

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO RELATIVAS AL DESPIDO INJUSTIFICADO

Natan Elkin

Desavenencias en la OIT sobre el Convenio núm. 158

La Organización Internacional del Trabajo tiene como mandato constitucional la producción de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, las llamadas normas internacionales del trabajo. La característica principal de los textos jurídicos que adopta la Organización (convenios, protocolos, recomendaciones, declaraciones, recopilaciones de buenas prácticas) es que su adopción es el resultado de una labor tripartita en la que intervienen los representantes gubernamentales y los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

La adopción de un convenio y de una recomendación resulta del consenso entre los mandantes tripartitos de la Organización. La ratificación de los convenios implica que sus disposiciones tengan que ser ejecutadas por las administraciones, las autoridades judiciales, las empresas y los sindicatos lo que refleja el consenso tripartito a nivel nacional. Cuando se rompe el consenso a nivel nacional, los gobiernos pueden denunciar un convenio. Igualmente, los interlocutores sociales en el marco de la Organización pueden considerar que las normas no reflejan las nuevas circunstancias del mercado del trabajo ni corresponden con sus intereses. En tal caso, la

El 20 de marzo de 2014, en Curitiba, el autor tuvo el honor de dictar una conferencia en el II Seminário de Nucleação dos Programas de Pós-Graduação em Direito, cuyo video se encuentra en: <https://www.youtube.com/watch?v=ku9CjEbYZho>.

El Juez Leonardo Wandelli tuvo la amabilidad de insistir para que las ideas desarrolladas en la conferencia sean presentadas en este documento cuyo objetivo principal no es desarrollar una doctrina sino presentar informaciones sobre los debates a nivel internacional que se pierden probablemente de vista cuando se tienen que resolver las dificultades más duras y concretas que se encuentran a nivel nacional.



.....
Natan Elkin

Natan Elkin es jefe de la unidad responsable de los convenios sobre políticas del empleo, consultas tripartitas y pueblos indígenas en el Servicio de la Libertad Sindical del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Mis colegas Karen Curtis, Corinne Vargha y Stanley Gacek han tenido la oportunidad de revisar el documento y hacer comentarios que mucho agradezco. Este documento no refleja una posición oficial de la Oficina Internacional del Trabajo.

Constitución de la OIT permite que se revisen los convenios que se consideran anticuados y se adopten nuevas normas para reemplazarlos por disposiciones más modernas.

Mientras que un convenio se encuentra en vigencia, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, los gobiernos se obligan a presentar memorias sobre su aplicación. El Consejo de Administración de la OIT establece un formulario de memoria para cada convenio donde solicita a los gobiernos que presenten las informaciones específicas sobre el efecto dado a cada una de sus disposiciones¹.

En virtud del artículo 23, párrafo 2, de la Constitución de la OIT, las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deben recibir copias de las memorias que preparan los gobiernos para contestar a las preguntas del formulario de memoria. De aquí se deduce el derecho de los interlocutores sociales de presentar sus observaciones sobre la manera en que efectivamente se da efecto a las disposiciones de los convenios ratificados.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones examina las memorias presentadas por los gobiernos y formula comentarios sobre su aplicación. Los comentarios de la Comisión de Expertos recogen también las preocupaciones formuladas por

los interlocutores sociales. Los textos que adopta la Comisión de Expertos tienen la forma de «observaciones» y de «solicitudes directas». Las observaciones se reproducen en un volumen impreso que se presenta a la Conferencia Internacional del Trabajo. Las solicitudes directas se distribuyen en Internet, y la Oficina las comunica directamente a los gobiernos interesados².

Además, el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar reclamaciones alegando la falta de cumplimiento de un convenio ratificado. En relación con el Convenio núm. 158, algunas reclamaciones reflejan las preocupaciones de las organizaciones sindicales en relación con las reformas legislativas impulsadas por los gobiernos para adecuar la legislación sobre el despido a las contingencias económicas.

El Convenio núm. 158 ha sufrido de las tensiones del mercado del trabajo, tal como lo muestra la situación del Convenio en el **Brasil** donde su vigencia fue de algo menos de dos años (enero 1996 – noviembre 1997). Dicho lapso fue suficiente para que el Consejo de Administración atiende una reclamación formulada por una organización sindical y la Comisión de Expertos recibiera observaciones de 14 organizaciones sindicales brasileras. Más adelante se estudia la dinámica entre las comunicaciones de las organizaciones sindicales, el establecimiento de

1 El formulario de memoria para el Convenio núm. 158 se encuentra en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:51:0::NO:51:P51_CONTENT_REPOSITORY_ID:2533744:NO.

2 En el sitio oficial de la OIT, www.ilo.org, se encuentra una página especialmente dedicada a las normas del trabajo que permite acceder a todos los textos que se mencionan en este documento.

un comité tripartito por parte del Consejo de Administración y los comentarios de la Comisión de Expertos en relación con el Convenio núm. 158 en el **Brasil**.

Importa también saber que poco más de una década después de la adopción del Convenio núm. 158, en junio de 1995³, en el mismo momento en que el Gobierno del **Brasil** se preparaba para depositar el instrumento de ratificación, el sector empleador manifestó en la Conferencia Internacional del Trabajo y, luego en distintas instancias del Consejo de Administración, sus reservas sobre el contenido y la aplicación del Convenio. Dado que continuaron las confrontaciones entre interlocutores sociales, en abril de 2011, se realizó una reunión tripartita para examinar los instrumentos sobre despido, y el informe final de dicha reunión reflejó una posición del sector empleador distinta de la posición alcanzada conjuntamente por los representantes gubernamentales y los representantes trabajadores⁴.

3 Véase a partir de la página 905 en las *Actas* de la Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión (junio de 1995), Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, primera parte, párrafos 77 a 152. En dichas actas de la discusión tripartita se recogieron las preocupaciones y críticas del sector empleador sobre la «interpretación extensiva» del Convenio por parte de la Comisión de Expertos (párrafo 81). Los miembros empleadores expresaron también su oposición a que se admita que en los conflictos laborales las disposiciones jurídicas sean interpretadas en favor de los trabajadores (párrafo 84). Para los miembros empleadores, «una protección contra el despido que fuese más allá de la simple prohibición de efectuar despidos arbitrarios complicaría la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios

4 OIT: documento TMEE/C.158-R.166/2011, *Instrumentos sobre despido*, Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982

En noviembre de 2011, luego de un nuevo complejo debate, el Consejo de Administración tomó nota de este disenso⁵. Sin embargo, de la reunión tripartita de abril de 2011, se desprenden algunas enseñanzas. Los miembros empleadores consideran que el artículo 4 del Convenio núm. 158 da lugar a normas rígidas, excesivos conflictos laborales y una gran incertidumbre en cuanto al costo y la duración de los litigios, así como a la interferencia de la justicia del trabajo en las decisiones de la dirección de la empresa⁶. Algunos representantes empleadores evocaron la posibilidad de abrogar el Convenio núm. 158, mientras que, para el sector trabajador, la Organización debería poner más énfasis en la importancia del Convenio e impulsar nuevas ratificaciones.

Contenido del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166

En pocas palabras, para resumir el contenido del Convenio núm. 158 se puede decir que se **le reconoce el derecho al empleador a despedir a un trabajador por causa justificada y se le garantiza el derecho al trabajador a no ser**

(núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), Ginebra, 18-21 de abril de 2011, y documento [TMEE/C.158-R.166/2011/2](#), *Informe final*, Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación correspondiente (núm. 166) (Ginebra, 18-21 de abril de 2011).

5 Véase en los párrafos 64-80 del documento GB.312/LILS/PR, la discusión que tuvo lugar en la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo del Consejo de Administración (312.ª reunión, noviembre de 2011).

6 Párrafo 118, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

privado de su trabajo sin justificación⁷. Las normas internacionales del trabajo reconocen el despido justificado y no consagran un derecho a la estabilidad en el empleo.

El Convenio núm. 158 se encuentra dividido en tres partes, estructura que también se refleja en la Recomendación núm. 166. La Parte I presenta los métodos de aplicación, el alcance y las definiciones. La Parte II establece una serie de normas de aplicación general, como la justificación de la terminación, los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta, el recurso contra la terminación, el plazo de preaviso, y la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. La Parte III comprende las disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, e incluye las disposiciones relativas a la consulta de los representantes de los trabajadores y a la notificación a la autoridad competente.

Métodos de aplicación, campo de aplicación y definiciones (artículos 1 y 2 del Convenio). Los Estados ratificantes pueden dar efecto a las disposiciones del Convenio de diferentes maneras: por medio de las leyes o reglamentos, «por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional» (artículo 1). Esta posibilidad de escoger entre diferentes métodos de aplicación muestra una considerable flexibilidad en cuanto a la manera de dar efecto al Convenio, tal como

lo observó el Ministro Celso de Mello en su examen de la acción de inconstitucionalidad (ADI 1480) presentada en contra del decreto legislativo núm. 68/92 que aprobó la ratificación del Convenio por parte del **Brasil**⁸.

Justificación de la terminación (artículos 4 a 6 del Convenio). Se establece como principio básico que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una **causa justificada** relacionada con: *a)* su capacidad, o *b)* su conducta, o *c)* basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Determinados motivos no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, por ejemplo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión tampoco deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, aunque la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo será determinada de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

7 *Ibid.*, párrafo 127, 1, 1).

8 Véase más adelante la nota 15.

El párrafo 5 de la Recomendación menciona otros motivos adicionales que no deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación y la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio.

Procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta (artículo 7 del Convenio). Al trabajador deberá ofrecérsele la oportunidad de defenderse de los cargos formulados contra él cuando la relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento.

La Recomendación precisa que la relación de trabajo no debería darse por terminada por una falta del trabajador a menos que el empleador lo haya prevenido por escrito de manera apropiada (párrafo 7); que no debería darse por terminada por desempeño insatisfactorio a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas (párrafo 8); que el trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defiende de cargos acerca de su conducta o su trabajo (párrafo 9); que debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no ha adoptado esta medida dentro de un período razonable (párrafo 10); que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo (párrafo 11); y que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su

relación de trabajo (párrafo 13).

Recurso contra la terminación (artículos 8 a 10 del Convenio). Los trabajadores tienen derecho a recurrir contra la decisión del empleador (artículo 8) y no están obligados a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada (artículo 9). El Convenio prescribe a tal efecto el establecimiento de un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro (artículo 8), con la facultad de ordenar una reparación, incluida la readmisión o el pago de una indemnización (artículo 10).

La Recomendación señala que podría preverse un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra una terminación de la relación de trabajo o durante el mismo (párrafo 14) y que los trabajadores deberían estar plenamente informados acerca de las posibilidades de recurso de que disponen (párrafo 15).

Plazo de preaviso (artículo 11 del Convenio). El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

La Recomendación preconiza que durante el plazo de preaviso el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, con el fin de buscar otro empleo (párrafo 16)

y que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a recibir un certificado del empleador (párrafo 17).

Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos (artículo 12 del Convenio). Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, y a prestaciones del seguro de desempleo o a otras formas de seguridad social.

Consulta de los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad competente (artículos 13 y 14). Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente. Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente.

La Recomendación aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo las terminaciones, fijar criterios de selección a efectos de la terminación, establecer cierta prioridad de readmisión y adoptar medidas encaminadas a la atenuación de los efectos de la terminación (párrafos 20 a 26).

La flexibilidad del Convenio núm. 158

En el texto constitucional de la OIT se encuentra grabada la necesidad de adoptar

normas que se adapten a las condiciones de los trabajadores y de las empresas. El artículo 19, párrafo 3, de la Constitución requiere que se tengan en cuenta las «circunstancias particulares» que hacen esencialmente diferentes las condiciones de trabajo y las condiciones particulares de los países. De esta actitud lúcida frente a las distintas circunstancias que deben resolver las normas se desprende que los interlocutores sociales hayan redactado disposiciones para dar flexibilidad al alcance, a los métodos de aplicación o a las obligaciones de fondo de las normas⁹.

El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 incluyen cláusulas de flexibilidad de la más distinta índole. Sin embargo, la flexibilidad del Convenio núm. 158 pareció insuficiente al promoverse la «flexiguridad», concepto que surge en la década de los años noventa en algunos países europeos con el objetivo de justificar la introducción de modificaciones en la legislación del trabajo y reducir determinadas garantías anteriormente acordadas a los trabajadores a cambio de mayor estabilidad en el empleo. El uso de las cláusulas de flexibilidad del Convenio resulta clave cuando el mercado del trabajo debe soportar las consecuencias de las crisis monetarias y financieras — y se produce una enorme tensión para aplicar las reglas establecidas en la legislación del trabajo y la apreciación económica de los «costos» que implican los despidos individuales y colectivos. La flexiguridad busca también apreciar las consecuencias económicas de las distintas

9 Párrafos 8 y 9 del *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, edición revisada, 2012.

modalidades contractuales que se les ofrecen a las empresas.

Dadas estas tensiones, el Convenio núm. 158 contempla dos principales **criterios de flexibilidad**: las exclusiones que pueden hacerse en todo momento y aquellas que solamente pueden hacerse con la presentación de la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución. Cumpliendo con determinadas condiciones, los gobiernos pueden excluir ciertas categorías de contratos de trabajo que se especifican en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio. Se trata de las siguientes categorías contractuales: los contratos de duración determinada o para realizar determinada tarea, los contratos para un período de prueba o para trabajos con carácter ocasional. Los gobiernos pueden realizar dichas exclusiones en todo momento, siempre que se prevean garantías adecuadas contra el recurso a «contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio» (artículo 2, párrafo 3).

En el párrafo 3 de la Recomendación núm. 166 se sugieren medidas alternativas para evitar que se recurra de manera abusiva a los contratos de duración determinada.

Previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la autoridad competente también podrá tomar medidas para excluir determinadas categorías de trabajadores (párrafos 4 y 5 del artículo 2). La primera categoría se refiere a los trabajadores «cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su

conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio». La segunda comprende «otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea». Las categorías de trabajadores que se hayan excluido deberán enumerarse en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución (párrafo 6 del artículo 2). Además, en las memorias subsiguientes, se deberá informar sobre la evolución de la legislación y la práctica nacionales, en la medida en que los gobiernos se proponen aplicar el Convenio a las categorías excluidas.

Otros elementos de flexibilidad para aplicar el Convenio¹⁰

- **la determinación de las causas justificadas de despido (artículo 4);**
- **los procedimientos antes o al momento de la terminación de la relación de trabajo (artículo 7);**
- **los procedimientos para apelar contra los despidos (artículos 8 y 9);**
- **la posibilidad de que, en caso**

10 Párrafo 127, 4, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, texto adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores.

de despido injustificado, dadas las circunstancias, readmitir al trabajador o pagar una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (artículo 10);

- la determinación de un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, de una indemnización (artículo 11);
- optar sobre el alcance y la naturaleza de la indemnización por fin de servicios u otra forma de protección de los ingresos (artículo 12); y
- la naturaleza y la forma de la consulta de los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades competentes, en caso de despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (artículos 13 et 14).

El despido en las normas más recientes

En febrero de 2006, la Conferencia adoptó el **Convenio sobre el trabajo marítimo** (que se identifica con sus siglas inglesas: **MLC, 2006**) cuya norma A2.1, relativa a los «acuerdos de empleo de la gente de mar» expresa en su párrafo 4 que «en todos los casos» los contratos de trabajo de la gente de mar deben incluir indicaciones sobre «las condiciones para la terminación del acuerdo de empleo, con inclusión de los siguientes datos: i) si el acuerdo se ha concertado para un período

de duración indeterminada, las condiciones que deberán permitir que cualquiera de las dos partes lo terminen, así como el plazo de preaviso, que no deberá ser más corto para el armador que para la gente de mar;

ii) si el acuerdo se ha concertado para un período de duración determinada, la fecha de expiración, y iii) si el acuerdo se ha concertado para una travesía, el puerto de destino y el plazo que deberá transcurrir después de la llegada a destino para poder poner fin a la contratación del marino».

Además, en la norma A2.1 del MLC, 2006 se agregaron dos disposiciones sobre el plazo mínimo para comunicar el preaviso de un despido, cuyo texto dice:

5. Todo Miembro deberá adoptar una legislación o una reglamentación que establezca los plazos mínimos de preaviso que han de dar la gente de mar y los armadores para poner fin anticipadamente a un acuerdo de empleo de la gente de mar. La duración de estos plazos mínimos se determinará previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas, pero no será inferior a siete días.
6. El plazo de preaviso podrá ser más corto en circunstancias reconocidas en la legislación nacional o en convenios colectivos aplicables en los que se justifique la terminación del acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso. Al determinar estas circunstancias, los

Miembros deberán velar por que se tenga en cuenta la necesidad de la gente de mar de poner fin al acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso por razones humanitarias o por otras razones urgentes, sin exponerse a sanciones.

En el anexo II del **Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)** se recogen aquellos elementos que deben incluirse en un contrato de trabajo de los pescadores: i) si el acuerdo se ha celebrado por un período determinado, la fecha fijada para su expiración; ii) si el acuerdo se ha celebrado por un viaje, el puerto de destino y el tiempo que ha de transcurrir después de la llegada para que el interesado sea dado de baja, y iii) si el acuerdo se ha celebrado por un período indeterminado, las condiciones que permitirán a cada una de las partes rescindirlo, así como el plazo de aviso requerido, que no podrá ser más corto para el empleador, el propietario del buque pesquero u otra parte en el acuerdo que para el pescador.

Las disposiciones sobre despido que se incluyeron en el **MLC, 2006** y en el **Convenio núm. 188** no han desarrollado necesariamente nuevos derechos para la gente de mar y para los pescadores sino que consolidan los principios que ya se encontraban en los convenios anteriores tales como el Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22)¹¹ y el Convenio sobre el contrato

de enrolamiento de los pescadores, 1959 (núm. 114). Se observa también que, en cuanto al preaviso del despido, las normas sectoriales aceptan un período particularmente breve (de hasta siete días) e incorporan una garantía que favorece al empleador para hacer frente a la ruptura motivada del contrato por parte del trabajador.

En sentido más innovador, la **Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)** sienta las bases para luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. La **Recomendación núm. 198** entiende que existen relaciones de trabajo encubiertas cuando «un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales den lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho» (párrafo 4, *b*), de la Recomendación núm. 198). Además, la Recomendación núm. 198 promueve que se definan con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo y aquellos «indicios específicos» que permitan determinar su existencia (párrafos 12 y 13 de la Recomendación núm. 198).

El párrafo 11 de la **Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)** estableció un nuevo motivo injustificado de despido e hizo una referencia directa al Convenio núm. 158 al decir lo siguiente:

11. El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para

11 El Convenio núm. 22 se encuentra en vigencia para el Brasil. Si se registra la ratificación por parte del Brasil del MLC, 2006 se producirá la denuncia automática del Convenio núm. 22.

terminar una relación de trabajo. Las ausencias temporales del trabajo motivadas por la necesidad de prestar cuidados a terceros o por enfermedad relacionadas con el VIH o el sida deberían tratarse de la misma manera que las ausencias por otras razones de salud, habida cuenta del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.

Por último, en el artículo 7, i), del **Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)** se expresa que en los «contratos escritos» de trabajo del trabajador doméstico se debe incluir «el período de prueba, cuando proceda» (apartado i)) y «las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador» (apartado k)).

En el párrafo 7 de la **Recomendación núm. 201** que acompaña al **Convenio núm. 189** se introdujo una disposición específica que va más allá de los requerimientos anteriores en las normas sobre el despido al decirse que:

7. En caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para

permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento.

e esta enumeración, se advierte que la Organización siguió desarrollando la reglamentación del despido en determinados sectores (gente de mar, pesca, trabajo doméstico), pese a los enfrentamientos entre el sector empleador y trabajador sobre el contenido del Convenio núm. 158. Si la legislación, la jurisprudencia o la negociación colectiva introducen en la práctica nacional indicadores que permitan comprobar la existencia de un vínculo laboral también se refuerzan las condiciones para considerar terminada una relación de trabajo, tal como alienta la Recomendación núm. 198.

La influencia del Convenio núm. 158

Desde su adopción en 1982, el Convenio núm. 158 obtuvo 36 ratificaciones — lo que parece un número bajo si se tiene presente que la OIT cuenta con 185 Estados Miembros. Luego de la denuncia por parte del **Brasil**, el Convenio se encuentra en vigencia para 35 países. En el documento de referencia para la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la Oficina trató de demostrar que con 36 ratificaciones, el Convenio núm. 158 se encontraba en una situación similar (o algo superior) a muchos otros convenios que fueron adoptados por la Organización en la década de los años ochenta¹².

12 Párrafos 268 a 272, *Informe final*, TMEE/C. 158-R.166/2011, mencionado en la nota 5

De todos modos, las relativamente pocas ratificaciones del Convenio núm. 158 no ocultan la gran influencia que han tenido sus disposiciones en la legislación laboral de muchos países que no lo ratificaron tal como surge de este breve examen de la legislación del trabajo de la **República Popular de China, India, Federación de Rusia y Sudáfrica** que se realiza en la sección siguiente. También se conocen importantes decisiones judiciales que se remiten al Convenio núm. 158 en países que no lo ratificaron¹³.

13 La Corte Suprema de Justicia de la Nación (**Argentina**) en el fallo *Álvarez c/Cencosud*, dictado el 7 de diciembre de 2010, en un voto firmado por Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, interpretó el alcance de la ley núm. 23592, de agosto de 1988, por la que se adoptaron medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en relación con un despido discriminatorio en el sector privado. El voto mayoritario analizó la Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *El derecho al trabajo*, documento E/C.12/GC/18, de 2005. En el párrafo 11 de la Observación general núm. 18, el CESCR expresó que el derecho al trabajo, en el sentido del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos en caso de despido improcedente. El CESCR se remitió al Convenio núm. 158. De la misma manera, en la decisión de la mayoría de la Corte Suprema se lee: «Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio [núm. 158] ... que el mentado Comité [CESCR] no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del CESCR son determinables a la luz del instrumento citado ... Y es de subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (artículo 5, d)), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité [CESCR], que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o no justificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, ‘anular la terminación’ y ordenar la ‘readmisión’ del trabajador (artículo 10 [del Convenio núm. 158])». La mayoría de la Corte Suprema se mostró favorable a exigir de una empresa la readmisión del trabajador en caso de despido

Nueva exploración del Brasil – de la ratificación a la denuncia del Convenio núm. 158 en veinte meses

El 31 de agosto de 1994, el Presidente Itamar Franco y el Ministro de Relaciones Exteriores, Celso Amorim, firmaron el instrumento de ratificación por parte del **Brasil** del Convenio núm. 158. En dicho instrumento se declara que *Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, por meio do decreto legislativo núm. 68, de 11 de setembro de 1992* (el texto del Convenio núm. 158)¹⁴.

El 30 de diciembre de 1994, la Misión Permanente del **Brasil** en Ginebra comunicó a la Oficina el instrumento de ratificación del Convenio núm. 158. Debido al feriado local, la Oficina consideró que el instrumento de ratificación había sido depositado el 5 de enero de 1995, fecha en la que se registró la ratificación del Convenio núm. 158 para el **Brasil**. Durante el mismo año, la Oficina también registró la

discriminatorio.

14 En julio de 1996, el decreto legislativo núm. 68/92 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad (**ADI 1480**) intentada por la Confederação Nacional do Transporte (CNT) y la Confederação Nacional da Indústria (CNI) invocando, entre otros asuntos, que la readmisión prevista en el artículo 10 del Convenio era contraria al artículo 7, I, de la Constitución Federal. El Ministro Celso de Mello tuvo en cuenta que el artículo 10 del Convenio núm. 158 ... «expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória».

ratificación del Convenio núm. 158 para **Turquía** (enero de 1995) y para **Portugal** (noviembre de 1995).

El 5 de enero de 1996, el Convenio núm. 158 entró en vigencia para el **Brasil**. A los pocos días, el 12 de enero de 1996, la Oficina recibió observaciones del Sindicato de Trabajadores de la Industria Petroquímica de Duque de Caxias (SINDIQUIMICA). Durante el resto de 1996, se recibieron comunicaciones de otros siete sindicatos que se mencionan en la observación formulada por la Comisión de Expertos en 1996¹⁵: la Asociación de los Funcionarios de EMATER-Rio, la Federación Nacional de Estibadores (FNE), la Federación Nacional de los Trabajadores de las Empresas de Correo y Telégrafo y Similares (FENTEC), el Sindicato de los Trabajadores de Agua y Alcantarilla de Bahía (SINDAE), el Sindicato de los Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas, Mecánicas y de Material Eléctrico y Electrónico en el Estado de Espirito Santo (SINDIMETAL-ES) y el Sindicato Nacional de los Agentes de la Inspección del Trabajo (SINAIT). En 1997, se reciben observaciones de otras seis organizaciones: la Unión Sindical de Patos de Minas (USPM), la Asociación de Ingenieros Ferroviarios (AIF), el Sindicato de Estibadores de São Sebastião (SESS), el Sindicato de Mantenimiento de São Sebastião (SASS), la Federación Nacional de Secretarias y Secretarios (FNSS), y el Sindicato de Empleados de Agentes Autónomos del Comercio y de Empresas de la Municipalidad de Río de Janeiro (SEAAC-MRJ). Apenas

15 CEACR, Brasil – Convenio núm. 158, observación de 1996.

ratificado, un convenio que reclama la atención de 14 organizaciones sindicales protestando por su falta de aplicación refleja un malestar social mayor y una escasa preparación de las instituciones locales a la recepción de la norma internacional.

A lo anterior se suma que, a los seis meses del registro de la ratificación (y antes de que el Convenio entre en vigencia para el **Brasil**), el 4 de junio de 1996, la Oficina recibió una reclamación, en virtud del artículo 24 de la Constitución, presentada por el Sindicato de los Trabajadores de la Construcción y del Mobiliario de Santos. En noviembre de 1996, el Consejo de Administración consideró que se encontraban reunidas las condiciones para pronunciarse sobre la admisibilidad de la reclamación y constituyó un comité tripartito¹⁶. El sindicato alegó que en el sector de la construcción se habían suprimido empleos sin consultar a los trabajadores ni a sus organizaciones. El sindicato acusó al Gobierno de Fernando Henrique Cardoso de no haber reaccionado ante la drástica reducción del empleo en el sector de la construcción que en cinco años habría pasado de 75 000 a 25 000 trabajadores. El Gobierno del **Brasil** respondió diciendo que el Convenio no garantiza el empleo ni el derecho a la readmisión en el empleo, sino que establece la obligación de consultas previas en caso de despidos colectivos salvaguardando el derecho del empleador a proceder a terminaciones

16 El comité tripartito estuvo compuesto por Antonio Ducreux (miembro gubernamental, Panamá), Lucia Sasso-Mazzufferi (miembro empleadora, Italia) y William Brett (miembro trabajador, Reino Unido). El 21 de marzo de 1997, el Consejo de Administración aprobó el informe del comité tripartito, documento GB.268/14/4.

justificadas. El Gobierno del **Brasil** presentó al comité tripartito informaciones sobre los diferentes programas de lucha contra el desempleo, así como de medidas en el ámbito de la higiene y de la seguridad en el trabajo, de la inspección del trabajo, de la formación profesional y de las relaciones laborales. Según el Gobierno, el empleo en el sector de la construcción civil había aumentado, pasando de 890 334 empleos en 1993 a 1 264 623 empleos en 1996. Los argumentos de fondo no fueron examinados por el comité tripartito dado que, en el intervalo, el Gobierno del **Brasil** pidió el registro de la denuncia del Convenio núm. 158.

El 20 de noviembre de 1996 el Gobierno del **Brasil** solicitó a la Oficina el registro de la denuncia del Convenio núm. 158. El decreto federal núm. 2100, de 20 de diciembre de 1996, formalizó, a nivel nacional, la denuncia del Convenio núm. 158. El Gobierno de Fernando Henrique Cardoso indicó que había tomado la decisión de denunciar el Convenio después de haber celebrado las consultas tripartitas pertinentes al respecto. El Gobierno también recordó la importancia que se le concede en el artículo 7, I, de la Constitución Federal a la protección contra los despidos abusivos y los despidos injustificados. Según el Gobierno, circunstancias complejas de orden jurídico y económico, no percibidas en el momento de la ratificación, hicieron difícil la integración del Convenio núm. 158 al ordenamiento jurídico brasileño. El Gobierno estimó que, de hecho, el Convenio podría, por una parte, invocarse para la justificación de despidos excesivos e inconsultos, basándose en la vaga noción general de las «necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»,

tal como prevé el artículo 4; y, por otra parte, dar cabida a una amplia prohibición de poner término a la relación laboral, que sería incompatible con un programa de reforma y de modernización económica. Además, el Gobierno del **Brasil** consideró que el Convenio constituía un paso atrás en el sentido de la reducción de la intervención del Estado y de la ampliación de la función de la negociación colectiva. Según el Gobierno, esta incertidumbre sobre el alcance de las disposiciones del Convenio produciría inseguridad jurídica y litigios sin ventajas prácticas para el mejoramiento y la modernización de las relaciones laborales. El Gobierno dijo que tenía la intención de seguir aplicando y mejorando la legislación nacional en lo referente a la protección del empleo.

El 17 de junio de 1997, la Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) y la Central Única dos Trabalhadores (CUT) presentaron una acción directa de inconstitucionalidad (ADI 1625) contra el decreto federal núm. 2100 por el cual se dio efecto a nivel nacional a la denuncia del Convenio núm. 158. En ese contexto, se debe recordar el voto del Magistrado Joaquim Barbosa quien expresó que: «A Convenção 158 da OIT è, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais. [...] é certo que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro»¹⁷. Existe

17 Voto-vista del Ministro Joaquim Barbosa, de fecha 3 de junio de 2009, en la ADI 1625.

entonces la eventualidad de que si el acto nacional que decretó la denuncia del Convenio núm. 158 es declarado inconstitucional, se abra una posibilidad para que cobren efecto las disposiciones del convenio¹⁸.

En febrero de 2008, el Presidente Lula da Silva mediante el [mensaje MSC 59/2008](#) transmitió al Congreso Nacional la responsabilidad de lograr la adhesión política al Convenio, sin que las comisiones parlamentarias hayan logrado las mayorías necesarias para alcanzar nuevamente su ratificación.

Justificación del despido en los RICS

De la información disponible para 75 países incluidos en la base de datos EPLex¹⁹, 59 países requieren alguna causa justificada para el despido — como se observa en los cuatro países que se trata brevemente a continuación, ninguno de los cuales ha ratificado el Convenio núm. 158.

El artículo 40 de la Ley sobre el Contrato de Trabajo²⁰, en vigencia en la **República Popular de**

18 Véase VIEIRA WANDELLI, Leonardo, *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e exigibilidade*, 2012, pág. 321.

19 EPLex es la base de datos de la OIT sobre la legislación de protección del empleo. También conviene consultar la información disponible en el sitio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) donde se produce información mediante indicadores sintéticos que permite obtener una descripción de la protección del empleo por países, que se puede consultar en línea en la siguiente dirección: <http://www.oecd.org/fr/els/emp/lesindicateursdelocdesurlaprotection#delemploi.htm#data>.

20 El texto completo de la ley se encuentra

China desde el 1.º de enero de 2008, introduce las condiciones para comunicar el despido, lo que le resulta posible a un empleador si lo hace con 30 días de antelación (o bien pagando un mes de salario al trabajador despedido). Además, según la legislación china, la incapacidad o la incompetencia del trabajador de realizar las tareas encomendadas, así como los cambios objetivos en las condiciones contractuales pueden justificar un despido. Antes de decidir que un trabajador es incompetente, el empleador le debe haber dado una formación o propuesto otro lugar de trabajo.

India es un país tradicionalmente avaro en legislación pero rico en casuística que se ocupa principalmente del sector formal de la economía. Siempre teniendo presente que se trata de reglas cuya aplicación efectiva se refleja en el sector organizado de la economía, los tribunales de la India considerarán que un despido es injustificado si el trabajador no ha tenido una oportunidad de defenderse, si acaso el trabajador ha sido despedido durante una enfermedad, durante la licencia de maternidad, como consecuencia de haber presentado una queja, por haber tomado parte en actividades sindicales pacíficas o como consecuencia de una discriminación²¹.

En el artículo 81 de la ley federal núm.

disponible, en inglés, en la base de datos de textos legislativos del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, NATLEX.

21 Datos tomados en la base de datos EPL de la OCDE. Como ejemplo de las decisiones de la Corte Suprema de la India, se menciona Harjinder Singh vs Punjab State Warehousing Corp, de fecha 5 de enero de 2010.

197-FZ, de 2001²², la **Federación de Rusia** establece una larga lista de situaciones en las que se acepta que un empleador dé por terminado un contrato de trabajo. Esta enumeración — si bien no recoge expresamente las expresiones que se utilizan en el artículo 4 del Convenio — establece los parámetros de justificación y razonabilidad que finalmente deberían llegar a un resultado similar que el deseado por la norma internacional. En todo caso, la posibilidad de rescindir un contrato de trabajo existe en la legislación rusa siempre que se respeten los parámetros de la causa justificada.

En **Sudáfrica**, el artículo 188 de la Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, en su tenor reformado²³, recoge textualmente el artículo 4 del Convenio núm. 158. Importa resaltar que de esta manera, en Sudáfrica, los interlocutores sociales optaron por cerrar una época donde imperaba la discriminación y la prepotencia sociales y se remitieron al Convenio núm. 158 para abrir una era de crecimiento y prosperidad para el país.

El control tripartito de las reformas del despido en tiempos de crisis

Se ha visto que el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar una reclamación ante el Consejo de Administración para denunciar

la falta de aplicación de un convenio ratificado. En lo que respecta al Convenio núm. 158, además de la reclamación en relación con el **Brasil** (1996), también se han aceptado reclamaciones por incumplimiento del Convenio en relación con **España** (2012), **Etiopía** (2001), **Francia** (2007), **Turquía** (2000) y la **República Bolivariana de Venezuela** (1997). Algunas de estas reclamaciones han vinculado las reformas legislativas que conllevan las medidas de política del empleo y de ajuste estructural con el incumplimiento del Convenio núm. 158.

Ciertas orientaciones de política económica y en particular aquellas que incluyen a la «flexiguridad», consideran que la modificación de la reglamentación sobre el despido favorece el mantenimiento y la creación de empleos en particular en circunstancias de crisis económicas. El ajuste estructural implica una modificación urgente (en ciertos casos, sin concertación social) de las reglas sobre la contratación y el despido para permitir a las empresas compensar las dificultades económicas que provoca la crisis evitando la destrucción excesiva de los puestos de trabajo. Las consideraciones legales deben entonces ceder el paso a los imperativos económicos. Hacer más barato los costos del despido para las empresas y facilitar los procedimientos para despedir a los trabajadores tendría una relación directa para que crezca la economía y haya más empleo. En España y Francia, las reformas de la legislación del trabajo que luego se examinan han ocurrido sin concertación social — y fuera del contexto de programas de ajuste estructural negociados con el Fondo Monetario Internacional.

22 El texto completo de la ley se encuentra disponible, en inglés, en la base de datos NATLEX.

23 La Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, ha sido varias veces modificada. Se puede encontrar su texto actualizado en el sitio del Departamento del Trabajo, <http://www.labour.gov.za/DOL/legislation>.

Francia y el contrato «para nuevas contrataciones» (CNE)

En los últimos días de mayo de 2005, **Francia y Países Bajos** rechazaron mediante referéndum la ratificación de un nuevo tratado destinado a profundizar la integración económica europea, dando lugar a una «crisis constitucional» en la Unión Europea. Consecuentemente, en **Francia**, el voto negativo al proyecto constitucional europeo, decidirá al Presidente Jacques Chirac a sustituir a su gobierno y nombrar Primer Ministro a Dominique de Villepin. Uno de los primeros actos del nuevo gobierno para hacer frente a la deteriorada situación del empleo²⁴, será establecer mediante ordenanza un nuevo contrato de trabajo — el contrato para nuevas contrataciones (en adelante, «CNE» por su sigla en francés), el cual podía ser terminado sin causa durante un período de dos años. Otra modalidad contractual (con un período de prueba de dos años), el contrato de «primera contratación», el CPE, destinado a los jóvenes menores de 26 años establecido mediante una ley de abril de 2006, dará lugar a muy fuertes protestas estudiantiles y sindicales. El CPE será finalmente derogado antes de que haya un pronunciamiento de la OIT sobre su eventual compatibilidad con el Convenio núm. 158.

En noviembre de 2005, el Consejo de

24 La tasa de desempleo en Francia en el período 2006-2007 se situaba en un poco más del 8 por ciento, afectando a un 20 por ciento de jóvenes de entre 15 y 24 años.

Administración constituyó un comité tripartito²⁵ para examinar la reclamación presentada por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera, en la que se alegaba el incumplimiento por **Francia** del Convenio núm. 158 y de otros convenios²⁶. En cuanto al Convenio núm. 158, el comité tripartito examinó si la ordenanza núm. 2005-893, relativa al contrato de trabajo «para nuevas contrataciones» adoptada el 2 de agosto de 2005, era conforme con el Convenio núm. 158. El CNE fue un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores que permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde su celebración.

El comité tripartito examinó en su informe dos cuestiones principales relativas al Convenio núm. 158: i) si los trabajadores contratados en virtud de un CNE podían quedar válidamente excluidos del ámbito de protección del Convenio, sobre la base del párrafo 2, b), del artículo 2; y ii) si la aplicación de la ordenanza

25 La composición final del comité tripartito fue la siguiente: Francesca Pelaia (miembro gubernamental, Italia), Michel Barde (miembro empleador, Suiza) y Ulf Edström (miembro trabajador, Suecia).

26 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera.

núm. 2005-893 privaba a los trabajadores de la protección prevista en el artículo 4 del Convenio y, de ser así, en qué medida.

Tiempo de servicios exigidos de dos años.

El comité tripartito recordó que las exclusiones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 158 pueden aplicarse en todo momento y sin procedimiento particular. El comité tripartito no cuestionó «*la idoneidad de los objetivos*» de política del empleo que tuvo el Gobierno francés al momento de establecer el CNE. Sin embargo, el comité tripartito expresó sus dudas sobre si el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio constituía un fundamento suficiente para justificar cualquier exclusión de la protección que pudiera considerarse necesaria para alcanzar los objetivos de política del empleo enunciados por el Gobierno francés. El comité tripartito completó su razonamiento expresando lo siguiente²⁷:

Las consideraciones programáticas subyacentes a la institución del CNE, con inclusión en particular del fomento de un empleo pleno y productivo, bien podrían haber justificado, por su índole, la adopción de medidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del artículo 2, a que aludió el Gobierno. Sin embargo, el Comité estima que esas consideraciones guardan escasa relación con las situaciones contempladas en el párrafo 2 del

artículo 2, y que el objetivo de calificar el período de consolidación del empleo de período en que se acumula «el tiempo de servicios exigido» tiene por principal objeto permitir la exclusión de los trabajadores contratados por CNE del ámbito de aplicación de ciertas disposiciones del Convenio.

El comité tripartito tomó en cuenta que las autoridades judiciales se habían expresado sobre el carácter «razonable» de los períodos de prueba haciendo referencia al párrafo 2, *b*), del artículo 2 del Convenio. En efecto, el Consejo de Estado, en una [decisión de fecha 19 de octubre de 2005](#), se había pronunciado a pedido de la Confederación General del Trabajo sobre la posibilidad de anular la ordenanza núm. 2005-893. El Consejo de Estado, al ejercer su control administrativo, no había aceptado anular la ordenanza sino que consideró que «en vista del objetivo por el que se instauró esa excepción y de que el CNE es de duración indeterminada, el período de dos años durante el cual se descarta la aplicación de las disposiciones de derecho común relativas al procedimiento de despido y a los motivos que pueden justificarlo, puede ser considerado como razonable en el sentido [de lo dispuesto en el Convenio núm. 158]»²⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación examinó, en una [sentencia de 29 de marzo de 2006](#), el derecho de preaviso establecido en el artículo 11 del Convenio. En esa ocasión, el Tribunal de

27 Párrafo 66 del documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007.

28 *Ibid.*, párrafo 71.

Casación expresó que una duración inferior a seis meses es un tiempo de servicios exigido razonable de conformidad con el párrafo 2, b), del artículo 2 del Convenio núm. 158. En consecuencia, el comité tripartito siguió la tendencia de la jurisprudencia nacional en relación con la duración del período de prueba, y tuvo en cuenta la opinión del Tribunal de Casación que aceptó como razonables los períodos de un mínimo de dos semanas o un máximo de seis meses según el puesto ocupado por el trabajador.

En esas circunstancias, el comité tripartito consideró que el párrafo 2, b), del artículo 2 del Convenio debía tener por objetivo garantizar que toda exclusión de la protección del Convenio para los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no hayan cumplido el tiempo de servicios exigido tenga una duración «razonable». Teniendo en cuenta que la duración normalmente considerada razonable en **Francia** para el tiempo de servicios exigido no excedía de seis meses, el comité tripartito concluyó diciendo que:

[...] no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, aunque no está en condiciones de concluir, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno para determinar esa duración, que un período de hasta

dos años sea razonable²⁹.

En cuanto al artículo 4 del Convenio, el comité tripartito también examinó la cuestión de si los trabajadores sujetos a un CNE estaban amparados por las protecciones previstas en la definición de la causa justificada del Convenio. El comité tripartito observó que, en caso de despido durante el período cubierto por el CNE: a) los trabajadores despedidos por motivos de rendimiento o conducta (salvo en los casos de índole disciplinaria) no hubiesen tenido necesariamente, ni en el momento del despido ni antes de éste, la oportunidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas; b) el requisito previsto en el artículo 4 del Convenio, examinado conjuntamente con el artículo 7 (en virtud del cual se debe comunicar al trabajador un motivo válido en el momento del despido o antes de éste, al menos en los casos relacionados con su conducta o su rendimiento), sólo se aplicaría cuando el despido fuera de índole disciplinaria; c) los trabajadores hubiesen podido verse obligados a incoar acciones judiciales simplemente para obtener información en cuanto al motivo del despido, y d) aun cuando debía haber una razón válida para el despido, en el sentido de que éste no debe constituir un abuso de derecho ni obedecer a motivos relacionados con el estado de salud del trabajador, sus opiniones políticas o religiosas, o sus costumbres, en circunstancias que evidencien un acoso o cualquier motivo de discriminación enunciado en el Código del Trabajo; no resultaba claro que la ordenanza permitiera la adopción efectiva de medidas

29 *Ibid.*, párrafo 71.

contra los despidos por otros motivos no válidos. El comité tripartito concluyó que la ordenanza núm. 2005-893 se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

El comité tripartito invitó al Gobierno francés a que, en consulta con los interlocutores sociales: i) tomara todas las medidas necesarias para velar por que las exclusiones de la protección prevista en virtud de la legislación nacional que aplicaba el Convenio núm. 158 se encuentren en plena conformidad con las disposiciones del Convenio; y ii) diera cumplimiento al artículo 4 del Convenio núm. 158, velando por que los CNE no puedan darse por terminados de no concurrir una causa justificada.

El Consejo de Administración encomendó a la Comisión de Expertos que hiciera el seguimiento de las conclusiones y recomendaciones del comité tripartito. En octubre de 2008, el Gobierno de **Francia** informó a la Comisión de Expertos³⁰ que, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT, se adoptó la [ley núm. 2008-596, de 25 de junio de 2008](#), sobre la modernización del mercado del trabajo que derogó las disposiciones legislativas sobre el CNE e introdujo la ruptura consensual del contrato de trabajo.

Seguimiento de la discusión francesa

En la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la experta gubernamental de **Francia** insistió en que el objetivo del CNE había

sido el de exonerar a las pequeñas empresas de menos de 20 trabajadores de algunas de las obligaciones relativas al despido, basándose para ello en el párrafo 2, b), del artículo 2 del Convenio. El Gobierno francés había preferido no recurrir a las exclusiones previstas en el párrafo 5 (que se referían a problemas estructurales) ya que el CNE se había introducido para responder a problemas cíclicos. Las personas empleadas con un CNE no habían quedado totalmente excluidas de la protección que ofrecía el Convenio, como lo demostraba el hecho de que no pudieran ser despedidas por motivos discriminatorios. Se trataba de una medida provisoria, y había que tener en cuenta que el CNE fue un contrato de duración indefinida; los trabajadores contratados en virtud de un CNE tenían derecho a una indemnización por fin de servicios en caso de despido³¹.

En la misma oportunidad, la experta empleadora de **Francia** mantuvo que el objetivo del CNE había sido facilitar la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas³². Para el sector empleador francés, si las disposiciones del Convenio núm. 158 eran directamente aplicables, como lo habían establecido las decisiones judiciales, sus requerimientos tenían que ser suficientemente precisos para evitar la incertidumbre jurídica. Los países deberían tener la posibilidad de formular las exclusiones durante toda la vigencia del Convenio y no sólo al presentar la primera memoria, de modo que pudieran ir adaptando la aplicación del Convenio a sus políticas de empleo. La duración

30 CEACR, Francia – Convenio núm. 158, observación de 2008.

31 Párrafo 51, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

32 *Ibid.*, párrafo 47.

de los procedimientos, el costo de los despidos y la incertidumbre jurídica que generaba el Convenio núm. 158 eran obstáculos que dificultaban su ratificación.

España: la reforma laboral de 2012

Las dos principales confederaciones españolas (la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores) expresaron en una reclamación, presentada en mayo de 2012, que la reforma laboral del Gobierno de Mariano Rajoy implementada mediante la [Ley núm. 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral](#), era contraria al Convenio núm. 158. En noviembre de 2013, el Consejo de Administración se pronunció sobre la admisibilidad de la reclamación, y se constituyó, en mayo de 2013, un comité tripartito³³. Las dos confederaciones protestaron por el impacto que tenía la crisis monetaria de la zona del euro en las sucesivas modificaciones del sistema legal del despido. Durante el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero se había adoptado la [Ley núm. 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo](#) que amplió los supuestos que habilitaba al empleador a despedir precedentemente con arreglo a causas económicas. Según las dos confederaciones, las tendencias negativas que ya aparecían en la reforma laboral de 2010 se desarrollaron al

33 El documento GB.321/INS/9/4, de 13 de junio de 2014, recoge el informe del comité tripartito. El comité estuvo compuesto por el profesor Raffaele De Luca Tamajo (miembro gubernamental, Italia), Alberto Echavarría Saldarriaga (miembro empleador, Colombia) e Yves Veyrier (miembro trabajador, Francia).

máximo en la reforma laboral de 2012.

Las dos confederaciones denunciaron que los objetivos de la reforma laboral de 2012 fueron lograr la **flexiguridad**, lo que incluía incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y favorecer la **eficiencia del mercado de trabajo** para reducir la **dualidad laboral**.

El Gobierno explicó que, desde el segundo semestre de 2008, cuando se inició la crisis en la zona monetaria del euro, y a diferencia de lo que había sucedido en otros países europeos, las empresas españolas habían recurrido mayoritariamente al despido. La opción por el despido no había sido caprichosa, sino que respondía a las debilidades del mercado de trabajo español que sufre de una elevada presencia de trabajadores temporales, menor inversión en formación y creaba más situaciones en las que un trabajador podía ser despedido. El Gobierno sostuvo que la reforma laboral de 2012 había recibido una valoración positiva del Fondo Monetario Internacional³⁴.

34 El Gobierno se remitió a un informe sobre España por el Fondo Monetario Internacional fechado el 27 de julio de 2012 donde se dijo, entre otras cosas, que: *Los directores subrayaron la urgencia de avanzar más en el fomento de la competitividad y el empleo, dado el alto nivel de desempleo, en particular entre los jóvenes. Se felicitaron por las medidas recientes del mercado laboral, dirigidas a reducir la dualidad del mercado y la rigidez de los salarios e incrementar la flexibilidad interna en las empresas. Estos esfuerzos deben complementarse con medidas adicionales para mejorar los mercados de productos y de servicios, y el entorno empresarial. En términos más generales, los directores instaron a una rápida aplicación de la agenda de reforma estructural del Gobierno.*

El informe del comité tripartito reconoció la preocupación de las dos partes sobre la coyuntura económica. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno español que aumente «sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, [encuentre] soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158»³⁵.

La fijación de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores (artículo 2, párrafo 2, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que la exigencia de razonabilidad de la duración del período de prueba era fundamental en el ordenamiento jurídico español. El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores había establecido una duración máxima del período de prueba, vinculada a la formación del trabajador, de **seis meses** para los técnicos titulados y de **dos**

meses para los demás trabajadores. Las dos confederaciones sostuvieron que el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE), establecido en el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 se alejó de los criterios y principios establecidos en el ordenamiento jurídico español ya que la duración de **un año** del período de prueba no se podía vincular a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas.

Las dos confederaciones recordaron las conclusiones del comité tripartito que examinó la reclamación sobre el contrato francés «nuevas contrataciones» (CNE)³⁶, donde se expresaron dudas sobre la razonabilidad de la duración de un período de prueba de hasta **dos años** previsto en dicha modalidad contractual francesa que había estado en vigencia durante cerca de tres años desde agosto de 2005. El Gobierno español destacó que el Convenio núm. 158 no definía el concepto de duración razonable y que correspondía a cada país determinar los períodos de prueba que se consideran razonables. El Gobierno se remitió al informe del comité tripartito que examinó la reclamación del CNE en cuanto que también había concluido que no se podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que **seis meses** (como se había previsto en Francia) para permitir a los empleadores medir

.....
A pedido del Gobierno de España, la Secretaría de la OCDE hizo una **evaluación preliminar** de la reforma laboral de 2012 sosteniendo que se redujo de manera significativa la rigidez de la legislación española sobre los despidos. Según el análisis económico de la OCDE, se habrían logrado crear 25 000 nuevos contratos indefinidos al mes, gracias a la reforma laboral de 2012. Las confederaciones sindicales que presentaron la reclamación en contra de la reforma laboral de 2012 no concordaron con el análisis de la Secretaría de la OCDE (véanse los párrafos 94-101 del documento GB.321/INS/9/4). Para un enfoque crítico, véase la publicación de la OIT, *España: Crecimiento con Empleo*, Ginebra, 2014. La doctrina laboralista española ha sido generalmente muy crítica sobre las reformas laborales, véase Casas Baamonde, María Emilia, «La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo», *Relaciones laborales*, núm. 10, 2014, págs. 15-43.

35 Párrafo 226 del documento GB.321/INS/9/4.

.....
36 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, ya mencionado en la nota 27.

la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. La decisión del comité tripartito de 2007 no había concluido, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno francés de la época para determinar esa duración, que un período de hasta **dos años** sea razonable³⁷. El Gobierno español también observó que el Convenio núm. 158 ofrecía flexibilidad para su aplicación, en particular en relación con el artículo 2, párrafo 2, b), del Convenio, y se refirió expresamente a la posición de los expertos gubernamentales y trabajadores en la reunión tripartita de abril de 2011³⁸.

El comité tripartito reiteró que efectivamente el artículo 2, párrafo 2, b), del Convenio no contiene una definición de «período de prueba» o de lo que debe entenderse por duración «razonable» del período de prueba y que efectivamente, en la reclamación sobre el CNE francés, no se había excluido la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que seis meses para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. El comité tripartito se remitió al debate tripartito de abril de 2011 sobre el alcance de las exclusiones previstas en el artículo 2 del Convenio y observó que la Oficina había indicado que se debían aplicar tres principios para utilizar las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158: 1) sólo podía aplicarse mediante **consultas tripartitas**; 2) el proceso de negociación debía ser **transparente**

37 *Ibid.*, párrafos 70 y 71.

38 Párrafo 127, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

y de buena fe, y 3) los gobiernos tenían la **obligación de informar** sobre las exclusiones que se hubieran hecho³⁹. El comité tripartito concluyó su razonamiento diciendo⁴⁰:

El Comité observa que, según las organizaciones querellantes, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fue establecido sin diálogo social. El Comité estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual.

El Comité invita al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio.

La nueva regulación de las causas de despido económicas (artículo 9, párrafos 1

39 *Ibid.*, párrafo 56. Véase también el párrafo 334 del Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo, donde la Comisión de Expertos indicó que las excepciones previstas en el Convenio sobre las agencias privadas de empleo, 1997 (núm. 181) están sujetas a que se observen las condiciones **de consulta, transparencia y de suministro de informaciones** requeridas en las cláusulas de flexibilidad de dicho Convenio.

40 Párrafo 246 del documento GB.321/INS/9/4.

y 3, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012 al artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores impedían que los jueces puedan «examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones». El Gobierno español mantuvo que la reforma laboral de 2012 había redefinido los requisitos exigidos para que concurran las causas de los despidos colectivos. El Gobierno explicó que si se pone de manifiesto una causa y así lo constata el juez, significa que la causa existe y produce sus efectos. Si la causa no se acredita, será el juez quien apreciará que dicha causa no existe y que, en consecuencia, el despido no es justificado. Tanto las dos confederaciones como el Gobierno se remitieron a sentencias de tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas que valoraron las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa y anulado despidos colectivos al estimar mala fe en la negociación y/o que la decisión era desproporcionada⁴¹.

El comité tripartito observó que la nueva redacción del artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores y la práctica de los tribunales continúa permitiendo que los jueces examinen no sólo la concurrencia de las causas sino las causas mismas y las circunstancias relacionadas con los despidos y que verifiquen si los despidos se debieron realmente a las causas

alegadas por el empleador. El comité tripartito observó que esta situación confirmaba que, pese a las modificaciones introducidas en la reforma laboral de 2012, seguía existiendo en España un verdadero examen judicial de los despidos económicos.

La supresión de los salarios de tramitación ante la declaración judicial de la improcedencia del despido (artículo 10 del Convenio). Los salarios de tramitación son aquellos que, en virtud del Estatuto de los Trabajadores, se deben pagar desde la comunicación del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido. Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012, al suprimir los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato, produce un incentivo económico, irracional y arbitrario a favor del despido y en contra de la estabilidad del empleo, colisionando de manera frontal con el derecho al trabajo.

Las dos confederaciones insistieron en que, para asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Convenio núm. 158, que determina que en caso de despido sin causa justificada los jueces tendrán la facultad de ordenar el pago de una «indemnización adecuada», se debe asegurar al trabajador una protección en caso de demora judicial en la resolución del proceso por despido sin causa justificada.

El Gobierno español mantuvo que las dos confederaciones habían hecho una lectura inadecuada del artículo 10 del Convenio dado que dicha disposición no contiene una referencia concreta a los salarios de tramitación. Los órganos que controlan los

41 Párrafos 101 y 174 del documento GB.321/INS/9/4.

despidos — los jueces en el caso de España — pueden o no estar facultados por la legislación interna para imponer la readmisión. Lo único que es obligatorio es que, en caso de no estarlo o no resultar posible, los jueces deben tener la posibilidad de imponer el pago de una indemnización.

El comité tripartito observó que el artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor enmendado por la reforma laboral de 2012, establece para el supuesto de despido improcedente — si no se opta por la readmisión — una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Además, el comité tripartito observó que el trabajador podía acceder a una prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad el despido. El comité tripartito también consideró que, en caso de que una sentencia declare la nulidad del despido se condenaría automáticamente a la readmisión con abono de salarios de tramitación, como sería el caso de las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El razonamiento del comité tripartito se resume en el siguiente párrafo⁴²:

El Comité considera que si bien las modificaciones introducidas por la reforma legislativa de 2012 suprimen el pago de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante

la declaración judicial de la improcedencia del despido, no han eliminado el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo que requiere el artículo 10 del Convenio núm. 158. Los jueces españoles siguen facultados para ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en caso de que se llegue a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada.

El despido por absentismo (artículo 6, párrafo 1, del Convenio). Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012 había redefinido el absentismo individual de corta duración lo que conllevaba que una ausencia del trabajador por razón de enfermedad se convertía en una justa causa para el despido, en contradicción con el Convenio.

El Gobierno español recordó que la reforma laboral de 2010 ya había modificado el texto del Estatuto de los Trabajadores y establecido en el 2,5 por ciento el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo como criterio de referencia, sin que se presentaran controversias sobre la aplicación del Convenio. La ley núm. 3/2012 consideró como posible causa de despido objetivo las faltas de asistencia del trabajador en un período corto (dos meses seguidos o cuatro meses discontinuos) con las faltas que haya tenido ese mismo trabajador en un período más dilatado, el período de 12 meses anterior. De esta manera, la reforma laboral de 2012 eliminó la condición de que, junto con las ausencias de un trabajador, hubiera de concurrir un cierto absentismo del total de la plantilla.

42 Párrafo 279 del documento GB.321/INS/9/4.

El comité tripartito advirtió que efectivamente la redacción del artículo 52, d), del Estatuto de los Trabajadores hecha por la ley núm. 8/1980, de 10 de marzo, ya establecía que no se computaran como faltas de asistencia al trabajo las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja había sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenía una duración de más de 20 días consecutivos. Las modificaciones a la redacción del artículo 52, d), del Estatuto de los Trabajadores, introducidas por la ley núm. 3/2012, requieren que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Esta nueva redacción ha desvinculado las ausencias individuales del trabajador del absentismo general de la empresa. En la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas, si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento. El comité tripartito consideró que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 habían sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1.

[La lectura del Tribunal Constitucional español del Convenio núm. 158 y la reforma laboral de 2012](#)

La sentencia núm. 119/2014 del Tribunal Constitucional, de 16 de julio de 2014, desestimó un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra en relación con los aspectos relacionados con el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE) en la ley núm. 3/2012. Una amplia mayoría del Tribunal Constitucional consideró

constitucional el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 que estableció un período de prueba de un año para el CAE. A diferencia del comité tripartito de la OIT, el Tribunal Constitucional consideró que sí podía y debía emitir un pronunciamiento específico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del artículo 4 de la ley núm. 3/2012. Contrariamente al comité tripartito, la sentencia del Tribunal Constitucional no presta atención al diálogo social. Para el Tribunal Constitucional, el CAE es una medida perfectamente legítima incluyendo en su análisis al artículo 2, párrafo 2, b) del Convenio núm. 158. Para el comité tripartito, el CAE no resultó ser una medida que da perfecto efecto al Convenio núm. 158. Los elementos sobre los cuales el Tribunal Constitucional sostiene la razonabilidad y la proporcionalidad del período de prueba del CAE son idénticos a los utilizados por el comité tripartito. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno que examine «la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que este tipo de contrato [el CAE] sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio» (párrafo 247 del informe).

En la sentencia núm. 8/2015, de 2 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional desestimó otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por dos grupos parlamentarios de la oposición. La nueva decisión no hace referencia directa al Convenio núm. 158 y confirma la jurisprudencia establecida en el Auto núm. 43/2014, de 12 de febrero de 2014 y en la sentencia núm. 119/2014.

Aplicación: el control regular de la Comisión de Expertos

La presentación de memorias sobre los convenios ratificados permite a la Comisión de Expertos realizar un control periódico y regular sobre su aplicación, fuera del contexto contencioso de los comités tripartitos que constituye el Consejo de Administración cuando se examinan reclamaciones.

Al respecto, conviene revisar la experiencia de **Australia** cuya primera memoria, presentada en 1995 fue observada «con interés» por la Comisión de Expertos,

y sin dar lugar a comentarios⁴³. La situación cambió cuando la Comisión de Expertos analizó las disposiciones introducidas por la reforma legislativa de 2005 y comprobó que se habían excluido de la posibilidad de presentar un recurso judicial por despido injustificado a todos los empleados en empresas de menos de 100 trabajadores. El Gobierno de **Australia** pretendió que esta categoría de trabajadores podía quedar excluida del alcance del Convenio en virtud del párrafo 5 del artículo 2 en cuanto que se tratarían de situaciones que revisten «problemas especiales» habida cuenta de la naturaleza de la empresa que los empleaba.

En la observación formulada en 2007⁴⁴, la Comisión de Expertos indicó que la exclusión permitida por el artículo 2, párrafo 5, se aplica únicamente cuando un gobierno enumera dicha exclusión en su primera memoria. La Comisión advirtió que el Gobierno de **Australia** no había enumerado la exclusión de empleadores de 100 o menos trabajadores en la primera memoria recibida en septiembre de 1995. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Australia** que asegure que el Convenio se aplique a todas las personas empleadas y observó que la exclusión de empleadores que ocupan a 100 o menos trabajadores de las disposiciones sobre el despido injustificado previstas en la Ley de Relaciones en el Lugar de Trabajo, de 1996, no eran conformes con el Convenio. La Comisión pidió al Gobierno de **Australia** que modifique la legislación de manera de asegurar la efectividad

del Convenio.

Dos años después, la Comisión de Expertos comprobó que un nuevo Gobierno liderado por Kevin Rudd había modificado la legislación del trabajo y observó «con interés» que la excepción para los empleadores que ocupaban a 100 trabajadores había sido suprimida de la legislación⁴⁵.

Otro ejemplo pertinente es el examen de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 158 en **Portugal**, en particular en el contexto de las medidas de ajuste estructural adoptadas para hacer frente a la crisis de la deuda soberana en la zona del euro. En relación con **Portugal**, las medidas de ajuste estructural promovidas por el FMI incluyeron la reducción de las indemnizaciones «elevadas» por despido alineando las mismas prestaciones por despido para contratos permanentes y para contratos de duración determinada. La Secretaría del FMI también sugirió que se revisen las «interpretaciones demasiado restrictivas de las disposiciones sobre despido justificado del Código del Trabajo» de manera de reducir el enfoque «sesgado» que tendrían las decisiones judiciales cuando examinan el uso de contratos de duración determinada⁴⁶.

En la [observación formulada en 2012](#), la Comisión de Expertos examinó las enmiendas al Código del Trabajo adoptadas por la [ley núm. 7/2009, de 12 de febrero de 2009](#). La

43 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, solicitud directa de 1997.

44 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2007.

45 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2009.

46 Véase el párrafo 32 relativo a las reformas del mercado del trabajo del informe de la Secretaría del FMI, IMF Country Report No. 11/127, junio de 2011.

Comisión de Expertos comprobó que las enmiendas de 2009 a la Ley de Procedimiento Laboral introdujeron una nueva reglamentación del procedimiento judicial aplicable a las reclamaciones por despido injustificado. En este contexto, la Comisión de Expertos tomó nota «con interés» de que las disposiciones del Código del Trabajo de 2009 habían reforzado los fundamentos para calificar un despido injustificado. El artículo 381, *d*), del Código del Trabajo establece que se debería considerar como un despido injustificado aquel que no recabe la opinión de la Comisión para la Igualdad en el Trabajo y en el Empleo antes de despedir a una trabajadora embarazada, a cualquier trabajadora que haya dado a luz recientemente o se encuentre en período de lactancia, así como a cualquier otro trabajador/a al inicio de su licencia por maternidad o paternidad.

En el contexto de la crisis, la Confederación General de Trabajadores Portugueses-Intersindical Nacional (CGTP-IN) se refirió a la [decisión \(acórdão\), del Tribunal Constitucional, núm. 338/2010, de 22 septiembre de 2010](#), que declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1 del artículo 356 del Código del Trabajo de 2009 (donde se había querido modificar el carácter discrecional del ofrecimiento de pruebas en un procedimiento por despido) al violar los principios del derecho a la defensa y la protección de la seguridad en el empleo, consagrados en la Constitución nacional.

La Comisión de Expertos advirtió que, en el marco de las medidas de ajuste estructural adoptadas desde marzo de 2011, el Gobierno de **Portugal** emprendió reformas del sistema de protección del empleo, incluyendo la introducción de enmiendas a la regulación

de los despidos individuales y la reducción de las indemnizaciones por despido. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Portugal** que informe sobre el efecto que tuvieron las reformas a la legislación sobre el despido para mantener y crear empleo, en particular las medidas adoptadas para reducir las prestaciones por despido⁴⁷.

Despidos colectivos

Las disposiciones del Convenio núm. 158 relativas a los despidos colectivos son particularmente someras: cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente (artículo 13). Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente (artículo 14).

La Recomendación núm. 166 aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo los despidos colectivos, fijar criterios de selección, establecer cierta prioridad en caso de readmisión y adoptar medidas encaminadas a atenuar los efectos del despido (párrafos 20 a 26).

Sin embargo, la Organización adoptó otros documentos para guiar a las empresas y a los sindicatos en circunstancias económicas difíciles. En este sentido, se destaca la

47 La Comisión de Expertos no examinó las modificaciones introducidas en el Código del Trabajo en materia de despido por la ley núm. 23/2012, de 25 de junio (situación en septiembre de 2014).

Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración en noviembre de 1977 (la [Declaración EMN](#)). La Declaración EMN no tuvo el rango constitucional de la Declaración de Filadelfia de 1944 — ni el prestigio institucional que conocen los documentos solemnes adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, 2008 y 2009⁴⁸. Los principios enumerados en la Declaración EMN tienen como objetivo guiar a las empresas multinacionales, a los gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores en temas tales como la promoción del empleo, la igualdad de oportunidades, la seguridad del empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y de vida y las relaciones laborales. Los principios que contiene la Declaración EMN deberían ser aplicados voluntariamente por los gobiernos, las organizaciones de empleadores y

de trabajadores y las empresas multinacionales.

Las disposiciones de la Declaración EMN no limitan ni afectan las obligaciones derivadas de la ratificación de un convenio internacional del trabajo. Por el contrario, la Declaración EMN promueve una mayor efectividad de los convenios, ratificados o no ratificados, en temas que son de particular importancia para las empresas. En efecto, en el párrafo 9 de la Declaración EMN se estableció que «sin perjuicio de la obligación de los gobiernos de asegurar la aplicación de los convenios que han ratificado, en los países en que los convenios y recomendaciones citados en este párrafo no sean aplicados, todas las partes deberían referirse a los mismos a fines de orientación a seguir en su respectiva política social». De esta manera, se encuentran **17 convenios «citados»** en la Declaración EMN y otros **14 convenios que «contienen disposiciones pertinentes»** que se enumeran en un anexo de la Declaración EMN. Entre los 17 convenios citados se encuentran los ocho convenios fundamentales, un convenio considerado de la mayor importancia para la buena gobernanza, el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y otros convenios importantes⁴⁹. Entre los **14 convenios que «contienen disposiciones pertinentes»** para la

48 En junio de 1998, la **Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo** subrayó que «las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento». En términos más precisos, en la **Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa** también se insistió en que «la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas». Importa también mencionar que en junio de 2009, en la resolución «Para recuperarse de la crisis: Un **Pacto Mundial para el Empleo**» se mencionó a los instrumentos de la OIT relativos a la terminación de la relación de trabajo entre aquellos convenios pertinentes para «sustentar y apoyar los derechos en el trabajo», contribuir «a desarrollar una cultura de diálogo social especialmente útil en tiempos de crisis» y para evitar que se «desate una espiral descendente en las condiciones laborales y sustentar la recuperación».

49 De los 17 convenios citados en la Declaración MNE, 14 se encuentran en vigencia para el **Brasil**, un convenio ha sido denunciado (el Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110), ratificado en 1965 y denunciado en 1970) y sólo dos convenios no han sido ratificados, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm.130).

Declaración EMN, se incluyó al Convenio núm. 158⁵⁰.

En situaciones en las que el Convenio núm. 158 no ha sido ratificado, importa insistir en lo que dicen los párrafos 24 a 28 de la Declaración EMN los cuales tratan sobre la «seguridad del empleo» y alientan a que tanto los gobiernos como las EMN adopten «medidas apropiadas para ocuparse de las repercusiones de las actividades de las empresas multinacionales sobre el empleo y el mercado del trabajo». Las EMN tendrían que esforzarse para actuar como «modelo en la promoción de la seguridad del empleo, particularmente en los países en que el cese de las operaciones pueda acentuar el desempleo a largo plazo». Finalmente, en la Declaración EMN se establecen tres requerimientos particulares para el caso de despidos colectivos: que se notifiquen «con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible» (párrafo 26 de la Declaración EMN), que «deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario» (párrafo 27) y que los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales,

50 De los 14 convenios pertinentes en la Declaración MNE, diez convenios se encuentran en vigencia para el **Brasil**, el Convenio núm. 158 ha sido denunciado, y tres convenios no han sido aún ratificados (el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1982 (núm. 173) y el Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184).

«deberían asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuyo empleo haya terminado» (párrafo 28).

Estas disposiciones de la Declaración EMN que deben ser voluntariamente aplicadas por las empresas responsables se han visto reforzadas en documentos más recientes y modernos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, cuya elaboración concluyó en marzo de 2011⁵¹. Sin embargo, los Principios Rectores no contienen disposiciones directamente vinculadas con el despido. Al contrario de lo que se advierte en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, cuya última versión también fue adoptada en 2011, y confirman la necesidad de que las empresas responsables eviten efectuar despidos colectivos arbitrarios⁵².

Son cada vez más numerosas las empresas de los países emergentes que tienen que dar cuenta sobre su responsabilidad social en relación con los trabajadores que directa o indirectamente ocupen, así como en relación con el impacto que tengan sus proyectos sobre el medio ambiente. Algunas críticas que en América Latina se dirigieron en la década de los años sesenta hacia un

51 Documento A/HRC/17/31, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», de 21 de marzo de 2011.

52 Véanse el párrafo 6 del capítulo V de las Líneas Directrices de la OCDE y el párrafo 59 del comentario correspondiente.

modelo de desarrollo que fomentaba el establecimiento de empresas multinacionales (especialmente norteamericanas) para lograr la industrialización, ahora puede suceder que se dirijan hacia las empresas brasileras o chinas y serán ellas quienes resulten acusadas de buscar la manera de ignorar las normas locales en materia social y de medio ambiente. Por ello es que tomar conciencia y respetar ciertas normas sociales internacionales, incluso cuando no se encuentren ratificadas, puede parecer pertinente si se quiere asegurar una participación eficaz de las empresas de los países emergentes en la mundialización.

Antes de concluir...

El principal objetivo de este ensayo ha sido el de informar y explicar el debate que existe a nivel internacional sobre las normas relativas al despido. Al mismo tiempo, se ha pretendido disipar un malentendido: si bien faltan consensos sobre algunos puntos importantes entre los interlocutores sociales, los requerimientos que establece el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 continúan siendo el marco jurídico que se utiliza dentro de la OIT (y en los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de derechos humanos, en la OCDE, en la Unión Europea y en otras instituciones internacionales) para buscar soluciones racionales a las dificultades que encuentran las empresas para despedir y los trabajadores para aceptar que su empleo terminó con una causa justificada. El Convenio núm. 158 sigue en vigencia en 35 países y continúa teniendo un impacto importante en la legislación nacional, en la práctica judicial y en la doctrina de muchos países.

Al afirmar el derecho de los trabajadores

a conocer los motivos por los cuáles han sido despedidos, se insiste también en que el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 no consagran un derecho a la inamovilidad en el empleo sino que reconocen el despido justificado.

Cuando se insiste sobre los aspectos relacionados con los derechos humanos que se encuentran en el Convenio núm. 158, sus disposiciones son el objetivo de críticas redobladas de quienes no aceptan una protección internacional a los derechos que ya se consagran en la práctica y la legislación nacionales. Quienes estiman que el Convenio núm. 158 no consagra derechos humanos, consideran que la protección internacional del despido justificado no debe ser fuente para nuevos derechos a nivel nacional dado que el cumplimiento de los requerimientos de consulta con los interlocutores sociales del Convenio núm. 158 constituyen un obstáculo para modificar unilateralmente las condiciones del despido que se establecieron a nivel nacional.

En todo caso, lo que obtuvo el Convenio núm. 158 de la relación con los derechos humanos que estableció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy importante: la omisión de proteger adecuadamente el despido injustificado se puede considerar como una violación del derecho individual al trabajo⁵³, con

53 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que «el incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al

independencia de que el citado convenio haya sido o no ratificado. Hay que observar que en las normas de la OIT tampoco se reconoce el derecho individual al trabajo (en el sentido del artículo 6, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En efecto, a lo más próximo que se llegó en la consagración del derecho al trabajo — en el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) — fue para decir que sirve «para materializar el derecho al trabajo, en tanto que derecho humano básico» y en tanto y cuanto sirva para promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido como piedra angular de las políticas económicas y sociales⁵⁴. En efecto, las modalidades del derecho de despedir se encuentran en el punto de contacto — más bien, en el punto de impacto entre la «libertad de empresa» consagrada en los ideales revolucionarios de 1789 y los derechos sociales consagrados en las Constituciones del siglo XX⁵⁵.

En el marco de la OIT, las instituciones del despido justificado quedan entonces sujetas al resultado de la concertación social y de lo previsto en la legislación y jurisprudencia nacionales. En este contexto, las medidas

.....
trabajo imputables a terceros». Ese incumplimiento «abarca ciertas omisiones [...] como el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente». Véase el párrafo 35 del documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18, *El derecho al trabajo*, Observación general núm. 18, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, aprobada el 24 de noviembre de 2005. Véase también el párrafo 11 de dicha Observación general, en el que se hace referencia al artículo 4 del Convenio núm. 158.

54 Véanse las consideraciones sobre la «aplicación efectiva del derecho al trabajo» (párrafos 10-13) en el Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo.

55 Joxe, Pierre: *Cas de conscience*, Ediciones Labor et Fides, 2010, pág. 207.

de ajuste estructural que se adoptan en la Unión Europea para mejorar la situación del empleo, tienden a reducir los niveles de protección que se habían consagrado en materia de despido. Cuando la reducción de los niveles de protección es el resultado de la concertación social, de acuerdos negociados por los interlocutores sociales, las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158 permiten una adaptación a las difíciles circunstancias que atraviesan las economías. El hecho de que se deba respetar un marco jurídico consensuado a nivel internacional debería ser un aliciente a que disminuyan las presiones que ejercen las opiniones económicas que pretenden demostrar la existencia de una relación directa entre la reducción de la protección en materia del despido y el aumento del empleo. Son pocas las comprobaciones que permitan afirmar que la reducción de las condiciones del despido es la causa directa de la creación de empleos de calidad.

Los argumentos económicos para reducir el costo del trabajo (y de las condiciones de despido) buscan simular las condiciones de una devaluación monetaria — devaluación que se ha vuelto imposible realizar individualmente en los países que se encuentran dentro de la zona monetaria del euro. En las reclamaciones que atendió la OIT en relación con **España y Francia** se observa una súbita necesidad de adoptar urgentemente nueva legislación sobre las condiciones de despido — rompiendo con las obligaciones de la consulta y concertación sociales — sin que sustancialmente se hayan generado empleos sostenibles.

Se puede recordar que existen también

escuelas y experiencias económicas que sostienen que si las exigencias financieras se vinculan mecánicamente con la reducción de los costos, se podría matar la gallina de los huevos de oro del crecimiento económico. En este sentido, Amartya Sen⁵⁶ ha recordado lo difícil que es encontrar «*la buena medida de la faja*» así como la frase que se le dice a una persona que se encuentra holgada dentro de una faja que parece resultarle cómoda: «*si se siente cómoda, evidentemente se necesita una talla más pequeña*». De tanto que se busca reducir algunos derechos, se corre el gran riesgo de provocar nuevas crisis sociales.

En muchos casos, las reformas laborales se acompañan de críticas a la justicia del trabajo. Se encuentran decisiones que pueden resultar irritantes en relación con la justificación del despido pero se trata de sentencias que se fundamentan en las disposiciones nacionales y en el examen particular del caso que han realizado los jueces competentes. Si se tiene en cuenta la letra del Convenio núm. 158, la jurisprudencia de los tribunales del trabajo puede dar lugar a una crítica de aquellas decisiones judiciales desatinadas. Lo que sorprende muchas veces es que la crítica de las decisiones de los tribunales del trabajo se origine en algunas organizaciones financieras internacionales (como se ha visto en el caso de **Portugal**) y se sustente en documentos económicos.

Como ejemplo de la versatilidad del Convenio núm. 158, se puede volver a leer su artículo 10 cuya aplicación no conlleva una

obligación para que los tribunales ordenen la readmisión de un trabajador en caso de que consideren que el despido fue injustificado, como ya lo entendió el Ministro Celso de Mello al pronunciarse sobre la ADI 1480 en junio de 2001⁵⁷. La readmisión puede quedar descartada por la legislación y la práctica nacionales o bien estar reservada, si hay una concertación social al respecto, a circunstancias excepcionales. El pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada es el derecho que le cabe a los trabajadores despedidos. Los organismos «neutrales» mencionados en el artículo 8 del Convenio (tribunales ordinarios, tribunales del trabajo, juntas de arbitraje o árbitros) intervienen, si corresponde, en el cálculo de los montos, los cuales también deben responder a los parámetros acordados en la práctica nacional. La neutralidad que impone el Convenio núm. 158 a las instancias judiciales hace parte de los fundamentos del Estado de derecho, y está destinada a preservar el equilibrio entre el empresario y el trabajador despedido.

Frente a quienes sigan buscando la ratificación, aplicación y promoción del Convenio núm. 158 se encontrarán otros que propugnen que se lo descarte. Sin embargo, no existe otro marco de referencia que permita hacer efectivo un mínimo de diálogo a nivel de la empresa cuando se rompe la relación de trabajo. La adhesión al Convenio núm. 158 no sólo refuerza el derecho del trabajo sino que puede disminuir las tensiones dentro de las empresas.

56 Sen, A.: «It isn't just the euro. Europe's democracy itself is at stage», en *The Guardian*, 22 de junio de 2011.

57 ADI 1480, mencionada en la nota 15.