación a los Estados parte.

Después destacó que:

[e]n Derecho francés, si el despido no obedece a una causa real y grave, el juez puede proponer la readmisión del empleado en la empresa. Si la integración es rechazada por una de las dos partes, el juez otorga una indemnización a cargo del empleador, comprendida entre los límites mínimos y máximos señalados. La aplicación de la escala prevista en el artículo L. 1253-3 del Código del Trabajo queda descartada en caso de nulidad del despido, en virtud del artículo L. 1235-3-1 de dicho Código.

De las consideraciones que anteceden, el pleno del Tribunal de Casación infirió lo siguiente:

- i) las disposiciones del artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, que fijan una escala aplicable a la fijación por el juez de la indemnización por despido sin causa real y grave, y que señalan concretamente, para un empleado con un año completo de antigüedad en una empresa que emplea al menos a 11 personas, una indemnización por despido sin causa real y grave comprendida entre un tope mínimo de un mes de salario bruto y un tope máximo de dos meses de salario bruto, eran compatibles con lo dispuesto en artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, en la medida en que el Estado se limitó a hacer uso de su margen de apreciación (dictamen núm. 15012), y

ii) las disposiciones del artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, que fijan una escala aplicable a la fijación por el juez de la indemnización por despido sin causa real y grave, son compatibles con lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT (dictamen núm. 15013).

- 68.** El Comité toma nota de que el Tribunal de Casación considera que las medidas adoptadas en cumplimiento del artículo L 1235-3 del Código del Trabajo fueron tomadas en virtud del margen de apreciación atribuido a los Estados en la determinación de una reparación adecuada y que, al fijar una escala aplicable a la fijación por el juez de la indemnización por despido sin causa real y grave, el Estado solo se ha limitado a hacer uso de su margen de apreciación.
- 69.** El Comité toma nota de que, después de los avisos antes mencionados y a la espera de una decisión de la alta jurisdicción, subsisten divergencias de interpretación entre las distintas jurisdicciones nacionales.
- 70.** El Comité observa que la CEACR no ha formulado comentarios particulares sobre la cuestión de la aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido. Además, la CEACR ha facilitado ejemplos de la diversidad de legislaciones nacionales que existen en la materia. En efecto, en su Estudio General relativo a la protección contra el despido injustificado ¹², la CEACR indicó que:

[e]n caso de *indemnización financiera*, debe determinarse el importe de la misma. La legislación suele especificar el monto de la indemnización o el alcance de los daños y perjuicios para lo cual se basa en uno o varios factores tales como la naturaleza del empleo, la antigüedad, la edad y los derechos adquiridos, o en otros factores tales como las circunstancias del caso de que se trate, a saber, la causa de la terminación, la posibilidad de encontrar otro empleo, las perspectivas de carrera o las circunstancias personales del trabajador, tales como su situación familiar, o del empleador, tales como la dimensión o la naturaleza de la empresa. Algunos países prevén una indemnización no solo por las pérdidas financieras sufridas, sino también por el daño moral. La legislación de algunos países establece el monto de la indemnización que puede consistir, por lo general, en una cierta suma o depender de diversos factores. En algunos países, la legislación establece una cantidad mínima o de indemnización. En otros, la legislación prevé un aumento en ciertos casos, especialmente cuando la terminación se debió a la afiliación del trabajador a un sindicato o a razones discriminatorias. El organismo competente, cuando puede fijar libremente el monto, desempeña un papel importante en la determinación de los criterios que deben tomarse en consideración, incluido, por ejemplo, el hecho de si debe o no tenerse en cuenta el perjuicio moral. (Párrafo 229)

Algunos países conceden también el pago de daños y perjuicios diferenciados de la indemnización en caso de terminación injustificada, cuando se reconoce que el empleador se ha comportado de manera licenciosa, irresponsable, malintencionada o ultrajante. (Párrafo 230)

- 71.** El Comité observa que la CEACR no pone en tela de juicio la cuestión de la aplicación de un tope máximo a las indemnizaciones por despido, ni en su Estudio General ni en sus observaciones o solicitudes directas dirigidas en su caso a los países que han ratificado el Convenio. Observa además que la CEACR puntualizó que:

[l]a reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus

¹² OIT, *Protección contra el despido injustificado*.

derechos adquiridos [...]. Cuando la readmisión como forma de indemnización no está prevista, no resulta posible o no es la solución deseada por el trabajador, sería conveniente que las indemnizaciones concedidas por una terminación basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental guarden relación con el perjuicio sufrido y sean más elevadas que cuando se trata de otros tipos de terminación ¹³. (Párrafo 232)

- 72.** En vista de las consideraciones que anteceden, el Comité observa que la reparación íntegra puede diferenciarse de la reparación adecuada o apropiada y, de todas formas, imponerse en los casos en que se menoscaba un derecho fundamental, y que el Derecho francés sigue esta lógica, ya que el artículo L. 1235-3-1 del Código del Trabajo descarta la aplicación de la escala en todos los casos de despido nulo, entre ellos los que implican la vulneración de libertades fundamentales.
- 73.** Dicho esto, el Comité estima que se trata de saber si el juez tiene aún la posibilidad de tomar en consideración la situación individual y personal del empleado, y también la situación de la empresa, para garantizar una reparación adecuada del perjuicio sufrido por el empleado en virtud del artículo 10 del Convenio. Es preciso determinar si la existencia de la escala impide al juez tomar en consideración otros elementos determinantes del perjuicio sufrido por el empleado despedido.
- 74.** A este respecto, el Comité observa que el último apartado del artículo L. 1235-3 dispone que la indemnización pagadera en caso de despido sin causa real y grave puede acumularse, en su caso, a otras muchas categorías de indemnizaciones que el juez puede otorgar, a saber:
- la indemnización otorgada al empleado despedido por motivo económico, en el caso de que el empleador haya incumplido los procedimientos de consulta con los representantes del personal o de información a la autoridad administrativa (artículo L. 1235-12);
 - la indemnización otorgada al empleado en caso de incumplimiento por el empleador de la prioridad de contratación (artículo L. 1235-13), y
 - la indemnización otorgada al empleado en caso de procedimiento de despido por motivo económico cuando la empresa haya incumplido la obligación de instituir un comité social y económico, y no se haya levantado el acta correspondiente (artículo L. 1235-15).
- 75.** El Comité observa sin embargo que, según el último apartado del artículo L. 1235-3, esta acumulación solo es posible siempre que su suma no rebase el límite de las cuantías máximas indicadas.
- 76.** El Comité observa además que, según la información facilitada por el Gobierno y del Informe común a las solicitudes de dictamen del Tribunal de Casación, la Sala de lo Social de esta instancia admite, en ciertas circunstancias, que el empleado despedido sin causa real y grave pueda solicitar una reparación por daños y perjuicios diferenciados de la indemnización por despido sin causa real y grave cuando, en las circunstancias o las consecuencias de la ruptura de su contrato, se aprecie un comportamiento culpable del empleador (por ejemplo circunstancias vejatorias, vulneración de la dignidad o perjuicio moral), con independencia de la justificación del despido. En este caso, las indemnizaciones por perjuicio diferenciado no tienen por qué considerarse dentro de los límites máximos de indemnización previstos en el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, a diferencia de las indemnizaciones contempladas en los artículos L. 1235-12, L. 1235-13 y L. 1235-15 del Código del Trabajo.

¹³ OIT, *Protección contra el despido injustificado*.

77. El Comité observa con todo que, para tratar la cuestión de la conformidad del dispositivo de indemnización con el artículo 10 del Convenio, no procede realmente tener en cuenta esta clase de elementos susceptibles de dar lugar a una reparación que no admite un tope máximo, pues estos elementos no guardan relación con la reparación por despido injustificado, sino con la reparación de un perjuicio *diferenciado* derivado de una falta del empleador *diferenciada* del carácter injustificado del despido.
78. El Comité toma nota de que, si bien la aplicación de un baremo implica de hecho una «desindividualización» de la repartición del perjuicio, el juez tiene aún la posibilidad de determinar la cuantía de la indemnización atendiendo a criterios distintos de la antigüedad contemplado en la escala. El Consejo Constitucional francés apuntó, en efecto, que correspondía al juez considerar la situación personal del empleado: «corresponde al juez que debe fijar la indemnización pagadera por el empleador tomar en consideración, dentro de los límites de esta escala, todos los elementos determinantes del perjuicio sufrido por el empleado despedido» (Cons. const., 21 de marzo de 2018, núm. 2018-761 DC, cons. 89).
79. El Comité observa sin embargo que, si bien los jueces competentes en cuanto al fondo pueden hacer todavía uso de un margen de apreciación para considerar las situaciones individuales y personales, este poder de apreciación queda restringido *ipso facto* en este contexto, pues solo puede ejercerse dentro de los límites de la horquilla de la escala establecida por la ley. Observando que, según el Gobierno, las cuantías corresponden a los «promedios constatados» de las indemnizaciones que los tribunales otorgaban antes de la reforma, el Comité considera que en principio no se descarta el riesgo de que, en ciertos casos, el perjuicio sufrido sea tal que no pueda ser reparado con la cuantía que sería «justa» atendiendo a motivos diversos, como por ejemplo la antigüedad del trabajador, la posibilidad de que este vuelva a encontrar un empleo, su situación familiar, etc. Además, el carácter «compacto» de la horquilla, que no puede rebasar un periodo de veinte meses, limita la posibilidad de que el juez tome en consideración estas situaciones individuales y personales.
80. **En vista de cuanto antecede, el Comité considera que, independientemente de los casos de despido en que se menoscaba un derecho fundamental y para los cuales el principio de reparación íntegra se da por sentado, e independientemente de la reparación por perjuicio diferenciado, la conformidad de una escala y, por tanto, de un tope máximo, con el artículo 10 del Convenio depende de que se garantice una protección suficiente a las personas injustamente despedidas y de que se abone, en todos los casos, una indemnización adecuada.**
81. **En estas condiciones, el Comité invita al Gobierno a examinar a intervalos regulares, conjuntamente con los interlocutores sociales, las modalidades de aplicación del dispositivo de indemnización previsto en el artículo L. 1235-3, a fin de garantizar que los parámetros de indemnización previstos en la escala permitan asegurar, en todos los casos, una reparación adecuada del perjuicio sufrido por despido improcedente.**

► IV. Recomendaciones del Comité

82. El Comité recomienda al Consejo de Administración que:

- a) apruebe el presente informe;**
- b) solicite al Gobierno tome en consideración, en el marco de la aplicación del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), las observaciones formuladas en los párrafos 54, 58, 80 y 81 de las conclusiones del Comité;**
- c) invite al Gobierno a que facilite información a este respecto, con miras a su examen y ulterior seguimiento, en su caso, por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y**
- d) publique el informe y dé por concluido el procedimiento incoado para el examen de esta reclamación.**

7 de febrero de 2022

(firmado) Khalid Dahbi
Miembro gubernamental

Renate Hornung-Draus
Miembro empleadora

Kelly Ross
Miembro trabajador